

LA TRANSPARENCIA EN EL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO

Italo Carrano Tarrillo*

Gonzalo Bonifaz Tweddle**
Ex miembro de THEMIS

¿Cuál es el alcance de un sistema de transparencia? ¿Cómo se encuentra regulada la transparencia en los tratados sobre inversiones celebrados por el Estado peruano? ¿Cuál es el rol de un Amicus Curiae dentro del arbitraje?

En el presente artículo los autores sostienen que si bien se entiende la transparencia como principio del arbitraje, en tanto es confidencial y privado, esta presunción no resulta correcta, ya que dependerá de las reglas específicas que se hayan establecido para su conducción. Así, en el marco de los arbitrajes inversionista-Estado pueden presentarse elementos que requieran el establecimiento de excepciones a la transparencia tanto para el acceso y publicación de documentos, como para la participación de terceros durante las audiencias.

* Abogado. Magister en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Nueva York. Socio del Estudio Payet, Rey, Cauvi Abogados. Ha sido asociado internacional en las oficinas de Davis, Polk & Wardwell, Nueva York (2009) y en Fulbright & Jaworski, Houston (2004).

** Diplomático. Actual miembro de la Representación Permanente del Perú ante las Naciones Unidas en Nueva York. Ex miembro de THEMIS

I. CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO Y SU RELACIÓN CON LA TRANSPARENCIA

Durante los últimos años la confidencialidad y privacidad de los arbitrajes inversionista-Estado ha venido siendo cuestionada¹ y se ha abierto una corriente dirigida a exigir una mayor transparencia². Esta iniciativa, que viene tanto de la sociedad civil como por parte de algunos Estados, ha cobrado un importante impulso y, en el corto plazo, ha logrado posicionarse significativamente³.

Ello ha llevado a señalar que el debate ya no se encontraría tanto en aceptar una mayor transparencia, posición que en gran medida ha terminado por prevalecer, sino en las condiciones que se deben establecer para

poder implementarla de manera eficiente y sin mayores costos⁴.

Al respecto, el Comité de Inversiones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OECD) ha señalado que una mayor transparencia resultaría deseable para fortalecer la efectividad y la aceptación pública del arbitraje internacional de inversiones. Asimismo, el Comité comparte la opinión de que debido a que los procesos abordan aspectos de interés público, se debería permitir la participación de terceras partes en los procesos (en referencia a los *Amicus Curiae*)⁵.

No obstante el arbitraje comercial constituye el antecedente más directo del arbitraje inversionista-Estado⁶, no existe un llamado

¹ "Their meetings are secret. Their members are generally unknown. The decisions they reach need not be fully disclosed. Yet the way a small group of international tribunal's handles disputes between investors and foreign governments has led to national laws being revoked, justice systems questioned and environmental regulations challenged. And it is all in the name of protecting the rights of foreign investors under the North American Free Trade Agreement". *New York Times*. *Nafta's Powerful Little Secret; Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go Too Far, Critics Say*. 11 de marzo de 2001.

² Una advertencia que debe realizarse se refiere al uso del término "transparencia" en tanto que éste puede hacer alusión a varios conceptos. En el contexto de nuestra materia de estudio el término "transparencia" se refiere exclusivamente a la posibilidad de que el contenido de los procesos de arbitraje inversionista-Estado puedan ser accesibles al público y que, en cierta medida, se le permita participar durante el proceso. Como señala, Zoellner: "[...] as a concept denoting the openness of institutions and procedures of international law, especially vis-à-vis international civil society". ZOELLNER, Carl-Sebastian. "Lightning crashes or mere ray of light? Recent developments regarding transparency". En: *ICSID Proceedings. Transnational Dispute Management*. Volumen 3. Tema 5. 2006.

³ OECD. "Transparency and third party participation in investor – State dispute settlement procedures". 2005, p. 13. "In recent years, there has been an undeniable shift in investor-State arbitration toward greater tolerance of limited third-party participation, perhaps in response to continuing public pressure and criticism". procedural rules that govern commercial arbitration, and contain certain privacy and confidentiality rights.

LEVINE, Eugenia. "Amicus Curiae in international investment arbitration: The implications of an increase in third-party participation". En: *Berkeley Journal of International Law* 29. p. 208; FERNANDEZ MASIA, Enrique. "Primeras aplicaciones de las nuevas reglas de arbitraje del CIADI sobre transparencia y participación de terceros en el procedimiento arbitral". En: *Transnational Dispute Management* 6. 2009.

⁴ KINNEAR, Meg. "Transparency and third party participation in investor-State dispute settlement". 2005.

⁵ OECD. "Transparency and third party participation in investor-State dispute settlement procedures". Statement by the OECD Investment Committee. 2005.

⁶ "Investment arbitration is based on the model of commercial arbitration, yet it differs from most commercial arbitrations by one single element: investment arbitration often involves issues of mayor public interest. This public interest cannot remain without influence on the process. It calls for transparency in the proceedings and consistency in the results. Transparency is about opening the doors of the hearing room. Consistency is about delivering coherent decisions and avoiding contradictory results that undermine the credibility of investment arbitration overall and jeopardize the development of investment law". KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. "In search of transparency and consistency: ICSID reform proposal". *Investment Treaty Workshop*. 2005; "In investment disputes settlement, however, transparency's role remained very limited for a long time. International investment disputes settlement has borrowed its main elements from the system of (private) commercial arbitration –and compared to judicial proceedings before courts of law, commercial arbitration is generally characterized by significantly higher degrees of confidentiality and privacy, by closed doors and often unpublished awards". ZOELLNER, Carl-Sebastian. "Lightning crashes or mere ray of light? Recent developments regarding transparency in ICSID Proceedings". En: *Transnational Dispute Management*. 2006. "Cuando los casos de inversión van a un arbitraje internacional, generalmente se tratan como controversias comerciales, en las que las consideraciones de interés público, incluidos los derechos humanos, desempeñan un pequeño papel si es que tienen alguno. Además, los procedimientos de arbitraje frecuentemente se celebran en estricta confidencialidad a fin de que el público del país contra el que se presenta la reclamación

para dotar a este primero de un sistema que regule su transparencia. Inclusive, se ha señalado que la confidencialidad y privacidad⁷ son, precisamente, una de las grandes ventajas del sistema de arbitraje comercial siendo esta premisa, para algunos, también aplicable al arbitraje inversionista-Estado⁸.

Sin embargo, los argumentos que sostienen esta postura (en favor de la confidencialidad y privacidad) vienen siendo cuestionados⁹. Entre las razones que sustentan este rechazo en el marco de los arbitrajes inversionista-Estado caben destacar las siguientes: (i) los actores involucrados en el arbitraje (por un lado el inversionista y del otro el Estado); (ii) las materias que se abordan en

los arbitrajes inversionista-Estado pueden tener un gran interés público (capacidad regulatoria del Estado, impacto en el medio ambiente, recursos estratégicos, entre otros); (iii) permitiría a la ciudadanía contar con un medio de control frente al accionar de la administración pública (en casos de mala gestión, medidas arbitrarias, corrupción¹⁰, entre otras); (iv) favorecería una mayor consistencia en las decisiones de los tribunales arbitrales; (v) permitiría tener una mayor conocimiento de los árbitros y de sus posiciones jurídicas; y, (vi) otorgaría una mayor legitimidad al desarrollo y resultado del proceso arbitral, así como del sistema de solución de controversias inversionista-Estado en general¹¹.

ni siquiera conozca su existencia. Cuando se trata de derechos humanos o de otros intereses públicos, la transparencia debería ser el principio rector, sin perjudicar a la legítima confidencialidad comercial". Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. John Ruggie. A/HRC/8/5. 2008. "This concept of privacy and confidentiality originates primarily from the foundational underpinnings of international commercial arbitration, but it has also to a considerable extent been translated into the investment context. Investment arbitral proceedings frequently rely on the same procedural rules that govern commercial arbitration, and contain certain privacy and confidentiality rights".

LEVINE, Eugenia. "Amicus Curiae in international investment arbitration: The implications of an increase in third-party participation". En: Berkeley Journal of International Law 29. p. 204. "When a state, or state entity or an emanation of the state is involved in an arbitration as a party, the situation in respect of confidentiality and third party participation is different from the one described in relation to international commercial arbitration [...] The well known, albeit variably dense, confidentiality in international commercial arbitration does not have a direct equivalent in international trade and investment dispute settlement". MISTELIS, Loukas. "Confidentiality and third party participation". Arbitration International 21. pp. 212 y 224. YANNACA-SMALL, Catherine. "Transparency and third party participation in investor-state dispute settlement procedures". OECD, Working Papers on International Investment. 2005.

⁷ "Clearly, there is nothing objectionable about confidential proceedings in the private arbitration context: the capacity to arbitrate in private is a significant advantage of such arbitration. The ability to maintain the confidentiality of evidence and to settle claims on a confidential basis have been perceived as contributing to efficient and effective arbitration. It is therefore somewhat ironic that what was touted as one of the main advantages of commercial arbitration is now seen as a liability in investor-State arbitration context". KINNEAR, Meg. "Transparency and third party participation in investor-State dispute settlement". 2005.

⁸ Entre las desventajas, Rubins señala que: "Where parties are free to present their case to the 'court' of public opinion, the risk of abuse and re-politicization is great [...] In the worst case, an investor-claimant may initiate arbitration precisely with these effects in mind, hoping to obtain 'nuisance value' compensation through extensive publicity, without regard to the actual merits (or absence thereof) of its claim". RUBINS, Noah. "Opening the investment arbitration process: at what cost, for what benefit?". En: RAINER HOFMANN. "The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID): Taking stock after 40 years". Germany: Nomos. 2007. p. 218.

⁹ Para Delaney y Barstow Magraw las ventajas de la transparencia se dan en los siguientes aspectos: (i) mayor calidad para la toma de decisiones, (ii) fortalecimiento de valores democráticos y realización de derechos humanos, (iii) consistencia, (iv) participación pública, (v) implementación, (vi) rendición de cuentas, (vii) legitimidad, (viii) reforma del sistema; y, (ix) demostración. Por otro lado, los autores identifican las siguientes desventajas: (i) incremento de los costos, (ii) mayor demora para resolver los casos, (iii) compromete la confidencialidad; y, (iv) debilita el carácter secreto de determinada información. DELANEY, Joachim y Daniel BARSTOW MAGRAW. "Procedural transparency". En: MUCHCINSKY, Peter. "The Oxford Handbook of International Investment Law". Oxford: Oxford Press. 2008. pp. 761-762.

¹⁰ Respecto a la relación entre corrupción y transparencia en el marco del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) se puede consultar: Santiago Commitment to Fight Corruption and Ensure Transparency. 2004/AMM/032rev1. 21 de noviembre 2004.

¹¹ HARRISON, James. "Recent developments to promote transparency and public participation in investment treaty arbitration". Working Paper Series. 2010. SCHREUER, Christoph. "The ICSID Convention: A commentary". Cambridge: Cambridge University Press. 2012. p. 838. En el asunto Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. el tribunal señaló que: "Una mayor

Las razones antes señaladas pueden llevar incluso a cuestionar el mantenimiento de dos sistemas distintos dependiendo del tipo de arbitraje que se presente, es decir, si se trata de un arbitraje comercial (en donde el Estado es una parte en la controversia) o de inversiones (inversionista-Estado), particularmente cuando la línea divisoria entre éstos en algunos casos resulta muy difusa¹². Así, se puede observar que en ambos casos el Estado se ve involucrado; el objeto de la controversia puede tener un interés público (situaciones de salud pública en una diferencia sobre patentes), la controversia puede ser resultado de una conducta arbitraria o ilegal por parte de

un funcionario público, y finalmente en cuanto a la consistencia de las decisiones y legitimidad del proceso se pueden aplicar las mismas consideraciones en igual sentido para ambos tipos de arbitraje¹³.

Al respecto, Sabater considera que el tema de la transparencia debe ser atendido con mucho cuidado dado el carácter contractual del arbitraje, la falta de estándares para resolver las solicitudes de intervención, el riesgo de politizar la controversia y de convertir al arbitraje en un sistema similar a las cortes locales. Por ello, estima que la transparencia no es concepto técnico jurídico, ni resultado de una necesidad jurídica, sino más bien es producto de un esfuerzo político

apertura y un mayor conocimiento sobre la forma en que se conducen estos procedimientos reforzaría la aceptación de la opinión pública y la legitimidad del sistema de arbitraje internacional, en particular cuando involucran a Estados y materias de interés público". Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. v. Argentina. Caso CIADI N° ARB/03/19. Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*, 19 de mayo de 2005. "Additionally, I have expressed concern that when a case is brought under a BIT arbitration procedure the public may know little or nothing about it. This is at variance with precepts of transparency and good governance. While confidential business information must be protected, under some arbitration rules not even the existence of a case against a country is known to its public, let alone its substance. This impedes more responsible contracting by companies and Governments, and contributes to inconsistent rulings by arbitrators, thereby undermining the system's predictability and legitimacy. I am continuing to explore how better to achieve both investor protection and the preservation of policy space for states to fulfill their international human rights obligations, as well as how to ensure that transparency rules for arbitration procedures are consistent with what have been widely accepted as standards of good governance". Statement of the Special Representative of the UN Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporation and other business enterprises to the Department of Trade and Industry, South Africa (on its review of Bilateral Investment Treaties entered into by the Republic of South Africa since 1994 to date, 2009; "Creating a presumption that all arbitration is not only transparent to the parties and counsel but also open to the public will assist in prevention and eradication of corruption [...] will improve the quality of advocacy and the arbitral process in general [...] will enhance the public's perception of arbitration as a dispute resolution process and will help promote the trust that is required for liberal free market capitalism to function properly". MATTHEWS, Joe. "The case for arbitration rules that presumptively grant public access to all arbitration proceedings". En: Transnational Dispute Management 3. 2006; "In conclusion, the public interest relating to the subject matters at disputes in investment treaty arbitration is generally a legitimate reason to move towards more transparency in these proceedings and away from confidentiality". STUMPE, Friederike. "Participation of Amici Curiae in investment treaty arbitration". En: Transnational Dispute Management 6. 2009. "The participation of states, states entities, sub-divisions and agencies of states in international disputes can be a matter of general public interest and shift the emphasis from privacy and confidentiality to knowledge and accountability. Knowledge implies the use of specialist expertise in the form of amicus briefs and consequently limited confidentiality, while accountability more or less mandates the publication of awards and arbitration at even the interim stages of procedure". MISTELIS, Loukas. "Confidentiality and third party participation". En: Arbitration International 21. p. 206.

¹² Para Teitelbaum es el uso del poder público por parte de un Estado lo que le da un carácter especial al arbitraje inversionista-Estado y lo diferencia de un arbitraje de naturaleza comercial. Sin embargo, para la autora la respuesta a esta demanda no se resuelve, necesariamente, por la vía de establecer una norma sobre transparencia en los arbitrajes inversionista-Estado, sino que lo que se debería evaluar es la arbitrabilidad de ciertas materias (lo que puede ser directamente establecido en los tratados de inversión). TEITELBAUM, Ruth. "A look at the public interest in investment arbitration: Is it unique? What should we do about it?" En: Berkeley Journal of International Law 5. 2010. pp. 54-62.

¹³ "There investment treaties have, generally speaking, adopted the well-established model of international commercial arbitration, which involves commercial disputes between private entities and is characterized by a high degree of confidentiality. Investment arbitrations, however, inevitably involves at least one state, which can raise democratic-governance concerns about transparency, public participation, and accountability [...] Moreover, the subject-matter of the dispute in investment arbitrations often raises important public policy issues [...] Finally, some investment arbitrations raise public policy concerns simply by virtue of the amount

de reconsiderar el papel que desempeñan los tribunales arbitrales¹⁴.

Se suele tratar a la confidencialidad y a la privacidad como si se tratase de conceptos jurídicos similares. Sin embargo, debe precisarse que existe una diferencia entre estos dos conceptos en razón de su naturaleza e implicancias jurídicas. En este sentido, Caron señala que: "However, privacy, even if deeply established in custom, does not equate to confidentiality, which implicates a legal obligation to avoid public disclosure of sensitive information"¹⁵.

La confidencialidad se refiere al acceso a la información que se utilice en el marco del proceso arbitral, así como a la conducta que deberán observar tanto de las partes (ya sean parte en el proceso o terceros que participen en éste) como del tribunal respecto del manejo y divulgación de esa información; mientras que la privacidad implica el acceso que el público pueda tener al arbitraje y su participación (permitiendo o prohibiendo su acceso a las salas de audiencias del tribunal o presentando escritos).

Muchas veces se repite el mito de que el arbitraje, independientemente del marco en que se desarrolle, por principio es confidencial y privado. Sin embargo, podemos adelantar que esta presunción no resulta correcta ya que dependerá de las reglas específicas que se hayan establecido para su conducción. Prueba de ello, es que si se comparan las legislaciones nacionales o los diversos sistemas a nivel internacional de solución de controversias se observa que existen diferentes aproximaciones al tema, tanto en su alcance como grado.

Hasta el momento se han adoptado disposiciones sobre transparencia en el caso de arbitrajes inversionista-Estado, ya sea porque: (i) el tribunal decidió aplicarlas sobre la base de su competencia para regular el proceso; (ii) éstas han sido contempladas en los Tratados de Promoción y Protección de Inversiones (APPIs), Acuerdos de Complementación Económica (ACEs) o de Libre Comercio con capítulos referidos a inversiones (TLCs); o (iii) por que han sido incluidas en las reglas de arbitraje seleccionadas (por ejemplo, en el caso del Convenio del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias de Inversiones –Convenio CIADI)¹⁶.

of money involved [...] For the reasons, there is now a general consensus that the public has a legitimate and substantial interest in investment arbitrations involving states". DELANEY, Joachim y Daniel BARSTOW MAGRAW. "Procedural transparency". En: MUCHCINSKY, Peter . "The Oxford Handbook of International Investment Law". Oxford: Oxford Press. 2008. pp. 723-724. Por su parte, Stern ha señalado que: "The question remains whether the trend will continue and target other areas. Will amici curiae also be called upon to intervene in disputes between two private parties? Nothing should preclude this from happening, if these disputes involve public interests". STERN, Brigitte. "Civil society's voice in the settlement of international economic disputes". En: ICSID Review 22. p. 347.

¹⁴ SABATER, Anibal. "Toward Transparency in Arbitration". En: Berkeley Journal of International Law Publicist 5. 2010. pp.48-53. El autor también señala que no hay evidencia que permita corroborar que bajo las nuevas reglas de transparencia los arbitrajes de inversiones estén siendo resueltos de una manera más justa, expeditiva o efectiva.

¹⁵ CARON, David. "The UNCITRAL Arbitration Rules: A commentary". Oxford: Oxford University Press. 2006. p. 33; "Privacy is conceded with limiting the rights of third parties (i.e. persons other than the arbitrators, the parties and possible witnesses) to attend meetings, hearings and to generally know about or participate in the arbitration, while confidentiality refers to the obligation of arbitrators and the parties not to divulge information relating to the contents of the proceedings, relevant documents or the awards itself". ZOELLNER, Carl-Sebastian. "Third-Party participation (NGO's and Private Persons) and transparency in ICSID Proceedings". En: HOFMANN, Rainer Hofmann. "The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID): Taking stock after 40 years". Germany: Nomos. 2007. p. 180.

¹⁶ "In the absence of transparency provisions in the applicable substantive law, the procedural norms of the arbitration facility determine the degree of openness in the respective proceedings". ZOELLNER, Carl-Sebastian. Op.cit. p. 185; "In general, the scope of confidentiality of the proceedings will be determined both by the applicable arbitration rules and the agreement of the parties. This means that there is a floating spectrum of potential confidentiality obligations which crystallize when procedural 'details' are settled". MISTELIS, Loukas. "Confidentiality and third party participation". En: Arbitration International 21. p. 224. Al respecto, Kinnear señala que: "It seems preferable to ensure transparency through clearly expressed treaty obligations, rather than through ad hoc mechanism. In particular, this ensures that transparency applies to all participants in the same way (assuming symmetrical obligations are expressed) and that all parties know what to expect in advance of the process". KINNEAR, Meg. "Transparency and third party participation in investor-State dispute settlement". 2005.

A continuación nos centraremos en dos aspectos, el primero destinado a abordar el alcance de un sistema de transparencia (confidencialidad y privacidad), acceso y publicación de los documentos, audiencias públicas, intervención de terceros y la regulación de la transparencia en el ordenamiento peruano; y el segundo, relativo a cómo se encuentra regulada la transparencia en los tratados sobre inversiones celebrados por el Estado peruano (APPIs, ACEs y TLCs). En este segundo aspecto, pondremos particular énfasis en las reglas de transparencia en el marco del Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

II. ALCANCE DE LA TRANSPARENCIA EN LOS ARBITRAJES INVERSIONISTA-ESTADO

A. Acceso y publicación de documentos

Antes de analizar los supuestos de “acceso” y “publicación” de documentos debe precisarse que se trata de dos conceptos diferentes pero que se encuentran íntimamente relacionados. El acceso a los documentos implica que el tribunal (o la instancia administrativa correspondiente) prevea las condiciones necesarias para que se pueda tomar conocimiento del contenido de los documentos cuando éstos sean requeridos. Por otro lado, la publicación conlleva una acción más proactiva de parte del tribunal (o la instancia administrativa correspondiente) a través de la cual se pondrá a disposición del público en general la documentación (por ejemplo, a través del otorgamiento de copias o difusión en una página Web).

Cabe destacar que cada uno de estos conceptos tendrá un impacto diferente en el desarrollo y administración no sólo del proceso arbitral en sí mismo, sino también luego de su culminación (costos y manejo administrativo para su conservación).

La discusión sobre el acceso y publicación de los documentos se centra básicamente en cuatro aspectos: (i) la determinación de

qué documentos pueden ser de acceso y/o publicados; (ii) quiénes pueden tener acceso a los documentos; (iii) el momento en que se daría el acceso o la publicación; y, (iv) las medidas que garanticen la protección de la información protegida.

Entre los documentos que son utilizados en el marco de un proceso de arbitraje inversionista-Estado se encuentran tanto aquellos que son presentados por las Partes, como los que son elaborados por el propio tribunal arbitral o a pedido de éste. Asimismo, incluye los documentos que puedan ser presentados por terceros no litigantes que participen en el proceso (*Amicus Curiae*). Entre éstos se encuentran los siguientes: la notificación de arbitraje; la respuesta a la notificación de arbitraje; las peticiones y escritos de las partes; las declaraciones de testigos; dictámenes de peritos; los medios probatorios; desgravaciones de las audiencias; las presentaciones a cargo de terceros no litigantes; los laudos, decisiones y órdenes del tribunal arbitral.

Como se puede apreciar no todos los documentos antes señalados resultan relevantes para el público. En principio, serán aquellos documentos que contengan elementos sustantivos (de la controversia) los que justifican una mayor demanda de acceso y/o publicidad. Entre éstos, destacan los siguientes: la notificación de arbitraje (en tanto permite conocer las partes en la controversia, la fuente de la cual se deriva – tratado o acuerdo–, el tema de la controversia y los hechos que la sustentan); las peticiones de las Partes (por ejemplo, en caso de medidas provisionales); y los laudos del tribunal (por los razonamientos y decisiones que en ellos se establecen).

Respecto de la publicación de los laudos, el Comité de Inversiones de la OECD ha señalado que ésta contribuirá al futuro desarrollo de un cuerpo de jurisprudencia que permitirá a los inversores y a los Estados receptores entender cómo los acuerdos de inversión son interpretados y aplicados, de manera que finalmente contribuyan a tener un sistema más predecible y coherente¹⁷.

¹⁷ OECD. “Transparency and third party participation in investor-State dispute settlement procedures”. Statement by the OECD Investment Committee. 2005. p. 11.

Por otro lado, se puede observar que existen algunos actores que tienen un mayor interés por acceder a la documentación en tanto que éstos posteriormente podrán tener un eventual involucramiento en el proceso (*Amicus Curiae*). Esto requerirá un análisis que deberá hacer el tribunal respecto de cada caso, en tanto que la relevancia de los actores estará en función de las circunstancias particulares que se presenten.

En cuanto al momento en que podrá darse el acceso a los documentos y/o su publicación, algunos estiman que debería realizarse al concluir el proceso de manera que no se ponga en riesgo su desarrollo (politización). Además, ello igual permitiría que se vean realizados varios de los objetivos que se pretenden alcanzar con un sistema de transparencia (control posterior de la administración pública, dar a conocer la interpretación efectuada sobre el tribunal sobre las disposiciones de los APPIs, ACEs o TLCs, favorecer la consistencia en las decisiones de futuros tribunales, conocimiento de los árbitros y sus posiciones jurídicas, entre otros).

Por otro lado, un sistema de acceso y/o publicación posterior a la emisión del laudo podría perjudicar la participación de terceros en el proceso (*Amicus Curiae*). Así, puede señalarse que el acceso a la mayor información posible sobre la controversia permitirá a éstos tener mejores insumos para efecto de preparar sus escritos y que, por su parte, el tribunal pueda beneficiarse efectivamente de ellos.

Finalmente, cabe destacar la dificultad que puede presentarse para la publicación de determinados documentos en tanto que éstos no constituyan documentos escritos (instrumentos), así como las medidas que se deberán adoptar a fin de llevarlos a ese formato (transcripciones).

B. Acceso a las audiencias

Al acceso a las audiencias se le suele denominar como participación de terceros de carácter pasivo, en tanto que éstos no realizan ninguna actividad frente al tribunal arbitral (a diferencia de la de carácter activo que se lleva a cabo a través de la participación de *Amicus Curiae* o de Estados Partes no Litigantes).

Las modalidades que se pueden presentar para que terceras partes puedan acceder a las audiencias públicas resultan diversas. Así, se les puede permitir el acceso a las salas donde sesiona el tribunal arbitral; establecer un sistema de circuito cerrado y pasar la audiencia en un espacio que se pone a su disposición (lo que garantiza que no se vaya a alterar el orden en la sala de audiencias); y finalmente a través de un soporte mediático (sistema de *Webcast*). En cuanto al acceso en función de la segunda y tercera modalidades señaladas, éste se puede llevar a cabo de manera inmediata (de forma simultánea a la audiencia) o diferida (luego que concluya).

Finalmente, existe la opción de que no se establezca un sistema visual de acceso (como el previsto en las tres modalidades antes señaladas), sino que se ponga a disposición del público las desgravaciones de las actas de las audiencias.

C. Participación de terceros (*Amicus Curiae*)

La institución del *Amicus Curiae* ("Amigo de la Corte") tiene una larga historia y ha sido recogida en diversos ordenamientos nacionales. Asimismo, en el ámbito internacional también ha sido reconocida en diverso grado y alcance (por ejemplo, en la Organización Mundial del Comercio (OMC)¹⁸ y en los sistemas regionales de protección de derechos humanos¹⁹).

¹⁸ En el marco de la OMC el "Entendimiento sobre Solución de Diferencias" (Anexo 2) establece con carácter general en su artículo 17.9 que: "El Órgano de Apelación, en consulta con el Presidente del OSD y con el Director General, establecerá los procedimientos de trabajo y dará traslado de ellos a los Miembros para su información". Asimismo, en el apéndice 3 se dispone que: "[...] 6. Todos los terceros que hayan notificado al OSD su interés en la diferencia serán invitados por escrito a exponer sus opiniones durante una sesión de la primera reunión sustantiva del grupo especial reservada para tal fin. Todos esos terceros podrán estar presentes durante la totalidad de dicha sesión. [...] 9. Las partes en la diferencia, y cualquier tercero invitado a exponer sus opiniones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10, pondrán a disposición del grupo especial una versión escrita de sus exposiciones orales. [...] 10. En interés de una total transparencia, las exposiciones, las réplicas y las declaraciones mencionadas en los párrafos 5 a 9 se harán en presencia de las partes. Además, las comunicaciones escritas de cada parte, incluidos los comentarios sobre la parte expositiva del informe y las respuestas a las preguntas del grupo especial, se pondrán a disposición de la otra u otras partes".

¹⁹ El artículo 44 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, titulado "Planteamientos de *Amicus Curiae*", establece que: "1. El escrito de quien desee actuar como *amicus curiae* podrá ser presentado

Cabe destacar que los *Amicus Curiae* no son “expertos”, “testigos” o “peritos” (los que pueden ser requeridos por las propias Partes en la controversia o por el tribunal), ni les corresponde determinar cómo se deben interpretar los hechos del caso o la normativa aplicable (labor propia del tribunal). Así, a través de la institución del *Amicus Curiae* se permitirá a un tercero, que no es parte en la controversia, participar en ella con el propósito de que proporcione información o puntos de vista jurídicos que permitan al tribunal tener mayores elementos para la toma de sus decisiones. Cabe destacar que la participación del *Amicus Curiae* puede efectuarse de diversas maneras, pero la forma más común es a través de la sumisión de documentos escritos.

La presentación de *Amicus Curiae* no se limita a la intervención de ONGs, sino que se da de manera general a cualquier actor de la sociedad civil²⁰, los Estados, las Organizaciones Internacionales y a otros sujetos de derecho internacional²¹.

En el ámbito internacional, y de manera específica en el caso del arbitraje inversionista-Estado, se puede observar que la institución del *Amicus Curiae* ha tenido una evolución más en la práctica que desde una perspectiva normativa, siendo los tribunales arbitrales quienes ante peticiones planteadas durante los procesos han tenido que abordar su regulación²².

En el asunto de Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. el tribunal expresó su entendimiento sobre la participación de los *Amicus Curiae*, así indicó que: “En esos casos, una persona que no es parte en la diferencia ofrece, en calidad de ‘amigo’, proporcionar a la corte o tribunal sus perspectivas especiales, argumentos, o conocimientos especializados sobre la controversia, usualmente en forma de un escrito o presentación *amicus curiae* [...] Su papel tradicional en un procedimiento contencioso es ofrecer a la autoridad decisoria argumentos, perspectivas y conocimientos especializados que las partes litigantes tal vez

al tribunal, junto con sus anexos, a través de cualquiera de los medios establecidos en el artículo 28.1 del presente Reglamento, en el idioma de trabajo del caso, y con el nombre del autor o autores y la firma de todos ellos; 2. En caso de presentación del escrito del *amicus curiae* por medios electrónicos que no contengan la firma de quien los suscribe, o en caso de escritos cuyos anexos no fueron acompañados, los originales y la documentación respectiva deberán ser recibidos en el tribunal en un plazo de 7 días contados a partir de dicha presentación. Si el escrito es presentado fuera de ese plazo o sin la documentación indicada, será archivado sin más tramitación; 3. En los casos contenciosos se podrá presentar un escrito en calidad de *amicus curiae* en cualquier momento del proceso pero no más allá de los 15 días posteriores a la celebración de la audiencia pública. En los casos en que no se celebra audiencia pública, deberán ser remitidos dentro de los 15 días posteriores a la resolución correspondiente en la que se otorga plazo para la remisión de alegatos finales. El escrito del *amicus curiae*, junto con sus anexos, se pondrá de inmediato en conocimiento de las partes para su información, previa consulta con la Presidencia; 4. En los procedimientos de supervisión de cumplimiento de sentencias y de medidas provisionales, podrán presentarse escritos del *amicus curiae*”; La Regla 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional establece que: “1. La Sala, si lo considera conveniente para una determinación adecuada de la causa, podrá en cualquier etapa del procedimiento invitar o autorizar a un Estado, a una organización o a una persona a que presente, por escrito u oralmente, observaciones acerca de cualquier cuestión que la Sala considere procedente; 2. El Fiscal y la defensa tendrán la oportunidad de responder a las observaciones formuladas de conformidad con la subregla 1; 3 La observación escrita que se presente de conformidad con la subregla 1 será depositada en poder del Secretario, que dará copias al Fiscal y a la defensa. La Sala fijará los plazos aplicables a la presentación de esas observaciones”; En el marco del Sistema Europeo el artículo 36 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, titulado “Intervención de terceros”, establece que: “1. En cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, la Alta Parte Contratante cuyo nacional sea demandante tendrá derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en la vista; 2. En interés de una buena administración de justicia, el Presidente del tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista; 3. En cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa podrá presentar observaciones por escrito y participar en la vista”.

²⁰ Incluye personas naturales y jurídicas.

²¹ Por ejemplo, en el asunto AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft. v. Hungría, el tribunal arbitral admitió la participación de la Comisión Europea como *Amicus Curiae*. ICSID Case No. ARB/07/22.

²² “Investment treaty arbitration has evolved over the past decade with respect to *amicus curiae* participation, but it has largely been an evolution of practice, not structure”. ALEXANDROV, stanimir y Marinn, CARLSON. “The opportunity to be heard: Accommodating *amicus curiae* participation in investment treaty arbitration”. En: FERNÁNDEZ-BALLESTEROS. “Liber Amicorum Bernado Cremades”. Madrid: La Ley. 2010. p. 63.

no presenten, con el propio sito de ayudarla a tomar una decisión”²³.

Si bien se suele emplear la terminología de “terceras partes”, ello no significa que se les vaya a otorgar este estatus en el proceso. En este sentido, la participación de terceros como *Amicus Curiae* no conllevará que éstos se conviertan en “partes” en el proceso²⁴.

En cuanto a los elementos que sirven de sustento para el reconocimiento de la institución de *Amicus Curiae*, el tribunal arbitral en el asunto Methanex Corporation consideró los siguientes: (i) el interés público que se derivaba no sólo por ser una de las partes en la controversia un Estado, sino en particular por el contenido de la materia objeto

de la controversia²⁵; y (ii) la participación hace que el sistema creado a través del tratado (APPI, ACE o TLC) sea percibido de manera más abierta y transparente, ya que de ser visto como confidencial o privado resultaría perjudicial²⁶.

Al respecto, Harrison recoge las siguientes razones para apoyar la presentación de *Amicus Curiae* en el marco de un arbitraje inversionista-Estado: “This survey has found four core functions: the provision of specialist legal expertise, particularly ‘about matters outsider the court’s core competence’; the provision of factual information relevant to the case of which the court might not otherwise be aware; access to proceedings to persons who might be affected by the

²³ Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. v. Argentina, Caso CIADI ARB/03/19. Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*. 19 de mayo de 2005. párrafos 8 y 13. Posteriormente, el tribunal indicó que: “Dichos ‘argumentos, perspectivas y conocimientos especializados’ pueden referirse al derecho, a los hechos, o a la aplicación del derecho a los hechos”. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. v. Argentina, Caso CIADI ARB/03/19. Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*. 12 de febrero de 2007. párrafo 20; “[...] the classical reason for allowing non-disputant parties to file *amicus curiae* brief is to inform the court about additional aspects of a case which are important, but have not been reflected in the parties’ own submissions –be it because they lacked the necessary expertise, be it because as a party, their individual interest in the outcome of the case did not accommodate ramifications of a claim that concern ‘the public interests’, be it because they deliberately chose to. Therefore, third party participation is primarily deemed to increase the information available to a tribunal, thereby leading to a better informed and thus ideally better quality decision”. ZOELLNER, Carl-Sebastian. Op.cit. p.198.

²⁴ El tribunal arbitral en el asunto Methanex Corporation precisó que “... in the Tribunal’s view, its receipt of written submissions from a person other than the Disputing Parties is not equivalent to adding that person as a party to the arbitration”. Methanex Corporation v. United States of America. Decision of the Tribunal on Petitions from third persons to intervene as “*amicus curiae*”. 15 de enero de 2001. párrafo 30. United Parcel Service of America INC v. Canada. Decision of the Tribunal on petitions for intervention and participation as *Amicus curiae*. 17 de octubre de 2001. párrafo 43. “Un *amicus curiae* es un voluntario, un amigo de la corte, pero no es una parte”. Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. v. Argentina. Caso CIADI ARB/03/19. Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*. 19 de mayo de 2005. párrafo 12. “... the ICSID Rules do not, in terms, provide for an *Amicus curiae* ‘status’, in so far as this might be taken to denote a standing in the overall arbitration Akin to that of a party, with the full range of procedural privileges that that might entail [...] It also follows that a ‘non-disputing party’ does not become a party to the arbitration by virtue of a tribunal’s decision under Rule 37, but is instead afforded a specific and defined opportunity to make a particular submission”. Biwater Gauff (Tanzania) LTD. v. United Republic of Tanzania, Caso CIADI ARB/05/22. Procedural Order 5. 2 de febrero de 2007. “The first and foremost limit on non-disputing party interventions is that the non-disputing parties are not parties *per se*, but instead mere participants at most”. OBADIA, Eloise. “Extension of proceedings beyond the original parties: non disputing party participation in investment arbitration”. En: ICSID Review 22. p. 366.

²⁵ “There is an undoubtly public interest in this arbitration. The substantive issues extend far beyond those raised by the usual transnational arbitration between commercial parties. This is not merely because one of the Disputing Parties is a State [...] The public interest in this arbitration arises from its subject-matter”. Methanex Corporation v. United States of America. Decision of the Tribunal on Petitions from third persons to intervene as “*amicus curiae*”. 15 de enero de 2001.

²⁶ “There is also a broader argument, as suggested by the Respondent and Canada: the Chapter 11 arbitral process could benefit from being perceived as more open or transparent; or conversely be harmed if seen as unduly secretive. In this regard, the Tribunal’s willingness to receive *amicus* submissions might support the process in general and this arbitration in particular, whereas a blanket refusal could do positive harm”. Methanex Corporation v. United States of America. Decision of the Tribunal on Petitions from third persons to intervene as “*amicus curiae*”. 15 de enero de 2001. párrafo 49. Biwater Gauff (Tanzania) LTD. v. United Republic of Tanzania. Caso CIADI ARB/05/22. Procedural Order 5. 2 de febrero de 2007, paras. 51, 54 y 55.

decision of the court or tribunal; and, finally, as a mechanism for allowing participation of those who are representing broader public interest consideration”²⁷.

A la fecha no existe un criterio uniforme en el marco de la solución de controversias inversionista-Estado para la participación de *Amicus Curiae*, variando éste no sólo respecto de las reglas aplicables al arbitraje (por ejemplo, si se emplea el Convenio CIADI, las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL o las de la Cámara de Comercio Internacional), lo dispuesto por las Partes (en los APPIs, ACEs o TLCs), lo acordado por las Partes litigantes (al momento de instalarse el tribunal) y, finalmente, de la capacidad discrecional de los tribunales arbitrales bajo su competencia para regular el desarrollo del proceso²⁸.

Se suele argumentar que la admisión de *Amicus Curiae* podría suponer una mayor carga para alguna de las partes en la controversia (en particular respecto del inversionista)²⁹. Sin embargo, ello no constituye un elemento que no pueda ser controlado por el tribunal arbitral, de manera que éste evite situaciones que pudieran generar una carga desproporcionada que altere el equilibrio que debe existir entre las partes en el proceso.

Un elemento que debe analizarse es la oportunidad, en el desarrollo del proceso arbitral, en que las peticiones para participar como *Amicus Curiae* deben presentarse al tribunal. Una respuesta general tiene el inconveniente de poder afectar casos específicos y las dinámicas individuales de cada proceso en función del objeto de la controversia y los aportes que los *Amicus Curiae* puedan realizar (jurisdicción, fondo o anulación, siendo algunas etapas más discutibles que otras).

Lo que es evidente es que el tribunal debe evitar que se presente una superposición de plazos de manera que pueda afectarse de algún modo la capacidad de las partes en la controversia para evaluar las peticiones, es decir, que se perturbe el curso del proceso o que se genere una carga que perjudique a una de las Partes en la controversia.

Para una adecuada participación de *Amicus Curiae* resulta fundamental que se hayan establecido las condiciones y procedimientos necesarios a fin de que el tribunal pueda considerarlos. Por ejemplo, si se presenta conjuntamente (dependiendo el número de potenciales peticionarios) o de manera individual; el formato (físico y/o electrónico); la extensión³⁰; el idioma a ser empleado; la entrega de anexos; los plazos para su presentación, entre otros³¹.

²⁷ HARRISON, Janes. “Human Rights arguments in Amicus Curiae submissions: Promoting social justice”. En: DUPUY, Pierre-Marie. “Human Rights in International Investment Law and Arbitration”. Oxford: Oxford University Press. 2009. p. 405.

²⁸ “At present, there is no formalized or systematic approach to dealing with the issue of amicus participation in State-investor arbitration [...] Thus, once some of the central regimes begin adopting more comprehensive guidelines on amicus participation, there is a strong chance that a degree of ‘cross-fertilization’ and harmonization will follow”. LEVINE, Eugenia. “Amicus Curiae in international investment arbitration: The implications of an increase in third-party participation”. En: Berkeley Journal of International Law 29. pp. 221-222.

²⁹ “Some analysts have expressed concern that amicus participation in the investor-State context has been exclusively pro-government and anti-investor. The author would suggest that this criticism is unfounded and that amicus participation has been from a variety of perspective”. KINNEAR, Meg. “Transparency and third party participation in investor-State dispute settlement”. 2005.

³⁰ *Biwater Gauff (Tanzania) LTD. v. United Republic of Tanzania*. Caso CIADI ARB/05/22. Procedural Order 5. 2 de febrero de 2007. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. v. Argentina*, Caso CIADI ARB/03/19. Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*, 19 de mayo de 2005.

³¹ Al respecto, la Comisión de Libre Comercio en el marco del NAFTA ha fijado el siguiente procedimiento:

1. Cualquier parte no contendiente, que sea una persona de una Parte o que tenga una presencia importante en el territorio de una Parte, y que desee presentar una comunicación escrita ante un Tribunal (el “solicitante”) solicitará autorización del Tribunal para presentar esa comunicación. El solicitante anexará la comunicación a la solicitud.
2. La solicitud de autorización para presentar una comunicación: (a) se hará por escrito, será fechada y firmada por la persona que la presente, e incluirá la dirección y demás información que permita ponerse en contacto con el solicitante; (b) se limitará a 5 páginas mecanografiadas; (c) describirá al solicitante incluyendo, cuando sea pertinente, su membresía y condición jurídica (e.g. compañía, cámara de comercio u otro tipo de organización no gubernamental), sus objetivos generales, la naturaleza de sus actividades y cualquier

D. Las excepciones a la transparencia

En el marco de los arbitrajes inversionista-Estado pueden presentarse elementos que requieran el establecimiento de excepciones a la transparencia tanto para el acceso y publicación de documentos, así como para la participación de terceros durante las audiencias.

Para ello se requiere hacer un balance cuando el tribunal se encuentre frente a información que por su contenido es susceptible de gozar de un carácter “secreto”, “confidencial” o “reservado” (existe una diversidad de posibilidades en cuanto a su nomenclatura). Este carácter de “secreto”, “confidencial” o “reservado” puede derivarse de lo dispuesto

por el tratado (APPIS, ACEs o TLCs) o por que así lo establece las normas que regulan el proceso (en tanto las reglas de arbitraje así lo dispongan o por remisión indirecta a la legislación de alguna de las Partes)³².

Lo señalado, puede hacer prever que se presenten situaciones en que las Partes no estén de acuerdo respecto de la calificación del tipo de información (que sea o no “secreta”, “confidencial” o “reservada”). Frente a ello, el tribunal deberá decidir si procede a poner a disposición del público la información requerida o si lo hace con las reservas del caso, es decir, omitiendo aquella información que caiga en alguno de los supuestos que la califican como “secreta”, “confidencial” o “reservada”.

organización matriz (incluida cualquier empresa que controle directa o indirectamente al solicitante); (d) revelará si el solicitante tiene o no alguna afiliación, directa o indirecta, con cualquier parte contendiente; (e) identificará a cualquier gobierno, persona u organización que haya proporcionado asistencia financiera o de cualquier otro tipo en la preparación de la comunicación; (f) especificará la naturaleza del interés que el solicitante tiene en el arbitraje; (g) identificará las cuestiones específicas de hecho o de derecho relativas al arbitraje que el solicitante aborda en su comunicación escrita; (h) explicará, con referencia a los factores previstos en el párrafo 6, las razones por las cuales el tribunal debería aceptar su comunicación; y (i) se redactará en uno de los idiomas del arbitraje.

3. La comunicación que presente una parte no contendiente: (a) será fechada y firmada por la persona que la presente; (b) será concisa y, en ningún caso excederá de 20 páginas mecanografiadas, incluidos sus apéndices; (c) contendrá una declaración precisa que sustente la posición del solicitante sobre las cuestiones respectivas; (d) sólo abordará cuestiones que estén en el ámbito de la disputa.
4. La solicitud de autorización de una parte no contendiente para presentar una comunicación y la comunicación misma serán entregadas a todas las partes contendientes y al Tribunal.
5. El tribunal fijará una fecha apropiada para que las partes contendientes opinen sobre la solicitud de autorización de una parte no contendiente para presentar una comunicación.
6. Al determinar si otorga autorización a una parte no contendiente para presentar una comunicación, el tribunal considerará, entre otras cosas, la medida en que: (a) la comunicación de la parte no contendiente podría asistir al tribunal en la resolución de las cuestiones de hecho o de derecho relativas al arbitraje, al ofrecer una perspectiva, un conocimiento o un criterio particulares distintos de los de las partes contendientes; (b) la comunicación de la parte no contendiente abordaría cuestiones que están en el ámbito de la disputa; (c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el arbitraje; y, (d) existe un interés público sobre el objeto del arbitraje.
7. El tribunal asegurará que: (a) cualquier comunicación de una parte no contendiente evite perturbar los procedimientos; y (b) tales comunicaciones no sean indebidamente gravosas para las partes contendientes ni las perjudiquen indebidamente.
8. El tribunal emitirá una decisión sobre si otorga autorización a una parte no contendiente para presentar una comunicación. Si otorga la autorización, el tribunal fijará una fecha apropiada para que las partes contendientes respondan por escrito la comunicación de la parte no contendiente. En esa fecha, las Partes del TLCAN no contendientes podrán abordar, conforme al artículo 1128, cualquier cuestión de interpretación del tratado que presente la comunicación de una parte no contendiente.
9. La autorización a una parte no contendiente de presentar una comunicación no requiere que el tribunal aluda a ella durante el arbitraje. La autorización a una parte no contendiente para presentar una comunicación tampoco da derecho a las partes no contendientes a realizar comunicaciones ulteriores en el arbitraje.
10. El acceso a documentos por las partes no contendientes que presenten solicitudes conforme a estos procedimientos se regirá por lo dispuesto en la Nota de la CLC del 31 de julio de 2001”. “Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la Participación de partes no contendientes. 7 de octubre de 2003”.

³² Por ejemplo, el artículo 42 del Convenio CIADI establece que: “El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”; El artículo 35 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI (2010) dispone que: “1. El tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada [...] 3. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato, de haberlo, y tendrá en cuenta cualquier uso mercantil aplicable al caso”.

Tratándose de audiencias el tribunal también deberá asegurarse de que cuando se haga referencia a información “secreta”, “confidencial” o “reservada” no se acceda a ésta (retirando a los terceros de la sala, editando la transmisión, ya sea por circuito cerrado o sistema *Webcast*, o tachando los textos en caso de desgravaciones).

Elemento de excepción a la transparencia está estrechamente vinculado al momento en que se determina el acceso a la documentación, ya que probablemente el tribunal se conformará en una etapa posterior a la presentación de la notificación de arbitraje. Así, de presentarse una controversia sobre el particular no existiría, en principio, una entidad que lo pueda resolver para ese entonces.

E. La transparencia y el acceso a la información pública en el ordenamiento peruano

El acceso a la información pública se encuentra regulado en el Perú a través de la Constitución de la República, cuyo artículo 5.4 reconoce el derecho de toda persona a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública.

Cabe destacar que el propio texto reconoce excepciones a este derecho al señalar que se exceptuarán las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

Por su parte la Ley 27806 (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública) establece que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o se encuentre en su posesión o bajo su control.

Asimismo, la citada Ley y su Reglamento (Decreto Supremo 043-2003-PCM) establecen ciertas excepciones. Entre éstas podemos encontrar las siguientes: (i) La información que contenga consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo previo a la toma de una decisión de gobierno, salvo que dicha información sea pública (una vez

tomada la decisión, esta excepción cesa si la entidad de la Administración Pública opta por hacer referencia en forma expresa a esos consejos, recomendaciones u opiniones); (ii) La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil que están regulados, unos por el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, y los demás por la legislación pertinente; y (iii) La información preparada u obtenida por asesores jurídicos o abogados de las entidades de la Administración Pública cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la tramitación o defensa en un proceso administrativo o judicial, o de cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado. Esta excepción termina al concluir el proceso.

En el caso de la regulación general sobre el arbitraje en el Perú, el Decreto Legislativo 1071 establece que lo dispuesto en éste se aplicará a “los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional; sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales de los que el Perú sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de este Decreto Legislativo serán de aplicación supletoria”. En cuanto a las audiencias el artículo 42.3 señala que “salvo acuerdo distinto de las partes o decisión del tribunal arbitral, todas las audiencias y reuniones serán privadas”. Asimismo, respecto del acceso a los documentos el artículo 51 dispone que en todos los arbitrajes regidos por el Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones.

Por su parte, el Reglamento de la Ley 28933 que establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión (Decreto Supremo 125-2008-EF), establece que la información preparada u obtenida por asesores jurídicos, abogados o cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional que debe guardar el abogado respecto de su asesorado; generada con ocasión de la representación de la República del Perú en los procesos a los que se refiere el Reglamento, tiene carácter confidencial.

Adicionalmente, la información que contiene consejos, recomendaciones u opiniones producidas como parte del proceso deliberativo y consultivo en el marco de una Comisión Especial en la etapa de negociaciones de trato directo, tiene carácter confidencial. Finalmente, el artículo 20 del Reglamento dispone que ningún aspecto de la información, comunicaciones y/o documentos (a que se refiere en su artículo 18) podrá ser revelado sin expresa autorización de la Comisión Especial, previa consulta con los abogados encargados.

F. Los costos de la transparencia

No cabe duda que el establecimiento de reglas de transparencia en el marco de los arbitrajes inversionista-Estado tendrá un impacto en la administración y conducción del proceso arbitral³³. Para ello, un aspecto central en el análisis de los efectos de establecer una regla de transparencia es el potencial incremento de los costos que se puedan generar durante el arbitraje, así como la determinación de quién deberá asumirlos.

Una primera observación es que los costos que se puedan generar no necesariamente serán iguales en todos los procesos arbitrales, sino que dependerán de cada caso y cómo se vayan desarrollando (en caso se presente alguna objeción a la jurisdicción, medidas provisionales, anulación, entre otros incidentes procesales).

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta es la selección de las reglas de arbitraje, y si se trata de un arbitraje *ad-hoc* o en el marco de una institución que administra el procedimiento. Así, por ejemplo, en el caso de un tribunal *ad-hoc* se requerirán una serie de elementos materiales (infraestructura) con los cuales no se suele contar (si el tribunal sesiona en una sala de conferencias de un hotel: cómo se

organiza una audiencia pública, las medidas de seguridad, entre otros aspectos). Mientras que de otro lado, un arbitraje institucionalizado puede beneficiarse de la logística con que ya cuenta la entidad que lo acoge y de financiarse sobre una base más regular.

Entre los elementos que deben tenerse en cuenta para determinar los potenciales costos que se pueden derivar del establecimiento de una regla de transparencia destacan los siguientes: (i) creación y diseño de un sistema de "Registro" (o adaptar alguno existente); (ii) el costo del personal que trabajaría para la administración del Registro; (iii) alquiler del local para las audiencias (en tanto las audiencias se pueden prolongar y se requeriría de un espacio para cubrir la asistencia de las personas, en este último supuesto se deberá prever de mayor espacio en la sala de audiencia, un sistema de circuito cerrado o un sistema de *Webcast*)³⁴; (iv) medidas de seguridad adicionales; y, (v) costo de las interpretaciones, traducciones y desgravaciones.

Para la atribución de los costos que se generen a partir de los elementos señalados, pueden darse varias alternativas. Una solución directa sería estableciendo una regulación expresa en el tratado o seleccionando reglas de arbitraje que los regulen. En caso de silencio sobre el particular, tendrá que ser el propio tribunal quien determine al final del proceso cómo se asignarán los costos que se hayan derivado del proceso entre las partes. Sin embargo, un aspecto a tomar en consideración es que la atribución de costos en el marco de una norma sobre transparencia también dependerá de su alcance, ya sea que estemos ante un supuesto de confidencialidad o privacidad.

En el supuesto del establecimiento de un "Registro" resulta cuestionable que los costos de éste puedan ser atribuidos al inversionista en

³³ Al respecto, Fortier señala que: "We must not forget, in the momentum carrying us towards greater transparency, that there are costs to this trend, and the question of who bears those costs is a relevant to the legitimacy of the system as the goal of transparency itself. The cost-benefit analysis of increased transparency ought not to prevent the arbitration community from adopting proposals that are likely to improve the system's functioning and enhance its legitimacy". FORTIER, Yves. "Investment protection and the rule of law: Change or decline?". En: The British Institute of International and Comparative Law. London. 2009.

³⁴ En una estimación de gastos elaborada por el CIADI se presentan los siguientes costos (con una perspectiva muy conservadora: sede en Washington, audiencias de 8 horas diarias en el local del Banco Mundial durante horario de oficina, un sólo idioma sin servicios de interpretación, ni necesidades de videoconferencia): Estimación de transmisión en directo *Webcast* correspondiente a cinco días hábiles: US 15 750; por Circuito cerrado de radiodifusión: US14.250. A/CN.9/WG.II/WP.170/Add.1.

tanto que podría implicarle una carga excesiva, en particular respecto de su mantenimiento a lo largo del tiempo, así como para la delimitación del aporte que le correspondería a un caso de manera individual. Asimismo, los costos también dependerán de cómo se organice el sistema de “Registro” y sus procedimientos (si el acceso es físico o la información puede ser descargada directamente a través de una página de Internet, si se cobra por copias o descargas).

III. LA TRANSPARENCIA EN LOS TRATADOS SOBRE INVERSIÓN

A. La transparencia en los APPIs, ACEs y TLC celebrados por el Perú

Los APPIs, ACEs y TLCs³⁵ celebrados por el Estado peruano contienen disposiciones diferentes sobre transparencia, de manera general, así como para el acceso a la información, su publicación y los mecanismos de participación de terceros (*Amicus Curiae* o en el caso de otro Estado Parte no litigante).

A diferencia de lo que sucede con algunos TLCs, los APPIs no suelen contener disposiciones sobre transparencia³⁶. En estos casos se estila presentar una referencia a las reglas bajo el marco del Convenio CIADI o las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI (sin que necesariamente se establezca la versión de las Reglas aplicables) para que a través de éstas se regule el proceso arbitral.

El Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos de América contiene la regulación más detallada sobre transparencia. Así, en su artículo 10.21, titulado “Transparencia de las Actuaciones Arbitrales”, dispone que:

- “1. Con sujeción a los párrafos 2 y 4, el demandado, después de recibir los siguientes documentos, los entregará con

prontitud a las Partes no contendientes y los pondrá a disposición del público:

(a) la notificación de intención; (b) la notificación de arbitraje; (c) los alegatos, escritos de demanda y notas explicativas presentados al tribunal por una parte contendiente y cualquier comunicación escrita presentada de conformidad con el artículo 10.20.2 y 10.20.3 y el artículo 10.25; (d) las actas o transcripciones de las audiencias del tribunal, cuando estén disponibles; y (e) las órdenes, laudos y decisiones del tribunal.

2. El tribunal realizará audiencias abiertas al público y determinará, en consulta con las partes contendientes, los arreglos logísticos pertinentes. Sin embargo, cualquier parte contendiente que pretenda usar en una audiencia información catalogada como información protegida deberá informarlo así al tribunal. El tribunal realizará los arreglos pertinentes para proteger la información de su divulgación.
3. Nada de lo dispuesto en esta Sección exige al demandado que ponga a disposición información protegida o que proporcione o permita el acceso a información que pudiese retener de conformidad con el artículo 22.2 (Seguridad Esencial) o artículo 22.4 (Divulgación de Información).
4. Cualquier información protegida que sea sometida al tribunal deberá ser protegida de divulgación de acuerdo con los siguientes procedimientos:

(a) sujeto al subpárrafo (d), ni las partes contendientes ni el tribunal revelarán a ninguna Parte no contendiente o al público

³⁵ Por ejemplo se puede comparar el capítulo de inversiones de los ACEs y TLCs celebrados con Estados Unidos (artículo 10.21), Canadá (artículos 835 y 836), Chile (artículo 10.21), México (artículo 11.34 “Transparencia de las actuaciones arbitrales”), China (artículo 141 “Seguridad Esencial”). Los de Corea, Cuba y Singapur (no contienen una disposición específica sobre transparencia para la solución de controversias inversionista – Estado). Mención particular merece la regulación de la transparencia en el marco del APEC en donde si bien no se ha abordado directamente la transparencia en el marco de los arbitrajes inversionista-Estado diversos documentos adoptados apuntan a favorecer la transparencia de manera general: APEC Investment Facilitation Action Plan (IFAP) (2008/MRT/R/004) o los Estándares de Transparencia (Reporte de 2007).

³⁶ En una estimación de gastos elaborada por el CIADI se presentan los siguientes costos (con una perspectiva muy conservadora: sede en Washington, audiencias de 8 horas diarias en el local del Banco Mundial durante horario de oficina, un sólo idioma sin servicios de interpretación, ni necesidades de videoconferencia): Estimación de transmisión en directo Webcast correspondiente a cinco días hábiles: US 15 750; por Circuito cerrado de radiodifusión: US14.250. A/CN.9/WG.II/ WP.170/Add.1.

ninguna información protegida cuando la parte contendiente que proporciona la información la designe claramente de esa manera de acuerdo con el subpárrafo (b); (b) cualquier parte contendiente que reclame que determinada información constituye información protegida, lo designará claramente al momento de ser presentada al tribunal; (c) una parte contendiente deberá, en el mismo momento que presenta un documento que contiene información alegada como información protegida, presentar una versión redactada del documento que no contenga la información. Sólo la versión redactada será proporcionada a las Partes no contendientes y será pública de acuerdo al párrafo 1; y (d) el tribunal decidirá acerca de cualquier objeción en relación con la designación de información alegada como información protegida. Si el tribunal determina que dicha información no fue designada apropiadamente, la parte contendiente que presentó la información puede: (i) retirar todo o parte de la presentación que contiene tal información, o (ii) convenir en volver a presentar documentos completos y redactados con designaciones corregidas de acuerdo con la determinación del tribunal y con el subpárrafo (c). En todo caso, la otra parte contendiente deberá, cuando sea necesario, volver a presentar documentos completos y redactados, los cuales omitan la información retirada de conformidad con el (i) por la parte contendiente que presentó primero la información o redesignar la información de forma compatible con la designación realizada de conformidad con el (ii) de la parte contendiente que presentó primero la información.

5. Nada de lo dispuesto en esta Sección requiere al demandado negarle acceso al público a información que, de acuerdo a su legislación, debe ser divulgada.”

Como se puede apreciar, el referido artículo dispone que el Estado será siempre el responsable (según el TLC: “demandado” significa la Parte que es parte de una controversia relativa a una inversión) de ejecutar las disposiciones sobre acceso y publicación de los documentos. Sin embargo, no se precisa el mecanismo, procedimiento y forma cómo el “demandado” pondrá la documentación referida a disposición del público.

Un problema que se puede presentar es la diferencia temporal entre que se establece la obligación de poner a disposición del público la información (específicamente en lo referido a la notificación de intención) y la constitución del tribunal, ya que puede presentarse el escenario en donde, el inversionista o el Estado, presente información que la otra parte estime como “protegida” y que no lo haya sido así previsto por el demandante³⁷. Asimismo, no se ha regulado de manera expresa los supuestos de interacción de los sistemas nacionales con las medidas que pueda ordenar el tribunal y el tratamiento que tendrá la información “protegida” (tanto en el caso del arbitraje bajo el marco de Convenio CIADI como de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI), ya sea en el caso de establecimiento de medidas previsionales o para la ejecución del laudo.

Finalmente, un aspecto que puede presentarse es la potencial discusión sobre la aplicación de la cláusula de Nación más favorecida a las reglas de transparencia. En primer lugar ello dependerá de los términos establecidos en los respectivos APPIS, ACEs o TLCs y su alcance (ya sea que hagan referencia a las normas sustantivas, a todas las disposiciones del tratado sin distinción o incluyendo expresamente a las normas sobre solución de controversias).

Sin embargo, aunque se pueda haber contemplado explícitamente la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida a las

³⁷ Artículo 10.16 (Sometimiento de una reclamación a arbitraje): “Por lo menos 90 días antes de que se someta una reclamación a arbitraje de conformidad con esta Sección, el demandante entregará al demandado una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje (“notificación de intención”). En la notificación se especificará: (a) el nombre y la dirección del demandante y, en el caso de que la reclamación se someta en representación de una empresa, el nombre, dirección y lugar de constitución de la empresa; (b) por cada reclamación, la disposición de este Acuerdo, la autorización de inversión o el acuerdo de inversión presuntamente violado y cualquier otra disposición aplicable; (c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda cada reclamación; y (d) la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados”.

disposiciones sobre solución de controversias, igual existen elementos que hacen muy cuestionable su aplicación. Al respecto, coincidimos con Bigge cuando señala que: “[...] a fundamental problem with attempting to use MFN to avoid transparency is the likely inability of an investor to show that non-transparency constitutes favorable treatment (este argumento puede ser empleado en sentido inverso, es decir, para su aplicación) [...] Such designations are not subject to MFN provisions in part because they are not-substantive procedural choices that cannot easily be analogized to the ‘treatment’ provided by substantive Rights protection [...] The estate-parties’ inclusion of transparency requirements in an investment treaty is a quintessential public policy decision, and this is the third reason claimants would be heard-pressed to use MFN to dodge transparency requirements by investment agreements”³⁸.

B. La transparencia en el CIADI

En el marco del CIADI se ha dado una tendencia para favorecer una mayor transparencia en los procesos, tanto desde la práctica de los tribunales arbitrales como del propio Centro³⁹. En este sentido, las Reglas de Arbitraje han tenido diversas modificaciones a fin de, entre otros aspectos, establecer un sistema de solución de controversias que sea más transparente⁴⁰.

Debe tenerse presente que las decisiones de los tribunales arbitrales bajo el marco del Convenio CIADI no causan precedente

(*estare decisis*), y resultan de exclusiva aplicación a las partes en la controversia. Sin embargo, se reconoce en la práctica que las decisiones previas sí tienen un efecto sobre los razonamientos que elaboran los tribunales arbitrales. Al respecto, en el asunto Saipem el tribunal consideró que:

“The Tribunal considers that it is not bound by previous decisions. At the same time, it is of the opinion that it must pay due consideration to earlier decisions of international tribunals. It believes that, subject to compelling contrary grounds, it has a duty to adopt solutions established in a series of consistent cases. It also believes that, subject to the specifics of a given treaty and of the circumstances of the actual case, it has a duty to seek to contribute to the harmonious development of investment law and thereby to meet the legitimate expectations of the community of States and investors towards certainty of the rule of law”⁴¹.

En cuanto a la interrogante de si el Convenio CIADI favorece de manera general la transparencia o la confidencialidad cabe destacar lo señalado en el asunto Biwater Gauff (Tanzania) LTD, en donde el tribunal indicó que:

“In the absence of any agreement between the parties on this issue, there is no provision imposing a general duty of confidentiality in ICSID arbitration, whether in the ICSID Convention, any of the applicable Rules or otherwise. Equally, however, there is no provision imposing a general rule of transparency or non-confidentiality in any of these sources”⁴².

³⁸ BIGGE, D.M. “Can investors use MFN to dodge transparency?” En: *Transnational Dispute Management* 8. 2011.

³⁹ PARRA, Antonio. “The development of the regulations and rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes”. En: *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal* 22. 2007. p. 65.

⁴⁰ “The 2006 amendments to Article 32 illustrate the balance between the traditional principle of privacy of proceedings and increasing demands for transparency”. REED, Lucy. “Guide to ICSID Arbitration”. The Netherlands: Wolters Kluwer, 2011. p.142.

⁴¹ Saipem v. Bangladesh. ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction, 21 de Marzo de 2007.

⁴² Biwater Gauff (Tanzania) LTD. v. United Republic of Tanzania. Caso CIADI ARB/05/22. Procedural Order 3. 29 de septiembre de 2006. Esto ha sido señalado previamente en el asunto Metalclad Corporation, seguido bajo las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, al indicarse que: “There remains nonetheless a question as to whether there exists any general principle of confidentiality that would operate to prohibit public discussion of the arbitration proceedings by either party. Neither the NAFTA nor the ICSID (Additional Facility) Rules contains any express restriction on the freedom of the parties in this respect. Though it is frequently said that one of the reasons for recourse to arbitration is to avoid publicity, unless the agreement between the parties incorporates such a limitation, each of them is still free to speak publicly of the arbitration. It may be observed that no such limitation is written into such major arbitral texts as the UNCITRAL Rules or the draft Articles on Arbitration adopted by the International Law Commission [...]” *Metalclad Corporation v. México*. Decision on a request by the Respondent for an order prohibiting the Claimant from revealing information. Caso CIADI ARB/(AF)/97/1. 27 de octubre de 1997. párrafo 9.

1. Publicación del laudo

Durante los trabajos preparatorios para la elaboración del Convenio CIADI inicialmente no se había previsto una disposición relativa a la publicación de los laudos⁴³. Frente a ello, el representante de los Estados Unidos (Sr. Gourevith) consultó si es que el CIADI tendría la autoridad para publicarlos, ya que no obstante este silencio entendía que sí lo podría realizar. Por su parte, el Consejero General (Aron Broches) respondió que ese no era su entendimiento ya que pensaba que el CIADI no lo podría hacer si no tenía el consentimiento previo de las Partes⁴⁴.

Ante esta situación, el representante de los Estados Unidos recomendó que se incluyera un párrafo sobre el particular y sugirió el siguiente texto: "except as the parties otherwise agree, the Centre may publish arbitral awards". En respuesta a la propuesta formulada, el representante de la India (Sr. Lokur) sugirió el siguiente lenguaje alternativo: "the Centre shall not publish the award except with the consent of the parties". Luego de ser sometidas las propuestas a votación terminó por aceptarse el lenguaje formulado por la India⁴⁵.

El artículo 48.5 del Convenio CIADI establece que "el Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes". Asimismo, la Regla 48.4 de las Reglas de Arbitraje (2006) reitera esta disposición al señalar que:

"El Centro no publicará el laudo sin el consentimiento de las partes. Sin embargo, el Centro deberá incluir prontamente en sus publicaciones extractos del razonamiento jurídico del Tribunal"⁴⁶.

Como se puede apreciar, el CIADI deja en manos de las partes en la controversia la decisión final de optar por la publicación. Sin embargo, permite un mínimo de transparencia en tanto que el CIADI en sus publicaciones deberá incluir extractos de las decisiones aunque una de las partes no quiera la publicación de éstos.

Cabe destacar que a diferencia de las Reglas de Arbitraje (2003), la nueva Regla 48.4 de las Reglas de Arbitraje (2006) le ponen mayor presión al Secretario General a fin de que proceda "prontamente" a la publicación de los extractos del laudo. Así, como se indica en los comentarios a la Regla 48.4 (2006):

"The suggested changes would facilitate the prompt release of excerpts, by making their early publication mandatory, and clarify the wording of the provision. Prompt publication of the excerpts is particularly important in view of the increase in the number of pending cases at the Centre"⁴⁷.

Por otro lado, el artículo 48.5 del Convenio CIADI sólo se refiere a los laudos de los tribunales arbitrales por lo que existe una gama de documentos, tanto por parte del tribunal como de las Partes en la controversia, que pueden producirse durante el proceso que no se encontrarían expresamente regulados. En lo que refiere a la actuación del CIADI, Schreuer ha señalado que:

"Other decisions of the tribunal such as recommendations of provisional measures (Art. 47), preliminary decisions on jurisdiction (Art. 41) or procedural orders are not, strictly, awards (see para. 28 supra). But it would be illogical to withhold awards from publication while releasing interim decisions some of

⁴³ Z-13. Documents concerning the origins and the formulation of the International Convention for the Settlement of Investment Disputes. Volumen II. Parte 2. p. 911.

⁴⁴ SID/LC/SR/16 (30/12/64) Summary Proceedings of the Legal Committee Meeting of December 8, 1964. Documents concerning the origins and the formulation of the International Convention for the Settlement of Investment Disputes. Volumen II. Parte 2. p. 817.

⁴⁵ SID/LC/SR/16 (30/12/64) Summary Proceedings of the Legal Committee Meeting of December 8, 1964. Documents concerning the origins and the formulation of the International Convention for the Settlement of Investment Disputes. Volumen II. Parte 2. p. 817.

⁴⁶ La Regla 48.4 de las Reglas de Arbitraje (2003) establecían: "El Centro no publicará el laudo sin el consentimiento de las partes. Sin embargo, el Centro podrá incluir en sus publicaciones extractos de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal".

⁴⁷ Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations. Working Paper of the ICSID Secretariat. 12 de mayo de 2005.

which contain extensive discussion of the factual and the legal issues in dispute and will ultimately be incorporated into the award (see Art. 41, para. 78). For purposes of their publication, the Centre has treated these decisions in the same way as awards"⁴⁸.

Cabría analizar la posibilidad de que una de las Partes en la controversia decida hacer público el laudo u otros documentos del tribunal⁴⁹. Este supuesto se encuentra fuera del marco de aplicación del Convenio CIADI en tanto que no lo regula de manera directa, ya que el artículo 48.5 del Convenio CIADI se refiere exclusivamente a las responsabilidades que tiene el Centro⁵⁰.

Un elemento que ha sido motivo de discusión en el marco del Convenio CIADI es la publicación de documentación o hacer referencia explícita a información por una de las Partes mientras se desarrolla el proceso arbitral. Frente a ello, ha ocurrido que la otra Parte ha terminado solicitando al tribunal que adopte medidas provisionales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 47 del Convenio CIADI y en la Regla 39 de las Reglas de Arbitraje (2006), a fin de evitar que ello suceda o que se repita.

Puede ocurrir que en el marco del tratado (APPI, ACE o TLC) se hayan establecido disposiciones sobre transparencia (confidencialidad), por lo que éstas tendrán que ser observadas por las Partes en la controversia. Asimismo, puede darse el caso que la transparencia (confidencialidad) no hayan sido abordadas en el tratado pero que las Partes en la controversia hayan decidido,

a través de un acuerdo dentro del proceso (por ejemplo en la primera audiencia), determinadas medidas sobre el particular. Finalmente, un tercer supuesto es que no se haya acordado nada en lo relativo a la transparencia (confidencialidad).

Al respecto, en el asunto Biwater Gauff (Tanzania) LTD el tribunal indicó que en estos casos se requiere efectuar un balance entre dos intereses que pueden resultar en competencia: "The need for transparency in treaty proceedings such as these, and the need to Project the procedural integrity of the arbitration"⁵¹.

De manera general, el tribunal agregó que:

"It is self-evident that the prosecution of a dispute in the media or in other public foro, or the uneven reporting and disclosure of documents or other parts of the record in parallel with a pending arbitration, may aggravate or exacerbate the dispute and may impact upon the integrity of the procedure. This is all the more so in very public cases, such as this one, where issues of wider interest are raised, and where there is already substantial media coverage, some of which already being the subject of complaint by the parties"⁵².

Este análisis debe efectuarse caso por caso y dependerá además del estado particular de la controversia (es decir que deberá evaluarse a lo largo del proceso). Asimismo, deberá ponderarse el tipo de material que se pretende difundir o haya sido difundido (laudo, decisiones, ordenes, directivas,

⁴⁸ SCHREUER, Christoph. "The ICSID Convention: A commentary". Cambridge: Cambridge University Press. 2012. pp. 837-838.

⁴⁹ "Nothing, however, precludes a party to an ICSID dispute from voluntarily publishing the contents of an award". VANDELVELDE, Kenneth. "Bilateral Investment Treaties". Oxford: Oxford Press. 2010. p. 452. "Because Art. 48(5) of the convention is addressed to ICSID only, however, the parties remain free to make awards available to the public unless they have agreed otherwise. Consequently, even if one party does not consent to ICSID publishing the award, the other party frequently releases it for publication in the International Legal Materials or other venues". ZOELLNER, Carl-Sebastian. Op.cit. pp. 191-192.

⁵⁰ Biwater Gauff (Tanzania) LTD. v. United Republic of Tanzania. Caso CIADI ARB/05/22, Procedural Order 3. 29 de septiembre de 2006. Al respecto, Schreuer ha señalado lo siguiente: "Article 48(5) is addressed to the Centre only. While it is clear that ICSID will not publish an award without the parties' consent, Article 48(5) does not enjoin the parties from releasing the award. The parties may agree to keep an award confidential. But if they do not, each party is free to make the award available to the public". SCHREUER, Christoph. "The ICSID Convention: A commentary". Cambridge: Cambridge University Press. 2012. p. 836.

⁵¹ Biwater Gauff (Tanzania) LTD. v. United Republic of Tanzania. Caso CIADI ARB/05/22, Procedural Order 3. 29 de septiembre de 2006.

⁵² Ibidem.

transcripciones de las audiencias, materiales presentados por las partes en la controversia, correspondencia entre el tribunal y las partes)⁵³.

De otro lado, la Regla 22 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI establece respecto a la labor de publicación que le confiere al Secretario General lo siguiente:

“1) El Secretario General publicará de manera apropiada información sobre las actividades del Centro, incluyendo el registro de todas las solicitudes de conciliación y de arbitraje y, en su debida oportunidad, una indicación de la fecha y manera de terminación de cada procedimiento. 2) Si ambas partes en un procedimiento consienten en la publicación de: a) los informes de las Comisiones de Conciliación; b) los laudos; o c) las actas y demás actuaciones del procedimiento, el Secretario General hará los arreglos necesarios para que estos documentos sean publicados con miras a fomentar el desarrollo del derecho internacional en materia de inversiones”.

Como se puede apreciar de la citada Regla 22, el Consejo Administrativo del CIADI reconoció expresamente la relación que existe en lo que respecta a la publicación de información relativa a un proceso arbitral y el desarrollo del derecho internacional en materia de inversiones⁵⁴.

Por su parte, la Regla 23 del Reglamento Administrativo y Financiero dispone que:

“1) El Secretario General mantendrá, de acuerdo con las reglas que promulgará, Registros separados de las solicitudes de conciliación y de las solicitudes de arbitraje. En ellos anotará toda la información significativa sobre la iniciación, conducción, y disposición de cada procedimiento,

incluyendo en particular el método de constitución y la integración de cada Comisión, Tribunal y Comité. En el Registro de Arbitrajes se anotará también toda la información significativa concerniente a las solicitudes de suplementación, rectificación, aclaración, modificación o anulación de cada laudo, y cualquier otra resolución que suspenda su ejecución; 2) Cualquier persona podrá inspeccionar los Registros. El Secretario General promulgará reglas sobre el acceso a los Registros y un arancel de los derechos que cobrará por el suministro de extractos certificados o no, del mismo”.

Al poder acceder el público al Registro, se asegura un grado mínimo de transparencia en tanto que podrá conocer del registro de solicitudes de arbitraje o conciliación, así como los miembros que formarán parte del tribunal arbitral.

2. Audiencias

Respecto a las audiencias orales la Regla 32.2 de las Reglas de Arbitraje (2003) establecía que: “El Tribunal decidirá, con el consentimiento de las partes, cuáles otras personas pueden asistir a las audiencias, además de las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, testigos y peritos durante su testimonio, y funcionarios del Tribunal”.

En el asunto de Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. el tribunal rechazó la solicitud formulada por cinco organizaciones no gubernamentales (ONGs) de acceder a las audiencias en tanto que no se contara con el consentimiento de ambas partes en la controversia, supuesto que no se había presentado al haber el demandante rechazado el citado pedido (Argentina expresó su conformidad con permitir el acceso a las audiencias)⁵⁵.

⁵³ “There will always be an element of procedural maneuverings between the parties particularly in cases involving large sums at stake and at times the distinction between legitimate strategic battle and steps aggravating a dispute is not that easy to draw”. WOOLHOUSE, Sarita. “Transparency and procedural integrity of arbitration – The Bewater Tribunal’s balancy act”. En: Transnational Dispute Management. 3. 2006.

⁵⁴ Bewater Gauff (Tanzania) LTD. v. United Republic of Tanzania. Caso CIADI ARB/05/22. Procedural Order 3. 29 de septiembre de 2006.

⁵⁵ Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. v. Argentina. Caso CIADI ARB/03/19. Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*. 19 de mayo de 2005, párrafo 6.

Luego de que fueran modificadas las reglas de arbitraje, la Regla 32.2 de las Reglas de Arbitraje (2006) establece que:

“Salvo objeción de alguna de las partes, el Tribunal, tras consultar con el Secretario General, podrá permitir, sujeto a los arreglos logísticos pertinentes, que otras personas, además de las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, testigos y peritos durante su testimonio, y funcionarios del Tribunal, asistan a la totalidad o parte de las audiencias, o las observen. En dichos casos el Tribunal deberá establecer procedimientos para la protección de información privilegiada o protegida”.

La enmienda realizada no altera el fondo, es decir, que las Partes en la controversia seguirán siendo las que determinen la posibilidad de permitir el acceso a terceros a las audiencias. Sin embargo, en la versión previa (2003) se requería una manifestación expresa de consentimiento de las Partes⁵⁶, siendo ahora más bien un sistema inverso de consulta que genera una presunción a favor de la autorización por parte del tribunal sin que se requiera el consentimiento expreso de ambas partes⁵⁷. Cabe destacar que la Regla no establece que los Estados deban explicar las razones en las que sustentan su objeción.

3. Participación de *Amicus Curiae*

Respecto a la participación de terceros (*Amicus Curiae*), la Regla 37 de las Reglas de Arbitraje (2006) establece que:

“Después de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia (en esta regla “parte no contendiente”)

que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia. Al determinar si permite dicha presentación, el Tribunal deberá considerar, entre otras cosas, en qué medida: a) la presentación de la parte no contendiente ayudaría al Tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquéllos de las partes en la diferencia; b) la presentación de la parte no contendiente se referiría a una cuestión dentro del ámbito de la diferencia; c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento.

El Tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente”.

En cuanto a la terminología empleada “parte no contendiente”, ésta no tiene como propósito ni conlleva que se asuma al *Amicus Curiae* como una “parte” más en la controversia, sino que se trata del uso de una expresión que ya venía siendo empleada.

En este sentido, Antonietti señala que: “For the sake of consistency and in order to use exactly the same concept in the three official languages of the Centre, it was decided to use in English “non disputing party”, in French “partie non-contestante” and in Spanish “parte no contendiente”. This was also done with the intention of avoiding any possible confusion with legal concepts used in other regimes”⁵⁸.

⁵⁶ “Second, the consent required of the Parties to grant the request is not present. Although the Tribunal did not received any indication that such consent may be forthcoming, the Tribunal remains open to any initiative from the parties in this regard”. *Aguas del Tunari v. Bolivia*. Caso CIADI ARB/02/03. Carta del Presidente del Tribunal. 29 de junio de 2003.

⁵⁷ “Indeed, the only difference seems to be that while before open hearings could only be instituted in case of an explicit consensus of the parties, it is now the absence of a veto that suffices, i.e., one could view the new system as one of an implicit ‘tacit consent’ presumption. Nevertheless, effective party control of the privacy of hearings has been preserved by the member governments”. ZOELLNER, Carl-Sebastian. Op. cit. Loc. cit. “While explicit consent of the parties is no longer necessary, each party retains a veto right by way of objection to non-parties being allowed to attend”. Andrew de Lotbinière Mcdougall and Ank Santens. ICSID Amends its Arbitration Rules. 2006.

⁵⁸ ANTONIETTI, Aurelia. “The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules”. En: ICSID Review. Foreign Investment Law Journal 21. 2006. p. 436.

Por otro lado, el reconocimiento de la figura de *Amicus Curiae* tampoco implica que se establezca un deber de aceptarlos de manera automática por parte del tribunal, ya que se trata simplemente de la posibilidad de su presentación bajo una serie de condiciones previas que tendrán que verificarse para que éstos puedan ser aceptados⁵⁹.

Antes de que se adoptaran las Reglas de Arbitraje (2006) sobre la base del artículo 44 del Convenio CIADI⁶⁰, el tribunal arbitral en el asunto Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. señaló que para aceptar la participación de un *Amicus Curiae* se requería:

“a) la pertinencia del objeto del caso; b) la aptitud de cada persona que no sea parte para desempeñarse en calidad de *Amicus curia* en ese caso; y c) el procedimiento utilizado para llevar a cabo y analizar la presentación *Amicus*. El Tribunal considera que la adecuada aplicación de esos criterios permitirá balancear el interés de terceros no contendientes a expresar sus opiniones, y proteger, al mismo tiempo, el derecho sustantivo y procesal de las partes contendientes a un proceso arbitral

justo, ordenado y expedito”⁶¹.

Cabe destacar que los requisitos señalados en la Regla 37 de las Reglas de Arbitraje (2006) no constituye una lista exhaustiva (enumeración cerrada), lo cual se refleja en la propia redacción de “entre otras cosas”⁶².

Un elemento que deberá determinarse es cuándo es que se presenta una controversia en la que existe un interés público, y por ende justifique la participación de *Amicus Curiae*⁶³ (para ello se podría tomar en consideración la fuente de la cual se deriva la controversia, es decir, si es de un contrato o de un APPI, ACE o TLC).

En cuanto a la aptitud de las personas que pueden presentar *Amicus Curiae*, en el asunto Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. el tribunal indicó que:

“[...] el Tribunal sólo aceptará dichas presentaciones cuando sean realizadas por personas que establezcan, a entera satisfacción del mismo, que poseen los conocimientos especializados, la experiencia

⁵⁹ “The second important limit on non-disputing party interventions is that request to file submissions are not granted automatically but rather on the basis of met conditions”. OBADIA, Eloise. “Extension of proceedings beyond the original parties: non disputing party participation in investment arbitration”. En: ICSID Review 22. p. 367. FERNANDEZ MASIA, Enrique. “Primeras aplicaciones de las nuevas reglas de arbitraje del CIADI sobre transparencia y participación de terceros en el procedimiento arbitral”. En: Transnacional Dispute Management 6. 2009.

⁶⁰ “Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal”.

⁶¹ Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. v. Argentina, Caso CIADI ARB/03/19, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*. 19 de mayo de 2005.

⁶² “It bears noting that the fundamental criteria stipulated by the ICSID Tribunal, namely the presence of a public interest and an appropriate friend, are not reproduced or explained as such in the new rule” [...] It should also be noted that the wording of the factors that a tribunal must take into account in order to render its decision does not include very specific directives in this regard. Thus, point (b) appears to be somewhat superfluous, insofar as it is difficult to envision a friend of the court intervening in a matter that is unrelated to the dispute. Similarly, point (c) also appears to be irrelevant with regard to the decision of the tribunal, insofar as one cannot readily envision a non-disputing party intervening in a dispute as an *amicus curiae* if it does not have a significant interest in the matters raised in the dispute”. STERN, Brigitte. “Civil society’s voice in the settlement of international economic disputes”. En: ICSID Review 22. p. 341.

⁶³ Por ejemplo, en el asunto Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A., el Tribunal determinó que por tratarse de una controversia que giraba en torno a los sistemas de distribución de agua y alcantarillado de una extensa zona metropolitana de la ciudad de Buenos Aires y de municipios aledaños que involucran servicios públicos básicos para millones de personas, y que podrían plantear cuestiones complejas de derecho público e internacional, incluida consideraciones relativas a derechos humanos, el resultado de esta controversia podría tener un potencial resultado de afectar el funcionamiento de estos sistemas y en consecuencia a la población que los utiliza. Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. v. Argentina. Caso CIADI ARB/03/19. Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*. 19 de mayo de 2005. párrafo 19.

y la independencia necesaria para contribuir a la solución del caso”⁶⁴.

Como se puede apreciar, en el marco del arbitraje bajo el Convenio CIADI no se distingue a las personas que pueden presentarse como *Amicus Curiae*, es decir, que puede ser una persona natural, jurídica y, de manera general, cualquier entidad que cumpla con los requisitos anteriormente señalados por el tribunal⁶⁵.

La petición que los solicitantes deberán presentar al tribunal para que éste determine su participación como *Amicus Curiae* deberá contener, siguiendo lo dispuesto en el asunto Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A., la siguiente información:

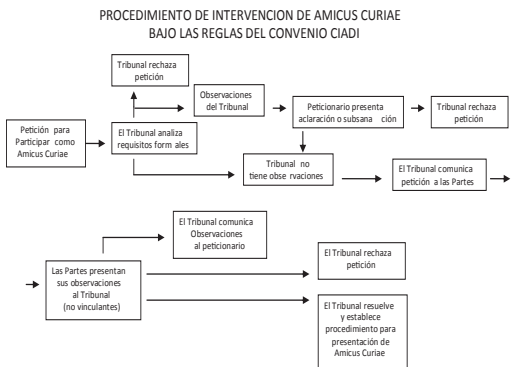
“a) La identidad y los antecedentes del peticionario, su composición si se trata de una organización, y la naturaleza de su relación, si la hubiera, con las partes en la diferencia; b) La naturaleza del interés del peticionario en el caso; c) Si el peticionario ha recibido apoyo financiero u otro apoyo material de cualquiera de las partes o de cualquier persona vinculada con las partes en el caso que nos ocupa; d) Las razones por las cuales el Tribunal debería aceptar el escrito *amicus curiae* del peticionario”⁶⁶.

Respecto del estándar aplicable para efecto de determinar si el escrito que presente el *Amicus Curiae* debe ser aceptado, en tanto

éste pueda asistir a la labor del tribunal, en el asunto Biwater Gauff (Tanzania) LTD se indicó que éste debe ser uno de “*reasonable potencial*” (tener un potencial razonable)⁶⁷.

Un elemento que estará vinculado a la participación de *Amicus Curiae* es el nivel de acceso a la documentación relativa al caso a la que éstos puedan acceder para efecto de elaborar sus presentaciones. Para ello existen varias posibilidades, ya sea que el acceso a los documentos se encuentre expresamente regulado en el tratado (APPI, ACE o TLC) o, en su defecto, en virtud de la remisión a un sistema de reglas de solución de controversias (por ejemplo, el Convenio CIADI o las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI).

Al respecto, el tribunal en el asunto Biwater Gauff (Tanzania) LTD consideró que dado que el caso había concertado una gran atención de los medios y que la información sobre éste ya había sido publicada, no estimaba necesario que se permitiera en esa etapa del proceso el acceso a los documentos⁶⁸.



⁶⁴ Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. v. Argentina, Caso CIADI ARB/03/19. Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*. 19 de mayo de 2005. párrafo 24.

⁶⁵ Así, por ejemplo, en el asunto AES Summit Generation Limited, AES – Tisza Erözü Kft v. Hungary. Caso CIADI ARB/07/22. El Tribunal Arbitral aceptó la solicitud de la Comisión Europea para presentarse como *Amicus Curiae*.

⁶⁶ Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal S.A. v. Argentina, Caso CIADI ARB/03/19. Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*. 19 de mayo de 2005. párrafo 25.

⁶⁷ Biwater Gauff (Tanzania) LTD. v. United Republic of Tanzania. Caso CIADI ARB/05/22. Procedural Order 5. 2 de febrero de 2007. párrafo 50.

⁶⁸ “This has been a very public and widely reported dispute. The broad policy issues on which the Petitioners are especially qualified are ones which are in the public domain, and about which each Petitioner is already very well acquainted. These, after all, are the very issues that have led to their application to intervene in these proceedings. None of these types of issue ought to require—at least for the time being—disclosure of documents from the arbitration”. Biwater Gauff (Tanzania) LTD. v. United Republic of Tanzania. Caso CIADI ARB/05/22. Procedural Order 5. 2 de febrero de 2007. párrafo 65.

C. La transparencia en la reglas de arbitraje de la CNUDMI

Si bien las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI fueron concebidas para el caso de arbitrajes comerciales⁶⁹, con el paso de los años se comenzaron a incluir, junto con otras reglas de arbitraje, en el marco de los APPIs, ACEs y TLCs a fin de que sirvieran como referente en la solución de controversias inversionista-Estado.

Las Reglas de Arbitraje (1976) no contemplaban disposiciones sobre la transparencia en el arbitraje, sino que se limitaba a regular algunos aspectos específicos de las diversas actuaciones procesales, que en algunos casos se vinculaban a ciertos elementos sobre

transparencia⁷⁰. Así, por ejemplo en el caso de peticiones de *Amicus Curiae*, en el asunto Methanex Corporation el tribunal señaló que:

“There is nothing in either the UNCITRAL Arbitrations Rules or Chapter 11, Section B, that either expressly confers upon the Tribunal the power to accept Amicus submissions or expressly provides that the Tribunal shall have no such power”⁷¹.

En ese sentido, la posibilidad de que el tribunal aceptara la presentación de *Amicus Curiae* dependía de la norma general sobre regulación del proceso prevista en el artículo 15.1 de las Reglas de Arbitraje (1976)⁷². Asimismo, el tribunal precisó que

⁶⁹ El parágrafo operativo 1 de la resolución A/RES/31/98 establece “Recomienda el uso del Reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional para el arreglo de las controversias que surjan en el contexto de las relaciones comerciales internacionales, especialmente mediante referencia a dicho Reglamento de arbitraje en los contratos comerciales”.

⁷⁰ “Since Articles 25(4), 31(2) and 32(5) of the Rules affirmatively address discrete aspects of the arbitral process (the hearing, the deliberations, and the award), we concluded that they alone cannot give rise to a general duty of confidentiality”. CARON, David. “The UNCITRAL Arbitration Rules: A commentary”. Oxford: Oxford University Press. 2006. p. 34.

⁷¹ Methanex Corporation v. United States of America. Decision of the Tribunal on Petitions from third persons to intervene as “*amicus curiae*”. 15 de enero de 2001, párrafo 24. United Parcel Service of America INC v. Canada. Decision of the Tribunal on petitions for intervention and participation as *Amicus curiae*. 17 de octubre de 2001. párrafo 63. Como resultado del caso, la Comisión de Libre Comercio emitió la siguiente interpretación: “Habiendo revisado la operación de los procedimientos que se han llevado a cabo conforme al capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, la Comisión de Libre Comercio adopta las siguientes interpretaciones del Capítulo XI, con el objeto de aclarar y reafirmar el significado de algunas de sus disposiciones:

“A. Acceso de documentos:

1. Nada de lo dispuesto en el TLCAN impone una obligación general de confidencialidad para las partes contendientes en un arbitraje al amparo del capítulo XI, y, sujeto a la aplicación del artículo 1137(4), nada de lo dispuesto en el TLCAN impide a las Partes otorgar acceso al público a documentos presentados ante un tribunal constituido conforme al capítulo XI o expedidos por él.
2. En aplicación de lo anterior:
 - a. De conformidad con el artículo 1120(2), las Partes del TLCAN acuerdan que nada de lo dispuesto en las reglas de arbitraje pertinentes impone una obligación general de confidencialidad o impide a las Partes otorgar acceso al público a documentos presentados ante un tribunal constituido conforme al capítulo XI, o expedidos por él, salvo las excepciones específicas y limitadas previstas expresamente en esas reglas;
 - b. Cada Parte acuerda poner a disposición del público, de manera oportuna, todos los documentos presentados ante un tribunal constituido conforme al capítulo XI o expedidos por él, sujeto a la exclusión de: i. la información comercial reservada; ii. la información confidencial o que esté protegida de ser divulgada de otra forma conforme a las leyes de la Parte; y; iii. la información que la Parte deba reservar de conformidad con las reglas de arbitraje pertinentes, según éstas se apliquen.
 - c. Las Partes reafirman que, en conexión con los procedimientos arbitrales, las partes contendientes podrán revelar a otras personas aquellos documentos, de los cuales no se haya excluido información, que estimen necesarios para la preparación de sus casos. No obstante, las partes contendientes deberán asegurarse de que esas personas protegerán la información confidencial de dichos documentos.
 - d. Las Partes también reafirman que los gobiernos del Canadá, los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América pueden compartir con funcionarios de sus respectivos gobiernos federal, estatales o provinciales todos los documentos pertinentes en el curso de los procedimientos de solución de controversias establecidos conforme al capítulo XI del TLCAN, incluida la información confidencial.
3. Las Partes confirman que nada de lo dispuesto en esta interpretación se entenderá en el sentido de obligar a alguna Parte a proporcionar o dar acceso a información que dicha Parte pueda reservar de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2102 ó 2105 [...]”. Comisión de Libre Comercio del TLCAN. Notas interpretativas de ciertas disposiciones del Capítulo 11, 31 de julio de 2001.

⁷² Artículo 15.1.- Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada

se debía tener en cuenta que la aceptación de la participación de *Amicus Curiae* podría incrementar significativamente los costos del arbitraje, así como eventualmente generar una mayor carga a una de las Partes en la controversia. Por lo que estos dos elementos requerían ser cuidadosamente analizados y ponderados para efecto de que pudiera llegarse a admitir o rechazar las presentaciones⁷³.

Por otro lado, respecto de las audiencias orales el artículo 25.4 de las Reglas de Arbitraje (1976) establece que las audiencias se celebrarán a puerta cerrada (*in camara*), a menos que las partes acuerden lo contrario. En este sentido, el tribunal en el asunto Methanex Corporation rechazó la solicitud para permitir la asistencia en las audiencias orales dado que una de las partes en la controversia (Methanex Corporation) no había dado su consentimiento para ello⁷⁴.

Paulatinamente en el marco de la CNUDMI se ha iniciado una fuerte corriente para efecto de abordar el tema de la transparencia en los arbitrajes. Así, durante el 41 período de sesiones de la CNUDMI (2008) hubo un acuerdo general sobre la conveniencia de estudiar la regulación de la transparencia en los arbitrajes entablados entre Estados e inversionistas privados en el marco de tratados⁷⁵. Sin embargo, se acordó que el tema fuera nuevamente abordado cuando se culminara la revisión del Reglamento de Arbitraje (1976)⁷⁶.

Luego de que la CNUDMI aprobara la versión revisada del Reglamento de Arbitraje (2010),

encomendó a su Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) la tarea de preparar un texto jurídico sobre el tema de la transparencia⁷⁷. El interés de la CNUDMI en la materia es evidente en tanto que existe un significativo número de tratados (APPis, ACEs y TLCs) que establecen mecanismos de solución de controversias inversionista-Estado con la alternativa de acudir al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y se puede prever que esta práctica continúe para los tratados que en el futuro se celebren.

Al respecto, el Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales ha señalado, específicamente sobre la labor del citado Grupo de Trabajo en materia de transparencia, que:

“[...] we are looking at the transparency or the lack thereof in arbitration processes with regard to disputes that raise human rights and other public policy issues. I am therefore greatly interested by your own review of the UNCITRAL Arbitration Rules and the place that transparency of process and outcomes might have in cases of investor-state disputes. From the perspective of my mandate, adequate transparency where human rights and other state responsibilities are concerned is essential if publics are to be aware of proceedings that may affect the public interest. Indeed, such transparency lies at the very foundation of what the United Nations and other authoritative entities have been promulgating as the precepts of good governance”⁷⁸.

etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

⁷³ Methanex Corporation v. United States of America. Decision of the Tribunal on Petitions from third persons to intervene as “amicus curiae”. 15 de enero de 2001. párrafo 50.

⁷⁴ *Ibid.* párrafo 42.

⁷⁵ El proyecto de reglamento solamente se centra en aquellos arbitrajes que se derivan de tratados. En este sentido, en principio quedarían fuera de este régimen las controversias inversionista-Estado que tengan como fuente un contrato con cláusula arbitral bajo reglas de la CNUDMI, a menos que las partes decidan incorporarlas (en tanto las disposiciones puedan ser compatibles).

⁷⁶ A/CN.9/646 párrafos 57 y 70.

⁷⁷ “[...] el mandato encomendado al Grupo de Trabajo debería limitarse a la preparación de unas reglas jurídicas uniformes acerca de la transparencia en los arbitrajes entablados entre inversionistas y un Estado en el marco de un tratado”. Asimismo, se convino “(...) en que, sin rebasar los límites de ese mandato, el Grupo de Trabajo tratara de identificar todo otro tema referente a los arbitrajes entablados entre inversionistas y un Estado en el marco de un tratado que pudiera ser objeto de una labor adicional por parte de la Comisión”. A/65/17. párrafo 191.

⁷⁸ Statement of the UN Secretary-General's Special Representative on Business and Human Rights, Mr. John Ruggie, to the UNCITRAL Working Group II (Arbitration and Conciliation). 48th session. New York. 2008.

Para este efecto, el Grupo de Trabajo II inició la preparación de un texto jurídico sobre una norma de transparencia solicitando la opinión de los Estados, Observadores e Instituciones arbitrales. El proceso de negociaciones sigue en curso sobre la base de la propuesta de proyectos de artículos presentada por la Secretaría⁷⁹.

Las discusiones se han orientado en primer lugar a determinar la forma (resultado final) que adoptaría el proyecto de norma jurídica sobre transparencia (artículos o guía). Al respecto, existe un consenso para apoyar que el texto se convierta en un proyecto de artículos (anexo al Reglamento de Arbitraje o *stand-alone rules*), pero ello se encuentra sujeto al ámbito de aplicación que se pretenda otorgarles (diversos Estados han indicado que si el ámbito de aplicación alcanza a los tratados ya existentes, entonces preferirían que se trate de una guía).

Un segundo tema que concentró la atención durante las negociaciones es el proyecto de artículo 1 relativo al “ámbito de aplicación”. En particular, respecto de la posible aplicación del proyecto de norma sobre transparencia a los tratados ya existentes y los futuros que se celebren⁸⁰, así como su aplicación específica (arbitrajes bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI) o general (en función de cualquier norma de arbitraje). Dados los diferentes puntos de vista de los Estados y en aras de buscar una alternativa de consenso⁸¹, el Presidente del Grupo de Trabajo II ha invitado a los Estados a considerar el siguiente acercamiento. Para los tratados de inversión que se concluyan luego de la fecha de entrada en vigor de la norma sobre transparencia (tratados futuros) una referencia general a las reglas de arbitraje de la CNUDMI implicará la aplicación de las normas sobre transparencia, a menos que los Estados Partes acuerden otra cosa, como por ejemplo escogiendo una versión previa del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (como las de 1976 o 2010); y, en el caso de los ya existentes, la norma sobre

transparencia solamente se aplicará cuando las Partes hayan consentido expresamente para ello (dejando en claro en la redacción que no se podrá efectuar una interpretación dinámica a los tratados existentes para una eventual aplicación de las reglas de transparencia)⁸².

En cuanto a la publicación de información al inicio del procedimiento arbitral, se acordó que la publicación de la notificación del arbitraje y la respuesta a ésta se realizase luego de que el tribunal arbitral se constituyese. Para ello, todas las Partes en la controversia tendrán la obligación de enviar la notificación de arbitraje al “Registro” y éste publicará la información cuando reciba la notificación de cualquiera de las Partes (nombre de las partes en la controversia, el sector económico involucrado y el tratado que se aplica). Esta posición está en consonancia con la regulación de los límites a la transparencia, ya que podrían presentarse discrepancias respecto a la calificación de la información como “secreta-confidencial-reservada” entre las partes litigantes y de publicarse previamente por el “Registro” no existiría un tercero (tribunal arbitral), para ese entonces, que pudiera resolverla.

Entre los aspectos que todavía están pendientes de ser abordados se encuentran los siguientes: (i) publicación de los laudos arbitrales (proyecto de artículo 4); (ii) presentaciones a cargo de terceros (proyecto de artículo 5); (iii) presentación de una parte en el tratado que no sea litigante (proyecto de artículo 6); (iv) audiencias (proyecto de artículo 7); (v) excepciones a la norma de transparencia (proyecto de artículo 8); y, (vi) establecimiento del “Registro”.

Respecto a la participación de terceros (*Amicus Curiae*) debe tenerse en cuenta que ésta, en la medida de lo posible, no debe generar una carga para las partes en la controversia, de manera que la eficiencia y celeridad del proceso arbitral pueda verse

⁷⁹ Ver documentos: A/CN.9/WG.II/WP.159, A/CN.9/WG.II/WP.160, A/CN.9/WG.II/WP.162, A/CN.9/WG.II/WP.163, A/CN.9/WG.II/WP.164, A/CN.9/WG.II/WP.166, A/CN.9/WG.II/WP.167, A/CN.9/WG.II/WP.169, A/CN.9/WG.II/WP.169/Add.1, A/CN.9/WG.II/WP.170 y A/CN.9/WG.II/WP.170/Add.1.

⁸⁰ El mandato del Grupo de Trabajo alcanza no sólo a los tratados futuros sino también a los ya existentes.

⁸¹ Las recomendaciones del Grupo de Trabajo II se adoptan por consenso y en caso éste no se pueda alcanzar se regresa a la situación previa, lo que significaría que no se establezca una norma sobre transparencia.

⁸² A/CN.9/741 parágrafo 54.

perjudicada. Por ejemplo, en el arbitraje se puede haber pactado más de un idioma para su conducción y en el caso de presentación de documentos por parte de terceros el proyecto actualmente sólo requiere que se realice por escrito en uno de los idiomas del arbitraje lo cual tendrá un impacto dado que los documentos deberán ser traducidos (costo y tiempo).

Asimismo, debe analizarse la conveniencia de establecer el momento procesal en que se permitiría la participación de terceros a fin de evitar interrupciones a lo largo del proceso. Finalmente, otro elemento que debe evaluarse es si resulta necesario que el tribunal arbitral tenga que analizar necesariamente todas las peticiones de *Amicus Curiae* que puedan ser presentadas.

En cuanto a la participación del Estado Parte no litigante debe preverse que éstos deberán prepararse internamente a fin de poder atender oportunamente estas situaciones (procedimiento que no está claramente regulado en la legislación peruana). Debe tenerse presente que una cosa es la participación del otro Estado Parte no litigante a fin de que tenga la posibilidad de expresar su interpretación de las disposiciones del tratado, y otra cosa su involucramiento respecto de los hechos que son materia de controversia (reminiscencias de la figura de la protección diplomática).

En cuanto a las excepciones a la norma de transparencia el proyecto de artículo 8.2.c

establece que la información “de carácter confidencial o delicado” consiste en aquella que no puede ponerse a disposición del público con arreglo a la legislación de una de las partes litigantes (falta precisar si se refiere a la del Estado litigante o a la del Estado del cual el inversionista es nacional).

La existencia de un “Registro” no es una propuesta nueva, en tanto que en diversos APPIs, ACEs y TLCs se ha previsto disposiciones sobre transparencia en las que quedaba en manos de los propios Estados Partes en el tratado establecer mecanismos para dar la publicidad de la documentación (por ejemplo, en el caso del NAFTA). Si bien la existencia de una o varias instituciones que se puedan encargar del registro podría asegurar una mayor “independencia”, ello no necesariamente resulta cierto y su implementación conlleva delicados aspectos logísticos que deben ponderarse (costos, acuerdos interinstitucionales que deberán ser concertados, supuestos de responsabilidad en caso de manejo indebido o pérdida de la documentación, accesibilidad de la institución encargada del registro, tiempo en que se mantendrá la información en el Registro, entre otros).

Dado el estado actual de las negociaciones se puede prever que éstas todavía continúen, por lo que se deberá seguirse con atención cómo se van desarrollando en el marco del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación), así como la posición que sobre el particular el Perú adopte ya que ello tendrá significativas repercusiones tanto para los inversionistas como para la organización interna del Estado.