

IMPORTANCIA DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS AMICUS CURIAE EN LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES DEL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI) REFERIDOS A LAS EXPROPIACIONES EN LOS PAÍSES EN DESARROLLO

Alejandra Zegarra Blanco

Maestría en Derecho Internacional Económico, PUCP

Categoría egresados

El propósito de la presente investigación es analizar la importancia de la participación de los *amicus curiae* en los procedimientos arbitrales de inversión a través del estudio de varios casos representativos. Se explora la relevancia de su participación, la cual ha servido para que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi) adopte nuevas normas al respecto y acepte su colaboración a través de la presentación del informe *amicus curiae*.

En particular, se ha planteado que, lejos de ocasionar un perjuicio al inversionista y al procedimiento arbitral, los *amicus curiae* podrían contribuir a que los tribunales cuenten con mayor información sobre la controversia, a fin de que se tome una decisión adecuada.

Esta participación resultará relevante para los países en desarrollo que no cuenten con los recursos económicos y humanos suficientes para sustentar su defensa, en especial si se toman en cuenta los altos costos que requiere la participación en este tipo de procedimientos. Esta investigación emplea el método comparativo mediante el estudio de la participación de los *amicus curiae* en cortes internacionales tales como la Organización Mundial del Comercio (OMC), tribunales arbitrales internacionales y el Ciadi, donde las controversias que se resuelven involucran la participación de diferentes países en desarrollo.

I. Capítulo I. Evolución del *amicus curiae* (o «amigo de la corte») en el derecho internacional

I.1. Los *amicus curiae* en el derecho internacional.

Para comprender el rol y la importancia del *amicus curiae*, o «amigo de la corte», cabe señalar que esta figura tiene sus orígenes en el derecho romano, donde el rol del *amicus curiae*¹ era dirigir la atención del tribunal hacia un precedente o hecho crucial que había sido pasado por alto (Umbricht, 2001, p. 778). Asimismo, esta figura se incorporó a la práctica judicial en

¹ El *amicus curiae* romano era altamente considerado por su conocimiento legal y su pericia. Las opiniones de estos individuos eran respetadas y constantemente seguidas.

Inglaterra y existe evidencia de su utilización desde el siglo XIV. Posteriormente, se expandió a otros países del *common law*. A la par de su desarrollo en la esfera judicial de algunos países, la figura del *amicus curiae* ha ganado creciente importancia en la arena internacional, donde cortes internacionales como La Corte Internacional de Justicia (CIJ), La Corte Europea de Derechos Humanos (TEDH), tribunales internacionales y organizaciones internacionales han aceptado su intervención. De esta manera, la participación de esta figura en diferentes tipos de procedimientos ha constituido una práctica consolidada y se la ha introducido a los sistemas de solución de controversias del derecho internacional. Sorprendentemente, esta práctica internacional ha ejercido una notable influencia en la proliferación de la participación *amicus curiae* ante los tribunales de países donde esta figura era desconocida (Alija Fernández, 2009, p. 108)².

Con el fin de aclarar el concepto de *amicus curiae*, Lorella de la Cruz Iglesias (2001) propone una definición que pone énfasis en su carácter de fuente de información externa, al considerar que el *amicus curiae* es «aquella persona física o jurídica que, careciendo de legitimación para participar en un litigio como parte principal ni tercero, pero que tiene interés en el mismo, asiste al tribunal mediante la aportación de fuentes adicionales de información sobre cuestiones de hecho o de derecho» (p. 2). Evidentemente, esta información tendrá un carácter especializado y técnico, debido a que tal participación en los procedimientos arbitrales estará basada en el otorgamiento de información que brinde certeza al tribunal y sirva para la toma de decisiones informadas. Es substancial aclarar que los *amicus curiae*, al no contar con el mismo estatus que el de las partes, nunca asumirán las consecuencias jurídicas directas del resultado del proceso (Umbricht, 2001, p. 780).

Indudablemente, en el ámbito internacional, la aportación de este tipo de información puede resultar aún más valiosa al ilustrar al tribunal sobre la práctica y el ordenamiento jurídico de los Estados. Este punto resulta relevante para nuestra investigación debido a que es trascendental que los tribunales tengan conocimiento de situaciones especiales que difieren en cada país a fin de que los mismos tomen decisiones informadas. Sobre el particular, Dinah Shelton (1994, p. 640)³ indica que estas comunicaciones sirven para proporcionar información más allá de lo que las partes están dispuestas a informar, para ayudar en la resolución de aspectos novedosos o técnicos y para proporcionar un punto de vista alternativo (Alija Fernández, 2009, pp. 103 - 132).

Por consiguiente, al referirse a «más allá», podemos interpretar que las partes podrían estar buscando razonablemente un beneficio a su favor, lo cual las llevará a omitir información valiosa adrede o simplemente por falta de recursos suficientes. En el caso de los países en desarrollo, esta información podrá ayudar a establecer una defensa sólida de sus posiciones e intereses. El tribunal consideraría necesaria esta información para una toma de decisión adecuada. De esta manera, podemos observar la importancia y el rol beneficioso del *amicus curiae* en el derecho internacional, el cual es el propósito de la presente investigación.

Es importante señalar que la competencia para admitir *amicus curiae* se fundamenta en

-
- 2 La autora indica que esa influencia no solo viene propiciada por la práctica judicial, sino que también otros órganos internacionales que promocionan la utilización de esta figura en el ámbito interno, como lo demuestra la recomendación de «facilitar a los tribunales los servicios de especialistas en los derechos del niño, en los casos adecuados en calidad de *amicus curiae* o parte interviniente» hecha a los Estados por el Comité de Derechos del Niño en su Observación General N° 2 sobre el papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño (Organización de las Naciones Unidas, documento HRI/GEN/1/Rev.7, p. 346, párr. 19 r).
 - 3 Véase Shelton (1994, p. 640), citada por Alija Fernández (2009, pp. 103 - 132): «[...] the *amicus curiae* will inform "beyond what the parties have been willing or able to submit", and will give an alternative point of view "where there is no true adversarial position between the petitioner and the respondent government"».

el poder inherente del órgano jurisdiccional internacional con el fin de controlar los procedimientos que se sustentan ante él (Alija Fernández, 2009, p. 113).

Particularmente en estos casos, dicha facultad se deriva de interpretaciones extensivas de (a) las normas de funcionamiento, como puede observarse en el caso de las opiniones consultivas de la CIJ, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), o en el Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC); (b) las competencias del órgano en la fase de prueba (así ocurre, por ejemplo, en los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH— o ante la CADHP); o (c) la legitimidad para concurrir ante el órgano con un título diferente y más amplio (como, por ejemplo, el tercer interviniente previsto en el Convenio Europeo de Derechos Humanos —CEDH—; o incluso como demandante, en los casos del TEDH y de la CADHP) (Alija Fernández, 2009, pp. 111 - 112). En cualquier caso, si se toman en cuenta los rasgos propios del *amicus curiae*, se puede deducir que la intervención de las ONG, de los actores de la sociedad civil, o de los expertos independientes ante las jurisdicciones internacionales presenta dos límites claros:

(a) Su intervención ha de ser autorizada por el órgano judicial; bien sea porque, a partir de su propia iniciativa, este invite a estos terceros a intervenir; o porque acepte estudiar la comunicación espontáneamente presentada por la organización.

(b) En principio, la comunicación deberá hacer referencia a las cuestiones que hayan sido planteadas por el órgano judicial o, cuando menos, deberá abordar aspectos que estén siendo estudiados por el mismo (Alija Fernández, 2009, pp. 111 - 112).

Estos límites establecen las principales cuestiones respecto al informe que podrá emitir el *amicus curiae* en las ya mencionadas cortes internacionales, donde observamos la aceptación de tal participación.

En resumen, el rol que los *amicus curiae* desempeñan en este ámbito es mucho más amplio debido a que se involucran temas como la protección de los derechos humanos y derechos fundamentales para el desarrollo sostenible.

A partir de lo que se ha señalado, queda claro que la aceptación de los informes *amicus curiae* en estos tribunales se basa en cuestiones fundamentales con respecto a su rol y propósito.

1.2. Rol de los *amicus curiae* en la OMC.

En el área de solución de diferencias de la OMC, el tema de la participación de los *amicus curiae* ha evolucionado. Se cuenta con prácticas más transparentes y canales que se comprometen con los actores de la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales (ONG). Cabe destacar que, aunque solamente los Estados miembros de la OMC pueden llevar una disputa ante el Órgano de Solución de Diferencias (OSD), los organismos que no son miembros (tales como los actores de la sociedad civil, las ONG, las asociaciones industriales y los profesores universitarios) han brindado sus contribuciones a los procesos a través de diferentes vías como las que indicamos a continuación:

En primer lugar, el rol de los *amicus curiae* en la OMC ha sido el de asistir a las partes en las disputas al preparar informes o anexar estudios para las sumisiones de los países miembros en disputa. De esta forma, se otorga asesoramiento en los diferentes niveles. En segundo lugar, se han emitido informes *amicus curiae* al OSD, los cuales podrán ser tomados en cuenta por los

paneles correspondientes y el Órgano de Apelación si ellos los consideran útiles. En tercer lugar, se ha asistido a los paneles expertos cuando el panel, por su propia iniciativa y al amparo del artículo 13⁴ del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD), ha requerido la opinión de un experto en determinado tema (Perez-Esteve, 2012, p. 20).

1.2.1. Informes amicus curiae.

Los informes *amicus curiae* son presentados por una ONG o un actor de la sociedad civil interesado en influenciar el resultado de la disputa, sin ser considerado parte de la misma. Por consiguiente, los grupos especiales y el Órgano de Apelación pueden aceptar y considerar presentaciones escritas no solicitadas de estas entidades que no son partes ni terceros en la diferencia⁵. La facultad de aceptar y considerar estas presentaciones escritas por parte de los grupos especiales y el Órgano de Apelación se deriva de la interpretación extensiva que el Órgano de Apelación formuló con respecto al artículo 13 del ESD de la OMC. En tal sentido, pese a que no existe disposición expresa al respecto, se permite a los grupos especiales y al Órgano de Apelación aceptar y considerar comunicaciones no solicitadas (Stern, en Alija Fernández, 2009, pp. 103 - 132).

Esta facultad prevista en el artículo 13 se ejerció en el asunto Estados Unidos - Camarones. El Órgano de Apelación no abordó la pertinencia de las sumisiones de las ONG. Tampoco analizó las sumisiones detrás de esta participación. Solo estableció la legalidad de la sumisión de la ONG (De Brabandere, 2011 - 2012, p. 104). No obstante, en casos posteriores, el Órgano de Apelación recibió y admitió informes *amicus* directamente de países no miembros u otros individuos. Un ejemplo puede encontrarse en el asunto Plomo y bismuto II⁶. En este caso, el Órgano de Apelación consideró que el ESD lo facultaba igualmente a aceptar y examinar comunicaciones *amicus curiae* no solicitadas si estas las encontraba pertinentes y provechosas⁷. En otras palabras, la aceptación de estos informes dependerá de la discrecionalidad del Órgano de Apelación, a fin de determinar si algún país miembro no actuó dentro de las normas marco de esta organización y ocasionó una reclamación internacional en el OSD de la OMC.

En el asunto EC - Asbestos se produjo un elemento novedoso respecto a la sumisión de informes *amicus curiae*. En este caso, en virtud de la Regla 16(1) de los procedimientos de trabajo, el Órgano de Apelación decidió adoptar un procedimiento adicional exclusivo para dicha apelación, para recibir informes *amicus curiae*. En el procedimiento adicional se especifica-

4 Conforme lo dispone el artículo 13 antes mencionado sobre el derecho a recabar información,

1. Cada grupo especial tendrá el derecho de recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente. No obstante, antes de recabar información o asesoramiento de una persona o entidad sometida a la jurisdicción de un Miembro, el grupo especial lo notificará a las autoridades de dicho Miembro. Los Miembros deberán dar una respuesta pronta y completa a cualquier solicitud que les dirija un grupo especial para obtener la información que considere necesaria y pertinente. La información confidencial que se proporcione no deberá ser revelada sin la autorización formal de la persona, institución, o autoridad del Miembro que la haya facilitado.
 2. Los grupos especiales podrán recabar información de cualquier fuente pertinente y consultar a expertos para obtener su opinión sobre determinados aspectos de la cuestión. Los grupos especiales podrán solicitar a un grupo consultivo de expertos que emita un informe por escrito sobre un elemento de hecho concerniente a una cuestión de carácter científico o técnico planteada por una parte en la diferencia. En el Apéndice 4 figuran las normas para el establecimiento de esos grupos consultivos de expertos y el procedimiento de actuación de los mismos.
- 5 Véase Organización Mundial del Comercio (OMC, s.f., cáp. 9)
- 6 WT/DS138/AB/R: Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleado con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido. Organización Mundial del Comercio; Asunto Estados Unidos (2000) (Informe del Órgano de Apelación, documento), párr: 39 - 42.
- 7 WT/DS138/AB/R: reporte del Órgano de Apelación, US - Plomo y Bismuto II. Organización Mundial del Comercio, párr: 42.

ban varios criterios para estas comunicaciones, y uno de estos requisitos era que la solicitante señalara específicamente la naturaleza del interés que esta tuviera⁸.

A pesar de la aparente disposición inicial por parte del Órgano de Apelaciones de admitir las sumisiones *amicus curiae*, el Órgano de Apelaciones rechazó todas las solicitudes recibidas y no se denegó a todos los solicitantes la autorización de presentar escritos⁹.

El asunto EC - Biotech fue un caso que contuvo un simbólico interés público, ya que en este se planteaban cuestiones importantes relacionadas con el medio ambiente y la salud. El panel confirmó su autoridad discrecional para recibir estas comunicaciones *amicus curiae*. Sin embargo, cuando llegó el momento de considerar la información enviada por las ONG, el panel simplemente señaló que para tomar una decisión no consideraba necesario tomar en cuenta la comunicación *amicus curiae*¹⁰. Debido a la importancia de las cuestiones en juego, esta decisión fue vista por muchos como una confirmación de la naturaleza cerrada de los procedimientos ante la OMC (De Brabandere, 2011 - 2012, p. 348 - 349).

Sin lugar a dudas, los actores de la sociedad civil y las ONG tienen un gran interés en los asuntos analizados por el OSD de la OMC que están relacionados a temas como la protección del medio ambiente, los derechos humanos y el desarrollo sostenible de los pueblos (Perez-Esteve, 2012, p. 23). Por esta razón, los mismos sostienen que se encuentran en una mejor posición para presentar argumentos necesarios a fin de defender intereses comunes que comparten con diversos países en desarrollo de la OMC (Perez-Esteve, 2012, p. 23). A esto se suma el hecho de que los *amicus curiae* podrán presentar argumentos que los países Miembros de la OMC no puedan o deseen presentar; debido a que son conscientes de la posibilidad de que estos mismos argumentos podrían ser utilizados en su contra en futuras controversias (Perez-Esteve, 2012, p. 25).

A pesar de la percepción de algunos países Miembros de la OMC, a los cuales les preocupa que la sociedad civil pueda adquirir un mayor acceso e influir en el proceso de solución de diferencias más que los propios países miembros que no son partes de la controversia, el Órgano de Apelación ha confirmado la autoridad de los grupos especiales y del mismo Órgano de Apelación para aceptar y considerar comunicaciones no solicitadas (Perez-Esteve, 2012, p. 25). No obstante, hasta la fecha, el Órgano de Apelación ha sido muy cauteloso en la consideración de presentaciones independientes *amicus curiae* en el procedimiento.

Por su parte, las negociaciones dirigidas a aclarar y mejorar el ESD también han incluido propuestas para regular las presentaciones de informes *amicus curiae* (Perez-Esteve, 2012, p. 24). Otra de las cuestiones relativas a su participación se refiere al hecho de que el Órgano de Apelación decidió, en la primera disputa del *Banano*, que corresponderá a cada miembro de la OMC decidir sobre la composición de su delegación que lo representará en una disputa ante el Órgano de Solución de Controversias de la OMC. Es decir, las partes podrán incorporar como miembros de sus delegaciones a ONG, representantes de la industria y académicos (Perez-Esteve, 2012, p. 24) con la finalidad de afianzar su posición.

Por lo general, la participación de las ONG como *amicus curiae* suele tener una incidencia limitada, circunscrita a coadyuvar a la resolución del caso concreto en el que presentan sus comunicaciones. Esta participación se realiza (a) a través del aporte de información sobre cuestiones fácticas (por ejemplo, sobre el contexto en el que se desarrollaron los hechos o sobre

8 WT/DS135/AB/R: reporte del Órgano de Apelación, EC - Asbesto. Organización Mundial del Comercio. párr: 52.

9 WT/DS135/AB/R: reporte del Órgano de Apelación, EC - Asbesto. Organización Mundial del Comercio. párr: 56, 57.

10 WT/DS291/R: EC - Biotech. Organización Mundial del Comercio. párr: 7.11.

legislación interna) o (b) expresando una opinión sobre cuestiones jurídicas (Alija Fernández, 2009, p. 120)¹¹ tanto aspectos sustantivos como procesales (Alija Fernández, 2009, p. 119)¹². A esto se suman los aspectos relativos a su propia participación, sobre todo en un primer momento, o la jurisdicción del tribunal.

Es difícil saber con exactitud el impacto que puedan tener estas comunicaciones *amicus curiae* en el contenido de la decisión final, ya que, por lo general, dicha decisión no precisa en qué cuestiones de derecho ha influido la posición mantenida en el informe *amicus curiae* (Alija Fernández, 2009, p. 121). Sin embargo, un laudo arbitral que contenga una decisión informada podrá beneficiar a cualquier país miembro, el cual podría ser un país en desarrollo, cuya capacidad no le permite sustentar una adecuada defensa con fundamentos técnicos especializados que ayuden a defender su posición. Por consiguiente, el rol de los *amicus curiae* para estos países será positivo.

1.2.2. Asunto Sardinias - Comunidades Europeas, labor de una ONG en beneficio del Perú.

Un ejemplo de la efectividad e importancia de la participación de las ONG y los actores de la sociedad civil en beneficio de los países en desarrollo, ya sea mediante el envío de presentaciones escritas independientes o al adjuntar informes *amicus curiae* a las presentaciones de los países, se puede encontrar en el asunto Sardinias - Comunidades Europeas.

El 26 de septiembre de 2002, el Perú, un país en desarrollo, tuvo una significativa victoria en el sistema de solución de controversias de la OMC sobre la Comunidad Europea. Perú demostró, con la ayuda del Centro de Asesoría Legal de la OMC y la participación de ONG como la Asociación de Consumidores del Reino Unido (Shaffer y Mosoti, 2002, p. 1), que se habrían violado las obligaciones del Acuerdo sobre Barreras Técnicas al Comercio (Acuerdo OTC) de la OMC (Shaffer y Mosoti, 2002, p. 1). Esta violación se produjo debido a la imposición de una medida por la cual solo las especies atrapadas en aguas territoriales de Europa podían comercializarse en la Comunidad Europea bajo la denominación *sardinias* (*Sardina pilchardus*), prohibiéndose, por consiguiente, la comercialización de las sardinias peruanas (*Sardinops sagax sagax*) enviadas a Europa con esta denominación (Shaffer y Mosoti, 2002, p. 2).

11 Ascensio (s.f), citado por Alija Fernández, señala que una de sus principales aportaciones consiste en advertir a los tribunales internacionales sobre cuestiones de derecho internacional general o sobre sectores del ordenamiento internacional diferentes a los que aplica el tribunal en cuestión, lo que es una forma «*de lutter contre le cloisonnement des contentieux et le risque de fragmentation du droit international*» (Alija Fernández, 2009, p. 120).

12 A este respecto, son ilustrativas las invitaciones hechas por el TPIY a la intervención de *amici curiae* para dar su opinión sobre aspectos procesales sin precedentes en la jurisdicción internacional que se le han planteado, como la posibilidad de emitir una *subpoena duces tecum* (es decir, el instrumento legal mediante el cual el tribunal puede obligar al destinatario a presentar pruebas) a un Estado o a un alto oficial de un Gobierno y las medidas adecuadas en caso de incumplimiento [ICTY, *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic* (1997): Order submitting the matter to Trial Chamber II and inviting amicus curiae. (Decisión de la juez Gabrielle Kirk McDonald)] —entre otros, se autorizó la intervención de Allain Pellet en representación de Juristes sans Frontières—; [ICTY, *Le Procureur vs. Tihomir Blaskic* (1997): Ordonnance accordant l'autorisation de comparaître en qualité d'amicus curiae, (orden de la Sala de Primera Instancia)]. La invitación cursada en el asunto Milosevic ejemplifica también el uso que el TPIY ha dado a esta figura. Ante la decisión de Slobodan Milosevic de defenderse a sí mismo, el tribunal solicitó que se designaran *amici curiae* para asistir a la sala de instancia haciendo alegaciones sobre cuestiones preliminares, e intervenir en la fase de prueba, indicando cualquier elemento atenuante o eximente, o actuando de cualquier otra forma adecuada para garantizar un juicio justo [ICTY (agosto, 2001): Order inviting designation of amicus curiae (Sala de instancia); ICTY (octubre, 2001): Order inviting designation of amicus curiae (Sala de instancia); ICTY (noviembre, 2001): Order inviting designation of amicus curiae (Sala de instancia)].

Un ejemplo de la participación de los *amicus curiae* se presenta en lo que sucedió en este asunto Sardinias - Comunidades Europeas, dado que el informe de la Asociación de Consumidores del Reino Unido afirmaba que la regulación de las Comunidades Europeas iba en contra de los intereses económicos y de información de los consumidores europeos. Dicho informe señalaba que la asociación del término *sardinias* para los consumidores europeos no estaba referida únicamente a la *Sardina pilchardus*, sino que podía ser cualquiera de sus tipos. De esta manera, se sostenía, la disposición tomada constituía una medida de proteccionismo a favor de una industria particular de la Unión Europea; concretamente, la industria pesquera de España. Esta alegación, evidentemente, tuvo un impacto en la resolución de este asunto en la OMC (Shaffer y Mosoti, 2002, p. 4 - 6).

Asimismo, el Perú adjuntó este informe de la Asociación de Consumidores del Reino Unido a sus presentaciones, las mismas que fueron aprobadas. En efecto, este trabajo en conjunto nos muestra el beneficio y la importancia que la participación de estas organizaciones, en calidad de *amicus curiae*, puede otorgar apoyo a los países en desarrollo. Cabe señalar que muchos miembros de la OMC confirman la necesidad de trabajar con organizaciones privadas a fin de presentar argumentos sólidos para una adecuada defensa. En este sentido, se sostiene que los países en desarrollo deberían tomar esta iniciativa que únicamente les brindará un beneficio (Shaffer y Mosoti, 2002, p. 6).

1.3. El rol de los *amicus curiae* en el arbitraje internacional de inversiones.

El arbitraje internacional de inversiones viene acompañado de una serie de principios inmersos en el mismo, donde el único objetivo es lograr la toma de decisiones a través de un laudo justo que refleje los intereses de las partes. Por esta razón, se están generando varios centros arbitrales y tribunales *ad hoc*, cuyas decisiones y procedimientos han evolucionado de la misma forma que los principios inherentes en el derecho internacional económico (DIE). Esta evolución se ha dado, por ejemplo, con la aceptación de la participación de la figura del *amicus curiae*, como se evidencia a través de los casos sometidos a los diversos arbitrajes de inversiones en los cuales se admitió sus informes.

Esto se produce, en especial, en el marco de la socialización, la democratización de los asuntos públicos internacionales y el surgimiento de una sociedad civil internacional orientada a la búsqueda del desarrollo sostenible, que implica la protección de los derechos medioambientales y humanos. Tal actuación, por supuesto, no debe darse al margen del control y la crítica (Hinojoza Martínez y Roldán Barbero, 2010, p. 60).

Es importante diferenciar, por un lado, lo que es el arbitraje comercial internacional, donde la privacidad y la confidencialidad de sus procedimientos son conceptos fundamentales; y, por otro lado, el arbitraje de inversiones, en el cual, además de seguir estos principios, su naturaleza deriva de los tratados de inversión (Ishikawa, 2010, p. 375). En tal sentido, el arbitraje internacional de inversiones cuenta con esta característica pública, en la cual los derechos y obligaciones sustantivos en cuestión son establecidos por los tratados. De este modo, el derecho internacional general es aplicable a este tipo de arbitraje (Ishikawa, 2010, p. 347)¹³.

13 Art 42(1) of the ICSID Convention; art 1131 of the NAFTA; N° ARB/87/3 para 21: *AAPL v. Sri Lanka (Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka)* (Award of 27 June 1990). ICSID; N° ARB/02/1 para 97 *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic: Decision on Liability*. ICSID; *Redfern & Hunter*, 2004; *Parra*, 2001 and *Schreuer*, 2001. pp. 562, 612.

Sin duda, el arbitraje internacional de las inversiones brinda nuevas directrices respecto a la importancia del desarrollo sostenible y la protección de los derechos humanos y medioambientales al conceder herramientas en los procedimientos arbitrales para lograr tal protección. Una de ellas es la participación de la figura del *amicus curiae*. A continuación, se analizará cómo se ha desarrollado su participación dentro de los principales centros de arbitraje de inversiones.

1.3.1. Apertura de la participación *amicus curiae* en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o Nafta) y en el marco de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI o Uncitral).

El procedimiento de solución de diferencias se introdujo por primera vez en los tratados de libre comercio (TLC) alrededor de 1960 y, desde entonces, se han convertido casi en una disposición estándar de la década de 1990 (Vanduzer, 2007, p. 681). Bajo el capítulo 11 del Nafta y muchos otros tratados de inversiones, un inversionista podrá elegir las reglas arbitrales que se aplicarán a su disputa¹⁴. Las reglas *ad hoc* más comunes referidas a tratados internacionales de inversiones son las reglas arbitrales de Uncitral. Si bien es cierto que el Reglamento de Uncitral fue diseñado para resolver controversias internacionales entre particulares o entidades privadas (Ishikawa, 2010, p. 374), dicho Reglamento es utilizado con frecuencia en disputas arbitrales de inversión.

En este punto es importante señalar que la evolución de la participación de los *amicus curiae* ha sido distinta del capítulo de inversiones del Nafta al de las reglas de arbitraje de la Uncitral. Estos puntos serán desarrollados al final de este apartado.

La apertura del procedimiento de arbitraje de inversiones a una mayor participación pública empezó con la sumisión del informe *amicus curiae* en el caso *Methanex Corp. vs. Estados Unidos*, que fue el primer caso que admitió la intervención de los *amicus curiae* en una controversia desarrollada bajo el capítulo 11 del Nafta, y donde se procedió conforme a las reglas de la Uncitral¹⁵.

Según se afirmaba, la fórmula química usada en los productos de Methanex violaba las disposiciones federales del estado de California del Gobierno de EE. UU. sobre aditivos de gasolina¹⁶, y creaba potenciales riesgos para la salud de las poblaciones locales¹⁷.

Debido al carácter público de esta controversia, el 25 de agosto del año 2000, el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD) y, posteriormente, varias ONG canadienses¹⁸, solicitaron al tribunal arbitral (a) permiso para presentar un informe escrito en calidad de *amicus curiae* sobre importantes cuestiones jurídicas de trascendencia pública, (b) acceso a los documentos del procedimiento arbitral, (c) hacer presentaciones orales y (d) acceso a las audiencias en calidad de observadores¹⁹. Estas solicitudes se formularon en base

14 El inversionista podrá elegir las reglas arbitrales para su disputa, como las Reglas de Arbitraje del Ciadi, Reglas de Mecanismos Complementarios del Ciadi, o las Reglas de Uncitral que actuará como un tribunal *ad hoc*.

15 *Methanex Amicus Curiae Decision*, supra note 30.

16 *Methanex Corporation vs. Estados Unidos*: res. sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *amicus curiae*, párr: 5.

17 *Methanex Corporation vs. Estados Unidos*: res. sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *amicus curiae*, párr: 8.

18 Posteriormente, Bluewater Network y la organización Communities for a Better Environment se sumaron a este pedido. (*Methanex Corporation vs. Estados Unidos*: res. sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *amicus curiae*, párr: 5 y 7).

19 *Methanex Corporation vs. Estados Unidos*: res. sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas

a la considerable importancia pública del caso y el impacto crítico que tal laudo tendría en la elaboración de leyes medioambientales y cualquier otra ley relacionada al bienestar público, lo cual se vería reflejado en el desarrollo sostenible de la región Nafta. Asimismo, se señaló que esta participación ayudaría a disipar la inquietud pública sobre el carácter cerrado de los procedimientos arbitrales en virtud del capítulo 11 del Nafta.

Con respecto a la facultad del tribunal para aceptar estos informes, el *amicus curiae* hizo referencia a las prácticas del Órgano de Apelación de la OMC y las cortes de Estados Unidos y Canadá²⁰. Los inversionistas emitieron observaciones escritas concernientes a la petición *amicus curiae* al tribunal. Con el fin de resolver este asunto, el tribunal estableció un calendario para que las observaciones sobre la intervención de terceros como *amicus curiae* se dieran a conocer por escrito por parte del peticionario, demandante, demandado, Canadá y México. El tribunal decidiría esta cuestión como un principio general²¹, y tendría consecuencias directas en el futuro de ese procedimiento.

Se puede afirmar que una de las alegaciones más importantes del *amicus curiae* fue el hecho de que en este tipo de arbitrajes no existe el derecho a apelar el laudo arbitral. Debido a ello, es fundamental que no existan errores en la decisión. Dichos errores pueden tener como causa la falta de una perspectiva renovada, fresca y relevante, la cual podría ser brindada por los *amicus curiae*.

Asimismo, la presentación remitida por México señalaba que no estaba de acuerdo con la introducción de esta figura al procedimiento. México consideraba que el capítulo 11 del Nafta no había previsto esta figura y que si el tribunal la permitía, le otorgaría a los *amicus curiae* derechos no contemplados en el Tratado. México señaló que, si se toma como base el capítulo antes mencionado, debería haber un balance entre las legislaciones de los Estados miembros, y destacó que la legislación de México no contemplaba esta figura; por ende, no debería ser insertada en este procedimiento arbitral ni en otros procedimientos²². Por su parte, Canadá sí apoyaba la aceptación de esta figura y la apertura de este procedimiento bajo el capítulo 11 del Nafta, y tenía en cuenta, evidentemente, las obligaciones de confidencialidad impuestas en el artículo 25(4) de Uncitral²³.

Sin embargo, Methanex Corp. mostró una posición contraria y desestimó la aceptación del informe *amicus curiae*. La corporación argumentó tres aspectos²⁴:

En primer lugar, esta empresa inversionista se refirió al tema de la confidencialidad. Methanex Corp. se basó en el artículo 25(4) de las reglas de arbitraje de Uncitral para señalar que las audiencias deberían celebrarse a puertas cerradas. Además, indicó que dar acceso a los documentos del procedimiento violaría la confidencialidad del mismo.

En segundo lugar, esta empresa cuestionó la jurisdicción del tribunal. Methanex Corp. señaló que el tribunal no tenía la facultad de adherir la figura del *amicus curiae* al procedimiento.

para intervenir como *amicus curiae*, párr: 5.

20 Methanex Corporation vs. Estados Unidos: res. sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *amicus curiae*, párr: 8.

21 Methanex Corporation vs. Estados Unidos: res. sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *amicus curiae*, párr: 1.

22 Methanex Corporation vs. Estados Unidos: res. sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *amicus curiae*, párr: 9.

23 Methanex Corporation vs. Estados Unidos: res. sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *amicus curiae*, párr: 10, p. 6.

24 Methanex Corporation vs. Estados Unidos: res. sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *amicus curiae*, párr: 11, 12, 13 y 14.

En opinión de esta empresa, otorgar este permiso sería equivalente a adherir partes al procedimiento arbitral. Además, argumentó que no existía ningún precedente en Uncitral que haya garantizado el estatus de *amicus curiae* a individuos que no fueran parte en el proceso.

En tercer lugar, también se planteó el tema de la equidad e imparcialidad en el proceso. Methanex Corp. señalaba que no era necesario admitir esta nueva figura debido a que el demandado podría incluir dicho testimonio como evidencia en el procedimiento. También añadió que tal participación elevaría los costos del proceso, y que temía que esta decisión pudiera ocasionar que en este y otros procesos del Nafta aparezca la figura del *amicus curiae*, originando un perjuicio. Señaló, además, los mismos argumentos que esgrimió México²⁵.

Sin embargo, Estados Unidos consideraba que el tribunal tenía la facultad para aceptar la intervención del *amicus curiae* a través del informe escrito, al tomar como base las normas de solución de controversias de la OMC; concretamente, la jurisprudencia del Órgano de Apelación en el asunto Bismuto vs. Reino Unido. Estados Unidos destacó que no había una regla expresa en Uncitral ni en el acuerdo Nafta que prohibiera la intervención del *amicus curiae*, y consideró, además, la flexibilidad de dichas normas. Asimismo, Estados Unidos indicó que la participación del *amicus curiae* a través de un informe escrito debería ser permitida, dado que su objetivo era asistir al tribunal a través de sus conocimientos y experiencia, y se tomaba en cuenta que esta información sería relevante y ayudaría a tomar una decisión informada²⁶.

Finalmente, el tribunal consideró que tenía el poder de aceptar el informe *amicus curiae*, ya que ni en las normas de Uncitral²⁷ ni en las del Nafta existía una prohibición expresa que negara esta facultad al tribunal arbitral. El tribunal aclaró que recibir tal presentación escrita no significaba adherir otras personas como partes del proceso de arbitraje, dado que las mismas no adquieren ningún derecho, de la misma forma como también lo había señalado el Órgano de Apelación de la OMC. En consecuencia, la naturaleza del arbitraje se mantendría intacta, sin afectarse los derechos de las partes.

Además de lo antes señalado, el tribunal indicó que la equidad e imparcialidad en el proceso no se verían afectadas debido a que correspondía al tribunal analizar la información del informe *amicus* y darle el valor que corresponda. De esta manera, no existiría un riesgo inmediato de trato injusto o desigual para cualquiera de las partes. El tribunal únicamente se pronunció a favor de la recepción de los argumentos escritos por parte de los *amicus curiae*, denegando el pedido de acceso a documentos debido a que las partes habían acordado previamente la confidencialidad del procedimiento. El tribunal también denegó el pedido de los *amicus curiae* a asistir a las audiencias considerando que no tenía la autoridad para permitir ese tipo de participación conforme al artículo 25(4) de las normas de procedimiento de Uncitral, el cual requiere el consentimiento de ambas partes para permitir tal presencia en las audiencias²⁸.

25 Methanex Corporation vs. Estados Unidos: res. sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *amicus curiae*. Párr. 15, p. 6.

26 Methanex Corporation vs. Estados Unidos: res. sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *amicus curiae*, párr. 17 - 18.

27 El tribunal se basó en el artículo 15(1) de las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, el cual dispone que: «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 etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos».

28 Methanex Corporation vs. Estados Unidos: res. sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *amicus curiae*, p. 12 - 14.

Respecto a la evolución de la figura del *amicus curiae* en el Nafta, cabe mencionar que mientras el caso Methanex estaba aún en proceso, el 7 de octubre de 2003 en Montreal, Canadá, se emitió la Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la Participación de partes no contendientes (NAFTA Free Trade Commission —FTC—), en el capítulo 11 del procedimiento Nafta. La declaración reconoce expresamente que los individuos no contendientes en el proceso (en este caso, los criterios para que un tribunal arbitral autorice a una parte no contendiente a presentar un escrito *amicus curiae*), son que (a) la comunicación de la parte no contendiente pueda asistir al tribunal en las cuestiones de hecho o de derecho relativas al arbitraje, al ofrecer una perspectiva, un conocimiento o un criterio particular distinto del de las partes contendientes; (b) la comunicación de la parte no contendiente aborde cuestiones que están en el ámbito de la disputa; (c) la parte no contendiente tenga un interés significativo en el arbitraje; y (d) exista un interés público sobre el objeto del arbitraje²⁹. Dicha declaración también establece directrices para la aceptación de tales presentaciones (Ishikawa, 2010, p. 380).

Las declaraciones y recomendaciones fueron emitidas por el Grupo de Expertos de Inversión (GEI); el cual, además, presentó un formato para las notificaciones de la intención de someter una reclamación a arbitraje. Concretamente, esta declaración se produjo con el fin de mejorar la transparencia y eficiencia del proceso de solución de controversias inversionista - Estado del capítulo de inversión (TLCAN, 2003).

Por consiguiente, esta declaración emitida por el GEI es un claro ejemplo de la evolución de la figura del *amicus curiae* en el arbitraje de inversiones, ya que señala claramente que el Nafta no limita la discreción de un tribunal para aceptar comunicaciones escritas. Y, además, se destaca que nada en dicha declaración prejuzga los derechos de las partes del Nafta conforme al artículo 1128 del tratado (TLCAN, 2003).

Este punto es muy importante debido a que, con esta posición, se desestiman las declaraciones que pudieran hacer los inversionistas, ya que dicha participación ocasionaría un perjuicio tanto a ellos como al procedimiento arbitral. Este aspecto es materia de discusión en la presente investigación, la cual brinda un análisis para demostrar que estas afirmaciones son indudablemente cuestionables.

En casos posteriores como el asunto *United Parcel Service of America, Inc. (UPS) v. Canada*, y el asunto *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, la solicitud *amicus curiae* fue aceptada por el tribunal y calificada como apropiada conforme a los principios establecidos en la Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la Participación de partes no contendientes en el Nafta, debido a que la misma otorgaba la facultad a los tribunales para aceptar los informes *amicus curiae*. Dicha facultad no fue cuestionada en los subsiguientes procedimientos (Ishikawa, 2010, p. 381).

Si bien los arbitrajes de inversión en el marco del Nafta citados en el presente trabajo se han regido por las reglas de arbitraje de Uncitral, conviene aclarar que ambos (Uncitral y Nafta) revisten una naturaleza jurídica distinta y no necesariamente tiene que haber concurrencia entre ellos. Un ejemplo claro de ello es que la evolución de la participación de la figura *amicus curiae* ha sido distinta tanto en el capítulo de inversiones del Nafta (a partir de la Declaración de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN sobre la Participación de partes no contendientes de 2003) como en las reglas de arbitraje de Uncitral (a propósito de la incorporación

29 Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la participación de partes no contendientes (7 de octubre de 2003).

del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado en 2013).

En este punto cabe señalar que actualmente existen tres versiones distintas del Reglamento de Arbitraje: (i) la versión de 1976; (ii) la versión revisada en 2010; y (iii) la versión de 2013, que incluye el Reglamento de Uncitral sobre la Transparencia de los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Uncitral, 2014). En este último se introdujo un nuevo párrafo 4 en el artículo 1 del Reglamento de Arbitraje a fin de incorporar el Reglamento sobre la Transparencia para los Arbitrajes Entablados en Virtud de Tratados de Inversiones celebrados el 1 de abril de 2014 o después de esa fecha.

Esta modificación fue de la mano con los esfuerzos por parte de la Unión Europea a través de la Comisión Europea al proponer nuevas formas de mejorar los mecanismos de solución de controversias inversionista - Estado, las cuales fueron publicadas en una hoja informativa a finales de 2013 (Rosenthal et al., 2015, p. 122).

La finalidad de la comisión era generar mejoras en dos aspectos. La primera fue clarificar y mejorar las leyes de protección a la inversión. Un tema importante en esta mejora está referido a la expropiación indirecta donde señalan si el estado está protegiendo el interés público en una manera no discriminatoria. El derecho del Estado a regular debe prevalecer sobre el impacto económico de estas medidas al inversionista. La comisión ha negociado esta provisión con Canadá y Singapur y ha señalado, además, que esta provisión será incluida en futuros acuerdos.

La segunda fue mejorar cómo opera el sistema de solución de controversias inversionista - Estado. La comisión señaló que esta mejora se llevará a cabo de tal modo que el sistema de solución de controversias inversionista - Estado sea más transparente. La Unión Europea jugó un rol importante en las negociaciones de Uncitral donde varios países acordaron que las reglas de transparencia de los procedimientos de inversiones internacionales sean más amplias. Estas reglas permitirán que los documentos de los procedimientos estén disponibles al público, que se provea acceso a las audiencias orales y que se permita a las partes interesadas (como ONG) realizar la sumisión de un informe (Comisión Europea, 2013).

A través de este nuevo Reglamento de Transparencia en la Uncitral (2014), se establecen aspectos novedosos concernientes a la participación de un *amicus curiae*, como la publicación de la información al inicio del procedimiento arbitral (Uncitral, 2014, art. 2)³⁰, la publicación de documentos incluyendo el escrito de demanda, el escrito de contestación, informes de peritos, declaraciones de testigos y los laudos arbitrales (Uncitral, 2014, art. 3)³¹. Cabe destacar que este Reglamento le otorgará carácter público a las audiencias, y permitirá la presentación de un escrito *amicus curiae* tras la consulta con las partes y el envío de una solicitud al tribunal en que se señala su descripción, condición jurídica, objetivos generales,

30 El artículo 2 del Reglamento de la Uncitral (2014) sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado explica que al haber recibido la notificación del arbitraje del demandado, o tras haber recibido la notificación del arbitraje y el registro de su transmisión al demandado, el archivo procederá sin demora a poner a disposición del público la información relativa al nombre de las partes litigantes, el sector económico afectado y el tratado en virtud del cual se formula la demanda. Se puede considerar que, al otorgarse de primera instancia esta información, se facilita al público el conocimiento necesario para que se genere un análisis de la situación de forma global.

31 El artículo 3 del Reglamento de la Uncitral (2014) sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado señala una serie de documentos que anteriormente eran confidenciales. No se permitía el acceso de terceros a ninguno de ellos a menos que las partes contendientes consintiesen que así sea. [Reglas de Arbitraje de Uncitral Art. 25(4) y Art. 32(5)]

índole de sus actividades, afiliación con la parte litigante, interés, y cuestiones de hecho y de derecho a tratar (Uncitral, 2014, art. 4)³². Este Reglamento estará sujeto a algunas excepciones sujetas a ciertas salvaguardias para la protección de la información confidencial y la integridad del procedimiento arbitral.

De conformidad con el artículo 1.9 de las reglas de transparencia de la Uncitral, estas reglas no solo pueden ser usadas en arbitrajes en la Uncitral sino también bajo arbitrajes llevados a cabo bajo otras reglas (reglas de arbitraje del Ciadi, reglas del mecanismo complementario del Ciadi, reglas del Centro de Comercio Internacional, etc.) (Rosenthal et al., 2015, p. 124).

Con esta última incorporación, se puede vislumbrar una preocupación creciente por lograr el desarrollo sostenible de los pueblos en sus diferentes esferas en el ámbito del derecho internacional de las inversiones. Esta preocupación se traduce en la modificación e implementación de los reglamentos de arbitraje internacional con reglas que permitan que estos casos se desarrollen bajo la luz pública. La finalidad de lograr que estos procedimientos sean más transparentes se debe, principalmente, a que la mayoría de arbitrajes inversionista - Estado son de interés público y conllevan en sí la protección del medio ambiente y recursos naturales.

2. Capítulo II. Evolución normativa del Ciadi con respecto al rol que desempeñan los *amicus curiae* en su procedimiento arbitral

Esta sección se centra en el análisis de la evolución del procedimiento arbitral del Ciadi para permitir a la sociedad civil una participación más activa a través de la figura del *amicus curiae*. Se toma en cuenta el incremento de casos de arbitraje internacional de inversiones, los cuales están relacionados a regulaciones ambientales de protección a la salud, a la seguridad, y la provisión de servicios públicos.

El Ciadi es la primera institución en materia de arreglo de diferencias relativas a las inversiones. Se creó en virtud del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del Ciadi). Este convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966. La finalidad primordial del Ciadi es brindar instalaciones y servicios de soporte para la conciliación y arbitraje en diferencias relativas a inversiones internacionales (Ciadi, s.f).

El arreglo de diferencias entre inversionistas y Estados (ADIE) es una forma de resolución de diferencias entre los inversionistas extranjeros y el Estado respecto de sus inversiones. En ese contexto, es posible someter una controversia al Centro siempre que el Estado receptor de la inversión y el Estado de donde el inversionista es nacional hayan ratificado el convenio³³ y siempre que las partes hayan consentido a ese sometimiento (Medina-Casas, 2009, p. 218). Al 30 de junio de 2015, el Ciadi contaba con 159 Estados signatarios del convenio, y con 151 Estados contratantes que lo habían ratificado. Además, se requiere que el conflicto sea una disputa jurídica que haya surgido directamente como resultado de una inversión (Ishikawa, 2010, p. 374).

32 Véase el artículo 4 del Reglamento de la Uncitral (2014) sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado. Si bien es cierto que se describen varios requerimientos similares a los requerimientos de otros tribunales, cabe destacar que este es un cambio en el Reglamento de Uncitral en comparación a su Reglamento anterior.

33 El 27 de septiembre de 1978, el consejo administrativo del Ciadi adoptó el mecanismo complementario para facilitar el sometimiento de controversias derivadas de inversión cuando uno de los Estados, sea el receptor o el exportador del capital, no forma parte del Convenio de Washington.

De esta manera, la intervención ante el Ciadi está limitada a sujetos calificados. Sin embargo, es posible que en el procedimiento arbitral intervengan sujetos que no cumplen las condiciones antes referidas, pero que tienen un interés significativo en el procedimiento, lo cual permite que se justifique su participación. Se trata de terceros que actúan a título de *amicus curiae* o «amigos de la corte», los cuales gozan de ciertas facultades dentro del procedimiento arbitral (Ishikawa, 2010, p. 374)³⁴.

Es claro que estas regulaciones y medidas gubernamentales cuestionadas por los inversores deberán estar basadas en políticas públicas; por lo tanto, las cuestiones planteadas en dichas disputas se referirán no solo a las partes en la controversia, sino a las cuestiones de interés público que pudieran estar en juego (Ishikawa, 2010, p. 377).

Con la finalidad de realizar un correcto análisis, es necesario revisar los pedidos de presentaciones *amicus curiae* formulados a los tribunales arbitrales del Ciadi. De este modo, se podrá observar la evolución de dicha figura dentro de este convenio. Cabe destacar que los casos que se procederá a analizar tienen como característica común la privatización de empresas que brindan servicios de agua potable y alcantarillado, y los subsecuentes reclamos por parte de los inversionistas a los cuales se les ha expropiado tal propiedad o en algunos casos se les ha dado un trato indebido, a la luz de los tratados firmados (Harrison, 2009, p. 403).

Seguidamente, analizaremos la evolución de la figura del *amicus curiae* a partir del primer caso en el cual se buscó introducir esta figura en el año 2002. Este caso involucró un tema controvertido y de mala reputación (Harrison, 2009, p. 403), y el tribunal de arbitraje de inversiones del Ciadi rechazó la propuesta de terceras partes de participar como *amicus curiae* (Levine, 2011, p. 208)³⁵. Esta situación se presentó en el caso Aguas del Tunari, S.A. vs. la República de Bolivia, conocido como el caso Bechtel³⁶, el cual se dilucidó en conformidad con las disposiciones del tratado bilateral de inversiones (BIT) Países Bajos - Bolivia. En suma, el tribunal negó a ciudadanos y grupos ambientalistas el pedido de participar como partes del procedimiento, asistir a las audiencias, acceder a los documentos del caso y presentar un informe como *amicus curiae* (Ishikawa, 2010, p. 382).

El tribunal arbitral en este caso se basó en la naturaleza consensual del arbitraje, y señaló que la aceptación de las presentaciones escritas *amicus curiae* iba más allá de las facultades del tribunal (Ishikawa, 2010, p. 382). Es necesario mencionar que, cuando se presentó este caso, dentro de las normas que regulaban el Ciadi no existía ninguna disposición que permitiera o regulara la intervención del *amicus curiae*. Posteriormente se presentaron otros casos donde igualmente las normas del Ciadi no habían tenido ninguna modificación. Sin embargo, en estos casos sí se aceptó el tener esta facultad, a diferencia de la decisión Bechtel, la cual ha sido sometida a considerables críticas y sugerencias, ya que se señala que el enfoque adoptado por el tribunal podría privar al público de las expectativas razonables

34 Sobre la intervención de *amicus curiae* en otras jurisdicciones, véase Ascencio en Medina-Casas, H.M. (2009). p. 218 y Stern, B., (2003) pp. 247-303.

35 Véase Levine (2011, p. 208): Secretive World Bank Tribunal Bans Public and Media Participation in Bechtel Lawsuit over Access to Water.

36 *Aguas del Tunari SA v. The Republic of Bolivia*. N° ARB/03/02. ICSID Case. (21 de octubre de 2005). En abril de 2000, la compañía, como resultado de protestas masivas en contra del aumento de los precios de más del 50%, abandonó la concesión para luego presentar una demanda en contra de Bolivia en el Ciadi. Al no darse la aceptación de los *amicus curiae*, la presión de la sociedad continuó; hasta que el 19 de enero de 2006, los inversionistas principales de Aguas del Tunari, Bechtel y Abengoa decidieron abandonar el caso en el Ciadi a cambio de un pago nominal de dos pesos bolivianos.

(Levine, 2011, p. 208). En la evolución de las normas del Ciadi, se identifican dos momentos diferenciados.

En primer lugar, observamos el caso Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina, Caso Ciadi N° ARB/03/019. El 17 de abril de 2003, el Ciadi recibió una solicitud de arbitraje en contra de la República de Argentina por parte de Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Vivendi Universal S.A. y AWG Group Ltd. Esta solicitud estaba referida a la expropiación de la inversión de las demandantes en una concesión para el suministro de agua potable y desagües cloacales en la ciudad de Buenos Aires y algunos municipios circundantes, la cual se realizó a través de una serie de supuestos actos y omisiones por parte de Argentina³⁷.

Alrededor de la presentación del caso Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina, el Centro recibió otras dos solicitudes de arbitraje en el marco del Convenio Ciadi relativas a concesiones de agua de Argentina presentadas por:

- (i) Aguas Cordobesas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y
- (ii) Aguas Provinciales de Santa Fe, Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e Interagua Servicios Integrales del Agua S.A.

Estas solicitudes fueron registradas posteriormente por el Centro y presentadas mediante acuerdo entre las partes al mismo tribunal³⁸.

En este caso se estudió por primera vez la intervención de un *amicus curiae* dentro de un procedimiento arbitral del Ciadi. El 28 de enero de 2005, cinco organizaciones no gubernamentales, entre las cuales figuran la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Centro para el Derecho Internacional Ambiental (CIEL), Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria, y la Unión de Usuarios y Consumidores, presentaron ante el Ciadi una solicitud de autorización para presentar un informe en calidad de *amicus curiae*³⁹. Estas ONG argumentaron que el caso involucraba cuestiones de interés público y que la decisión final podría afectar los derechos fundamentales de los residentes de la zona afectada en este caso (Medina-Casas, 2009, p. 232).

Concretamente, los peticionarios solicitaron al tribunal lo siguiente:

- (a) Conceder a los peticionarios el acceso a las audiencias que se celebraran en este caso, lo cual fue denegado por el tribunal.
- (b) Conceder a los peticionarios las oportunidades suficientes para exponer argumentos legales en un informe *amicus curiae*. El tribunal arbitral aceptó y recibió el informe el 4 de abril de 2007.
- (c) Conceder a los peticionarios acceso oportuno, suficiente e irrestricto a los docu-

37 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. N° ARB/03/19. párr: I: Ciadi. (Decisión sobre la Jurisdicción)

38 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina N° ARB/03/19. párr: I, nota de pie 1. (Decisión sobre la Jurisdicción)

39 Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina N° ARB/03/19. párr: I. (Res. en Respuesta a la Petición de Transparencia y Participación en Calidad de *Amicus Curiae*). Ciadi.

mentos del proceso. En este caso, se postergó la decisión hasta que el tribunal autorizase a una parte no contendiente a presentar un escrito *amicus curiae*.

Sobre el particular, los árbitros advirtieron que si bien no era un asunto regulado en las disposiciones del Ciadi, se trataba de una cuestión de procedimiento sobre la cual tenían plena competencia (Medina-Casas, 2009, p. 232) en virtud del artículo 44 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, el cual indica lo siguiente:

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.

De esta manera, en este caso el tribunal autorizó la presentación de solicitudes *amicus curiae*, siempre que se cumpla con los siguientes requisitos:

- (i) Que se trate de escritos pertinentes al caso bajo estudio.
- (ii) Que sean presentados por personas con conocimientos especializados, con experiencia e independientes.
- (iii) Que se presenten bajo un procedimiento apropiado definido por el tribunal tendiente a proteger los derechos sustantivos y procesales de las partes contendientes⁴⁰.

En este análisis indudablemente se hizo énfasis en rasgos importantes como la pertinencia de los informes, ya que existe la posibilidad de que estos puedan contener información altamente politizada que no brinde un aporte necesario al proceso; sino, por el contrario, lo entorpezca o cause demoras y gastos innecesarios (Medina-Casas, 2012, nota de pie 40). Frecuentemente, estas alegaciones han sido planteadas por parte de los inversionistas. No obstante, gracias a los requisitos antes descritos, el tribunal tiene la oportunidad de desestimar cualquier informe que no contenga estas precisiones. La experiencia y la pericia de los miembros del tribunal constituyen una garantía para asegurar que las preocupaciones de los inversionistas respecto al entorpecimiento del procedimiento arbitral puedan ser desestimadas; ya que, como se señala, será necesaria la pertinencia y la información técnica y especializada. Esto conllevará a que se protejan efectivamente los derechos sustantivos y procesales de las partes.

Asimismo, estos criterios antes descritos fueron posteriormente confirmados en el Caso Ciadi ARB/03/17, Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. vs. República Argentina. Este caso surgió en circunstancias similares al caso Suez/Vivendi, donde el tribunal estaba idénticamente constituido. De esta manera, cuando una ONG y tres individuos solicitaron su participación como *amicus*

40 Posteriormente, dentro de este proceso arbitral se autorizó la presentación de escritos *amici curiae*. Véase: Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. N° ARB/03/19. Ciadi. (12 de febrero de 2007).

curiae a fin de atender audiencias, hacer sumisiones escritas y orales, y acceso a los documentos del caso, el tribunal, como era de esperar, aplicó los tres criterios aplicados en Suez/Vivendi. A diferencia de Suez/Vivendi, sin embargo, el tribunal declinó esta solicitud y se justificó sobre la base de que los aspirantes a *amicus curiae* que no pudieran demostrar su experiencia, conocimientos y perspectivas no podrían asistir al tribunal. El tribunal, además, señaló que ellos no proveyeron información ni razones suficientes para que calificaran como *amicus curiae*⁴¹.

Aparentemente, en respuesta a las inconsistencias percibidas entre los casos Suez/Vivendi vs. Argentina y Suez/InterAguas vs. Argentina (Bastin, 2012, p. 211), y la crítica relativa a la falta de transparencia en el sistema de arbitrajes inversionista - Estado, el 10 de abril de 2006, el Ciadi implementó cambios significativos respecto a sus reglas de arbitraje. Estos cambios incluían enmiendas en los procesos preliminares en observancia de las medidas provisionales, además del examen por vía expeditiva de las solicitudes de desestimación de presentación de denuncias injustificadas. También se incorporaban cambios con respecto al acceso de terceras partes al procedimiento, y se permitió la participación de los mismos por razones de transparencia y por tratarse de asuntos que involucran el interés público (Stern, 2002, pp. 329 - 345)⁴².

A partir de la entrada en vigencia de las nuevas reglas de arbitraje del Ciadi, la situación cambió. En efecto, estas reglas regularon la intervención de partes no contendientes. En este sentido, la regla 37(2) aborda el tema de las presentaciones de partes no contendientes de la siguiente forma:

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 particular distinta a aquellas 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.

Esta norma expresa claramente las características de las presentaciones *amicus curiae* que el tribunal deberá tener en cuenta respecto a la utilidad de la presentación escrita y el objeto de la misma.

41 Suez/InterAguas vs. Argentina. N° ARB/03/17: Order in Response to a Petition for Participation as Amicus Curiae. (17 de marzo de 2006).

42 Sobre la intervención de un *amicus curiae*, véase: Stern (2002, pp. 329 - 345).

A. Esta deberá aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particular distinta.

En las decisiones arbitrales, se espera que el *amicus curiae* pueda proveer una visión particular sobre las cuestiones objeto de controversia. Sobre esta base, el solicitante deberá aportar una nueva perspectiva y basarse en sus conocimientos sustantivos, conocimientos especializados pertinentes o su experiencia incomparable o que difiere en algún sentido de lo que las partes contendientes alegaron en sus argumento de hecho y de derecho (Schliemann, 2013, p. 371).

Respecto a la importancia de la participación de los *amicus curiae*, es sustancial señalar que sus nuevos aportes podrían ayudar al tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho y de derecho que países en desarrollo no alegaron en sus argumentos. Esto resulta especialmente cierto si se toman en cuenta las limitaciones procedimentales de los tribunales Ciadi, los cuales no investigan por su cuenta y más bien dependen enteramente de la información que es provista por las partes, donde el valor adicional de la información *de facto* podrá eventualmente ser esencial para la evaluación por parte del tribunal de los hechos materia de controversia (Schliemann, 2013, p. 371).

B. Interés público y/o interés significativo en el procedimiento.

El interés público y el interés significativo deben ir de la mano a fin de que el tribunal permita la presentación de un informe *amicus curiae*. Este interés público debe ser relevante, y normalmente implicará la protección de los derechos humanos, de la salud, del medio ambiente y el desarrollo sostenible. El interés significativo de esta figura deberá ser legítimo con el fin de justificar su intervención como entidades idóneas e independientes.

C. Dentro del ámbito de la diferencia.

En este sentido, el objeto del informe *amicus curiae* deberá guardar armonía con el objeto del procedimiento arbitral. Esto quiere decir que el informe deberá referirse a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia, a fin de responder cuestiones jurídicas sustantivas que se resolverán en el arbitraje. Cabe señalar que, de acuerdo a esta interpretación, los tribunales arbitrales han clasificado de forma explícita que las cuestiones de procedimiento no son aptas o son inadecuadas para ser desarrolladas en peticiones *amicus curiae* (Schliemann, 2013, p. 375).

D. Experiencia, independencia y pericia.

Este es otro criterio importante que permitirá que un *amicus curiae* presente un informe al tribunal arbitral. Cabe señalar que el tribunal podrá rechazar la solicitud de presentación de un informe *amicus* si los peticionarios no cuentan con experiencia suficiente, no demuestran su independencia o su pericia. Este rechazo se dio a una petición *amicus curiae* bajo la justificación de falta de experiencia y pericia. Uno de los peticionarios, una ONG, fracasó en probar al tribunal información específica respecto a su naturaleza, tipo de membresía y calificaciones de su liderazgo. Además, otros tres peticionarios fallaron en proveer un *curriculum vitae* detallado, el cual permitiría al juez determinar si ellos poseían los requisitos de experiencia y pericia⁴³.

Con respecto a la independencia, incluso si no está previsto directamente en la regla

43 (Aguas Provinciales de Santa Fe, supra note 2, párr. 30). El tribunal, sin embargo, otorgó a los peticionarios el derecho a redefinir su descripción y aplicar de nuevo. (Aguas Provinciales de Santa Fe, supra note 2, párr. 34).

37(2) de las reglas de arbitraje del Ciadi, tribunales han aplicado la prueba de la independencia, y han señalado que el futuro *amicus curiae* debería proveer en su solicitud de aplicación la descripción del tercero e indicar, si procede, la organización de la que es miembro y su condición jurídica, sus objetivos generales, la índole de sus actividades y toda entidad matriz (incluida toda entidad que controle directa o indirectamente al tercero). El *amicus curiae* deberá señalar si tiene o no algún tipo de afiliación, directa o indirecta, con alguna parte litigante; e informar sobre todo Gobierno, persona u organización que haya prestado ayuda considerable al tercero en cualquiera de los dos años anteriores a la solicitud presentada por este. Uncitral señala que para ser considerado independiente, los aportes recibidos no deberán superar el 20% del total de sus operaciones anuales⁴⁴.

Durante la evolución del rol de *amicus curiae*, muchos estudiosos han cuestionado su independencia; pero estos lineamientos, si bien no se encuentran reflejados en los reglamentos del Ciadi, permiten vislumbrar un patrón a seguir por parte de los tribunales arbitrales con el fin de defender el procedimiento arbitral y los intereses de las partes contendientes. Este filtro, además, brinda una guía a los futuros *amicus curiae* a fin de lograr que el tribunal acepte sus informes. Es importante aclarar que el hecho de que exista una relación entre el *amicus curiae* y las partes no constituirá un impedimento para que el estatus de *amicus curiae* sea garantizado en un procedimiento arbitral (Schliemann, 2013, p. 380).

E. Que no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes.

Se ha establecido que la obligación de los árbitros será asegurar que la intervención de los *amicus curiae* no interfiera negativamente en el proceso arbitral y no afecte el derecho de defensa y contradicción de las partes contendientes (Medina-Casas, 2009, p. 233). El tribunal deberá distinguir lo sustancial y el impacto procedimental de una sumisión *amicus curiae*.

Desde el ángulo procedimental, cualquier tribunal podrá asegurar que la participación *amicus curiae* no cree una carga indebida al procedimiento, y establecerá salvaguardias, como límites en los plazos, extensión del informe, y otras⁴⁵.

Estas reglas introdujeron cambios que facilitan la labor de los árbitros en la aceptación de escritos *amicus curiae* y que brindan mayor seguridad al sistema de arbitraje de inversiones, y aseguran que los temores por parte de los inversionistas respecto al perjuicio que podría ocasionar la participación del *amicus curiae*, tanto a ellos como al procedimiento arbitral, se vean disipados. Por esta razón, las perturbaciones al procedimiento, la generación de una carga indebida o el perjuicio injusto a cualquiera de las partes no será un peligro; siempre y cuando las salvaguardias procedimentales generadas por cualquier tribunal sean respetadas por el *amicus curiae* (Schliemann, 2013, p. 381)

Además, es importante indicar que la regla 37.2 no crea ni un derecho o estatus en favor de los *amicus curiae* (Medina-Casas, 2009, p. 236)⁴⁶ que los autorice a participar en los

44 Uncitral, Reglamento de la Uncitral sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado. Artículo 4 (a), (b), (c).

45 Uncitral (s.f.), Report of Working Group II, párr: 69, supra note 5.

46 Medina-Casas se exploya acerca de ese punto en *Biwater Gauff Ltd. vs. la República de Tanzania*. Acerca de Ciadi N° ARB/05/22, decisión (2 de febrero, 2007), se manifestó: «It might be noted at the outset that 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» (2009, p. 236).

procedimientos arbitrales del Ciadi, ya que su participación está supeditada a la decisión autónoma de cada tribunal arbitral. A fin de ilustrar estas ideas, Medina-Casas (2009) señala «que otorgarles mayores facultades a los *Amicus Curiae* alteraría la igualdad procesal entre las partes contendientes y excedería el consentimiento que estas manifestaron cuando decidieron someter sus controversias al Ciadi».

Por otro lado, las partes contendientes no podrán oponerse a la decisión del tribunal que acepte la participación del *amicus curiae*. En este sentido, el derecho de las partes se limita a ser oídos y consultados por los árbitros acerca de la solicitud de intervención realizada. Esto resulta importante porque se refuerzan las facultades del tribunal arbitral (Medina-Casas, 2009, p. 234).

Una vez descrito cómo se ha producido la participación de los *amicus curiae* en los procedimientos del Ciadi, es importante abordar sus facultades (Medina-Casas, 2009, p. 234).

Por regla general, los *amicus curiae* realizan tres pedidos en sus intervenciones a los tribunales: (a) tener acceso a las audiencias en el procedimiento arbitral para tener la posibilidad de presentar sus argumentos, (b) tener acceso a los documentos y piezas procesales que conforman el expediente, y (c) introducir el informe escrito al procedimiento arbitral.

Con relación al acceso a las audiencias y presentación de argumentos en las mismas por parte de un *amicus curiae*, según las reglas de arbitraje Ciadi, se requiere la aprobación de las partes contendientes. La necesidad de esta aprobación ha sido reconocida en los distintos casos en los que se ha solicitado esta participación⁴⁷.

Al respecto, la regla 32.2 de las reglas de arbitraje del Ciadi dispone lo siguiente sobre las actuaciones orales:

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.

En la regla 32.2 se aclara que la posibilidad de la participación de los *amicus curiae* en las audiencias estará supeditada a la decisión de las partes. Los árbitros consultarán a dichas partes, quienes tomarán la decisión definitiva respecto a permitir o no la participación de los *amicus curiae*. En la práctica, no se ha aceptado la asistencia de los mismos.

En los casos en los cuales los *amicus curiae* han solicitado el acceso a los documentos del procedimiento arbitral, la respuesta ha sido negativa, y se ha enfatizado que esta decisión igualmente se encuentra en el dominio de las partes. También se ha afirmado que las reglas del Ciadi no consagran este derecho a favor de los *amicus curiae* dado que su papel no es el de indicar a los árbitros cómo apreciar las distintas pruebas que obran en el expediente ni debatirlas. En consecuencia, queda fuera de las atribuciones del tribunal y corresponde a las partes la aceptación de la presencia de los *amicus curiae* en las audiencias y aceptar la solicitud de acceso a los documentos. Esto refleja una clara protección a los derechos de las partes.

47 Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. Ciadi N° ARB/03/19.; Biwater Gauff Ltd. vs. República de Tanzania. Ciadi ARB/05/22.

Finalmente, cabe mencionar que los árbitros tendrán la libertad para aceptar la presentación del informe escrito emitido por los *amicus curiae*. En ese sentido, se ha permitido la presentación de argumentos escritos siempre que se realice en forma conjunta y en un solo documento si son varios los interesados en participar. Este documento no contendrá anexos, y se deberá elaborar siguiendo parámetros estrictos en relación con la extensión, presentación, formato e idioma del documento⁴⁸. En tal sentido, el rol del informe emitido por los *amicus curiae* consistirá en ofrecer a la autoridad decisoria argumentos, perspectivas y conocimientos especializados que las partes litigantes tal vez no presenten, con el propósito de ayudarla a tomar una decisión⁴⁹.

Un árbitro competente no es un árbitro ingenuo que cree que todos los informes de las partes resumirán hechos relevantes y la aplicación de las reglas de manera precisa. Un árbitro competente usa estos informes como una línea de salida y no como una línea de llegada (String, 2015 - 2016, p. 25). Por esta razón, la aceptación de los informes *amicus curiae* ampliará el rango de información de un árbitro.

Del mismo modo, en el ámbito de la transparencia también se han producido cambios. Sobre el particular, la regla 48 del Ciadi señala que el Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes. No obstante, con la modificación se facultó a que cualquiera de las partes permita la publicación unilateral del laudo arbitral, sin la necesidad de consentimiento de la otra parte. Incluso, de no existir tal consentimiento, el Centro deberá incluir en sus publicaciones extractos del razonamiento jurídico del tribunal con prontitud. En la actualidad, estos laudos se encuentran disponibles en el sitio web del Ciadi para la revisión del público⁵⁰.

Con la finalidad de ilustrar los puntos más importantes en nuestro análisis y a modo de recuento de lo ya señalado, es necesario tener en claro lo siguiente a partir de la modificación del Reglamento del Ciadi:

En primer lugar, el tribunal tiene la facultad de aceptar la sumisión del *amicus curiae*, incluso en contra de la voluntad de las partes del conflicto en la disputa arbitral. De esta forma, se permite la participación del *amicus curiae* a través del informe escrito sin importar la oposición del inversor; lo cual implica no otorgar el poder de veto a cualquiera de las partes (Bernasconi-Osterwalter y Parra, 2011, p. 198). Los tribunales han reconocido el carácter público de estas controversias, el cual los ha llevado a aceptar las presentaciones *amicus curiae* al tomar como base la importancia de los intereses globales como los derechos humanos, derechos medioambientales, así como la búsqueda del desarrollo sostenible. Estos intereses han originado que

48 Medina-Casas señala que los tribunales Ciadi han limitado la extensión de los escritos *Amicus* a 30 y 50 páginas. Con ocasión del caso AES Summit Generation Ltd. y AES Tisza Eromu KFT vs. Hungría, Ciadi ARB/07/22, se han presentado críticas a esta limitación, en la medida en que se ha considerado que la intervención de la Comisión Europea no era la de un simple *amicus*, sino la de un sujeto con un interés especial en el procedimiento que requería seguramente más de esa extensión para fijar los puntos que deseaba proteger; pero que no tenía otra forma distinta para intervenir (Triantafyllou, 2009).

49 Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. Ciadi N° ARB/03/19. Decisión. (12 de febrero de 2007).

50 Esta modificación ha impulsado la transparencia en el Ciadi, lo cual brinda seguridad y credibilidad a los árbitros y a los tribunales ya que sus decisiones que tienen contenido de interés público tendrán que ser más cuidadosas y la información recolectada deberá ser más especializada y técnica. Esto se produce con la finalidad de tomar una decisión adecuada, lo que generará un incentivo para que los tribunales arbitrales acepten y analicen informes emitidos por *amicus curiae*, tomando en cuenta los requisitos necesarios para su admisibilidad antes descritos.

centros de arbitraje como el Ciadi hayan modificado sus normativas y entendido la importancia de la participación de esta figura y del rol de brindar información de la misma. Dicha información generará una toma de decisión informada que podría beneficiar a un país en desarrollo.

En segundo lugar, las reglas del Ciadi han especificado que las solicitudes referentes al acceso a los documentos del procedimiento y a la presencia de los *amicus curiae* en las audiencias dependerán de la aceptación de las partes, lo cual otorga protección a las mismas.

Por consiguiente, la protección a los derechos de los inversionistas por parte del Reglamento del Ciadi se realizará en forma efectiva por parte de los tribunales arbitrales. Es evidente, a partir de nuestro análisis anterior, que tanto los límites impuestos a la participación *amicus curiae* como las salvaguardias que el tribunal podrá señalar a fin de proteger estos derechos, constituyen una garantía para que no haya una perturbación al procedimiento arbitral y para que la carga del inversionista no sea indebida o que los mismos se vean injustamente perjudicados.

En tercer lugar, la función de un *amicus curiae* es ofrecer a la autoridad decisoria los argumentos, las perspectivas y los conocimientos especializados que las partes litigantes tal vez no presenten debido a que carecen de recursos humanos y económicos suficientes para ayudar a elaborar su defensa con información técnica especializada. Además, se tiene el propósito de ayudar al tribunal arbitral a tomar una decisión informada⁵¹.

3. Capítulo III. La importancia de los Amicus Curiae en los pronunciamientos del Ciadi referidos a las expropiaciones en los países en desarrollo

La naturaleza *sui generis* del arbitraje de inversiones ha recibido considerable atención en los últimos años. El arbitraje de inversiones ha sido caracterizado como un híbrido debido a que mientras la jurisdicción de los tribunales y los estándares de protección están basados en tratados de inversión entre Estados, el arbitraje de inversiones incorpora varias reglas procedimentales del arbitraje comercial internacional (Ishikawa, 2010, p. 373). Estas reglas se vuelven evidentes cuando examinamos los dos principales arbitrajes de inversiones; es decir, el Capítulo II del Nafta y el arbitraje Ciadi.

Como se ha desarrollado en el capítulo I y el capítulo II, la evolución de la participación de los *amicus curiae* en el arbitraje internacional de inversiones ha sido creciente, y se han generado cambios en estándares legales aplicables en diferentes contextos del arbitraje de inversiones. En el contexto del TLCAN, el 7 de octubre de 2003 se emitió la Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la Participación de partes no contendientes. En el contexto del Ciadi, el 10 de abril de 2006 se implementó la regla 37(2), así como el artículo 41(3) en el Reglamento de Arbitraje Adicional del Ciadi en la que explícitamente se incluye la posibilidad de la presentación de informes *amicus curiae*. Además, posteriormente Uncitral incorporó en su Reglamento de Arbitraje, en su artículo 1 párrafo 4, el Reglamento de la Uncitral sobre la Transparencia de los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, adoptado en el año 2013. Esta evolución es un claro ejemplo de la importancia del rol que *amicus curiae* ha venido adquiriendo en los últimos años. El presente capítulo analizará casos en los que la participación *amicus curiae* ha sido relevante o pudo ser relevante, con la finalidad de esgrimir la importancia de su participación para los países en desarrollo.

51 Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. Ciadi N° ARB/03/19. Decisión. (12 de febrero de 2007).

3.1. Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina, Caso Ciadi No ARB/03/19.

La importancia de la participación *amicus curiae* en los pronunciamientos del Ciadi en este caso radica en lo siguiente:

En primer lugar, en el hecho de que gracias a la presentación de la solicitud de las ya mencionadas ONG para participar como *amicus curiae*, el tribunal ejerció por primera vez su poder para autorizar presentaciones en calidad de *amicus curiae*.

En segundo lugar, en el hecho de que el tribunal haya considerado la pertinencia del objeto del caso. En cuanto a juzgar la idoneidad de los peticionarios, el tribunal indicó en su resolución del 19 de mayo de 2005 tres factores de importancia a tener en cuenta: posesión de conocimientos especializados, experiencia e independencia.

En tercer lugar, es importante resaltar el análisis del tribunal al concluir que este caso revestía especial interés público al girar en torno a los sistemas que proporcionaban servicios públicos básicos de distribución de agua y alcantarillado a millones de personas. El tribunal reconoció que su decisión, ya fuera a favor de los demandantes o de la demandada, tenía el potencial de afectar a la población de la ciudad de Buenos Aires y municipios que la rodeaban, y se pudo plantear por esta razón una amplia gama de cuestiones complejas en materia de derecho público e internacional, incluidas consideraciones relativas a derechos humanos⁵². En este punto, es importante señalar que los actores de la sociedad civil y las ONG han usado los mismos argumentos como sustento para su pedido de participación en los procedimientos arbitrales del Ciadi como *amicus curiae*.

En cuarto lugar, la importancia de la resolución emitida el 19 de mayo de 2005, radica en el hecho de que se tuvo como finalidad determinar el procedimiento apropiado para dar trámite a la solicitud de *amicus curiae*, y se permitió que un *amicus curiae* aprobado presente sus puntos de vista; y se procuró, al mismo tiempo, proteger los derechos sustantivos y procesales de las partes. El tribunal enfatizó que se estableciera un procedimiento que permitiera salvaguardar el debido proceso y el trato equitativo, así como la eficiencia de los procedimientos⁵³.

Con esta resolución, el tribunal claramente antepuso la protección de los derechos de las partes. Aun así, los demandantes sostuvieron que el tribunal debió rechazar la petición porque los peticionarios no buscaban ofrecer ningún elemento de hecho nuevo, sino presentar argumentos legales inapropiados⁵⁴. El tribunal, en la resolución antes mencionada, no limitó la contribución de un *amicus curiae* a «nuevos elementos de hecho». En su lugar, el tribunal sostuvo, en el párrafo 13, que el papel tradicional de un *amicus curiae* «[...] es ofrecer a la autoridad decisoria argumentos, perspectivas y conocimientos especializados, que las partes litigantes tal vez no presenten, con el propósito de ayudarla a tomar una decisión». Dichos «argumentos, perspectivas y conocimientos especializados» pueden referirse al derecho, a los hechos, o a la aplicación del derecho a los hechos⁵⁵. Sobre este fundamento y al considerar la petición y las observaciones de las partes, el

52 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. N° ARB/03/19. párr: 19, p. 350. Res. en Respuesta a la Petición de Transparencia y Participación en Calidad de *Amicus Curiae*. Ciadi.

53 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. N° ARB/03/19. párr: 19, p. 358. Res. en Respuesta a la Petición de Transparencia y Participación en Calidad de *Amicus Curiae*. Ciadi.

54 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. N° ARB/03/19. párr: 19, p. 358. Res. en Respuesta a la Petición de Transparencia y Participación en Calidad de *Amicus Curiae*. Ciadi.

55 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. Res. en Respuesta a la Petición de Transparencia y Participación en Calidad de *Amicus Curiae*. N° ARB/03/19. párr: 19, p. 350. Ciadi.

tribunal determinó que los peticionarios podían presentar los informes escritos *amicus curiae*.

Finalmente, los argumentos de los inversionistas que señalan que la participación *amicus curiae* ocasionaría un perjuicio al procedimiento arbitral pueden ser desechados en razón de que el tribunal podrá desestimar comunicaciones que no cumplan los requerimientos necesarios para brindar nuevas luces a la solución de la controversia⁵⁶. El tribunal podrá usar la información contenida en estos informes como una herramienta útil, a fin de enriquecer su análisis y emitir, al final, una decisión justa e informada. Es a partir de este factor que se puede vislumbrar el rol beneficioso de esta figura para los países en desarrollo, los cuales, apoyados en estos informes, podrán sustentar de manera más sólida su defensa para así obtener un resultado favorable que no implique un perjuicio para su población.

Esta conclusión es reforzada por el lenguaje utilizado en la nueva regla 37(2) de las reglas de arbitraje del Ciadi desde el 10 de abril de 2006. De conformidad con esta norma, se requiere que los tribunales «se aseguren 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 presentar observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente».

3.2. Caso Biwater Gauff Ltd. vs. la República Unida de Tanzania (ICSID Case No ARB/05/22).

Este es el primer caso en que se aplicó la nueva regla 37(2) sobre presentaciones de partes no contendientes de las reglas de arbitraje del Ciadi. En este caso se trató la mala administración de los servicios de agua potable y saneamiento en Dar es-Salam, en Tanzania. Luego de la privatización del servicio, la empresa inversionista comenzó a facturar más e invertir menos que su predecesora estatal. El inversionista solicitó una revisión del contrato a fin de aumentar la tarifa y alegó que, de esta forma, podría realizar las inversiones necesarias para prestar el servicio de manera adecuada. Tanzania denegó la solicitud de la empresa inversionista. Las consecuencias de esta negativa se reflejaron en el notable deterioro de estos servicios básicos al no realizarse las inversiones necesarias para brindar un servicio adecuado (Bohoslavsky, 2012, p. 55).

Finalmente, el Estado rescindió la concesión y asumió la prestación del servicio (Bernasconi-Osterwalter y Parra, 2011, p. 199). El inversionista demandó a Tanzania ante el Ciadi en el marco del BIT entre Tanzania y el Reino Unido.

3.2.1. Solicitud de participación en el procedimiento arbitral como *amicus curiae*.

En noviembre de 2006, cinco ONG, tres nacionales y dos internacionales enviaron una petición al tribunal con la finalidad de obtener la participación en el procedimiento arbitral como *amicus curiae*. Esta participación se llevó a cabo a través de la remisión de un informe escrito; y se requirió, además, el acceso a documentos importantes del arbitraje, conjuntamente con la posibilidad de participar en las audiencias y la oportunidad de replicar o responder directamente cualquier pregunta por parte del tribunal respecto al informe *amicus curiae*.

Dicha petición se realizó por parte de The Lawyers' Environmental Action Team (LEAT), The Legal and Human Rights Centre (LHRC), The Tanzania Gender Networking Programme

⁵⁶ Es importante señalar que no hay prueba alguna de los supuestos perjuicios que ocasionaría el informe *amicus curiae* a la parte demandante.

(TGNP), CIEL e IISD⁵⁷.

Estas ONG ampararon su petición en la regla 37(2) anteriormente analizada. A pesar de no existir una forma preestablecida proporcionada para estos fines, las ONG basaron su presentación en los requisitos que se señalaron en dos casos anteriores a la modificación de la normativa del Ciadi (Bernasconi-Osterwalter y Parra, 2011, p. 198). Estos requisitos son los siguientes:

- Indicar la identificación y los antecedentes del peticionario, la naturaleza de su membresía si esta fuera una organización y la naturaleza de su relación con alguna de las partes en disputa.
- Señalar la naturaleza de su interés en el caso.
- Mencionar si el peticionario ha recibido ayuda financiera o económica de alguna de las partes o de alguna persona conectada con las partes del procedimiento.
- Precisar la razón por la cual el tribunal debería aceptar la sumisión de *amicus curiae* en este caso⁵⁸.

En este orden de ideas, las ONG demostraron en el informe *amicus curiae* emitido que cumplían con tales requerimientos, e indicaron el interés público inherente a nivel nacional e internacional de la presente controversia. Asimismo, destacaron la incidencia de este tipo de decisiones en países en desarrollo, los cuales han privatizado o se encuentran contemplando la posibilidad de privatizar los servicios de agua y alcantarillado o de otras infraestructuras de servicios públicos. También se indicó que este arbitraje tendría incidencia en el desarrollo sostenible, lo cual es un asunto que concierne a toda la comunidad internacional (Bernasconi-Osterwalter y Parra, 2011, p. 202).

La empresa Bewater Gauff, al igual que los otros inversionistas involucrados en los casos analizados, se opuso a dicha participación y alegó que los intereses de los peticionarios eran irrelevantes tanto de hecho como de derecho respecto a las cuestiones que debían decidirse por el tribunal⁵⁹.

3.2.2. Respuesta del tribunal respecto al estatus *amicus curiae*.

El tribunal en la Orden Procedimental N° 5 aceptó los argumentos de las ONG, y permitió que presentaran el informe escrito en febrero de 2007. Para arribar a esta conclusión, el tribunal tomó en cuenta, en particular, los siguientes hechos. En primer lugar, observó que la controversia fue muy pública y ampliamente difundida. En segundo lugar, notó que la Orden Procedimental N° 5 no permitiría la revelación de los documentos del procedimiento a los peticionarios. El tribunal también negó a los peticionarios la participación en las audiencias orales, y descartó la posibilidad de que las mismas estén abiertas al público o que en su rol de *amicus curiae* puedan responder en forma directa a cualquier pregunta del tribunal referente al informe *amicus curiae*⁶⁰. Y, en tercer lugar, consideró que en sus presentaciones escritas los peticionarios no

57 *Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania Amicus Curiae Submission* N° ARB/05/22. ICSID. (26 marzo de 2007).

58 *Agua Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*. N° ARB/03/19. Ciadi.

59 *Laudo Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22. párr. 357. ICSID.

60 *Laudo Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22. párr. 67. ICSID. *Laudo Bewater Gauff*

debían referirse a los documentos intercambiados en el arbitraje (excepto si estos previamente hubiesen sido puestos a disposición del público)⁶¹.

Asimismo, el tribunal tuvo cuidado de no brindar más derechos que aquellos que se encontraban específicamente mencionados en la regla 37(2) y en los casos antes mencionados.

3.2.3. Informe *amicus curiae*.

Esta presentación *amicus curiae* fue realizada sobre la base de la Orden Procedimental N° 5, emitida el 2 de febrero de 2007, y se siguieron los términos y condiciones especificados por el tribunal en dicha orden. En el informe se concluyó que la cancelación del contrato de concesión se había producido con la finalidad de prevenir el futuro deterioro de los servicios de agua, ya que en esos momentos los ciudadanos estaban sufriendo directamente sus consecuencias⁶².

La presentación señala que, en realidad, el inversionista había fallado debido a su falta de visión y competencia empresarial al usar la renegociación del contrato como una estrategia poco después de su entrada en vigor. Esto debería ocasionar consecuencias jurídicas importantes en contra del inversionista en el derecho internacional de inversiones. Esta responsabilidad se amplificaría debido a que estaba en juego un proyecto importante de privatización de agua, el cual afectaría directamente los derechos del ser humano al agua limpia y segura, además de la capacidad de la sociedad para alcanzar sus objetivos de desarrollo sostenible⁶³.

De igual manera, se indicó al tribunal que, si antes de invertir el inversionista no había realizado una adecuada labor de investigación respecto a las características del sistema de aguas en Tanzania, no se podía usar el acuerdo de inversiones como una póliza de seguros contra estas decisiones erradas en su inversión⁶⁴.

De la misma manera, el informe *amicus curiae* señaló que el acceso al agua potable no solo era esencial para el desarrollo sostenible, sino que se consideró que el agua era un bien público, un recurso natural limitado y fundamental para la vida y la salud. Asimismo, se insistió en que el derecho humano al agua era indispensable para llevar una vida digna. Si bien no hay duda de que lograr el cumplimiento de este derecho conlleva una serie de desafíos, el simple hecho de que la vida no sea posible sin agua, y que la salud no sea posible sin agua potable demuestra el carácter de este derecho humano básico⁶⁵.

Adicionalmente, en el informe presentado, los *amicus curiae* se pronunciaron sobre el deber de los inversionistas de actuar de buena fe en el derecho internacional, ya que este tipo de actuación es un elemento básico en las relaciones entre el inversionista y el Estado anfitrión. En el informe *amicus curiae* se indicó que el patrón de comportamiento del demandante sugería el uso de una estrategia de pre y post renegociación que consistía en hacer una oferta baja

(Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID CASE N° ARB/05/22. párr: 67.

61 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*. párr: 67 (Final Award). párr: 67.

62 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22. párr: 95. (26 marzo, 2007): Amicus Curiae Submission.

63 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22. párr: 8. (26 marzo, 2007): Amicus Curiae Submission.

64 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22. párr: 16. (26 marzo, 2007): Amicus Curiae Submission.

65 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22. párr: 48. (26 marzo, 2007): Amicus Curiae Submission.

a fin de recibir el contrato para luego renegociarlo. Se señaló que el inversionista tenía una sola estrategia que consistía en, primero, obtener la concesión del contrato, para posteriormente pedir la renegociación del mismo de manera encubierta una vez que los potenciales competidores estuvieran fuera de competencia⁶⁶.

Es importante señalar que el tribunal se reservó el derecho de formular preguntas específicas a los peticionarios en relación a su presentación escrita y a solicitar presentaciones escritas adicionales y/o documentos u otras pruebas que podrían ayudar a lograr una mejor comprensión de la posición de los peticionarios, las cuales se darían antes o después de la audiencia⁶⁷.

3.2.4. Decisión final.

De esta manera, en julio de 2008 el tribunal del Ciadi en el caso *Biwater Gauff vs. Tanzania* emitió este laudo definitivo y ofreció un interesante ejemplo sobre el tratamiento de la presentación del informe de los *amicus curiae*. Dicho laudo ha brindado un contexto inicial útil para los tribunales arbitrales. Quizás más que el hecho que los tribunales aceptaran el informe *amicus curiae*, lo más significativo resulta ser el grado en que el tribunal se basó en los argumentos de hecho y de derecho del informe *amicus curiae* en el laudo final (Bernasconi-Osterwalter y Parra, 2011, p. 206).

Cabe señalar que, aunque no exista el requerimiento dentro de las reglas de arbitraje del Ciadi de que el panel deba basarse o referirse a argumentos del informe *amicus* cuando se emita el laudo final, este tribunal no solo lo hizo explícitamente, sino que afirmó que «esta presentación escrita *amicus curiae* había proporcionado un contexto inicial muy útil para la investigación y análisis del tribunal arbitral»⁶⁸. El tribunal usó doce páginas en el laudo final para discutir los argumentos expuestos en el informe *amicus* e indicó que esta «sumisión había informado el análisis de la demanda y que dentro de la presentación escrita se encontraron puntos relevantes y específicos»⁶⁹.

Resulta notable que tras resumir los argumentos expuestos en el informe *amicus curiae* en forma considerablemente detallada, el tribunal declaró explícitamente que los argumentos y la información proporcionada por los peticionarios fueron útiles e informaron debidamente al tribunal, y se generó así un adecuado análisis de la controversia⁷⁰. Como principio, se resumieron temas importantes como la responsabilidad del inversionista, que se expresa en términos de limitaciones correlativas en el ámbito de protección del tratado bilateral. En este sentido, se destaca la decisión en el caso *Maffezini*, en la cual se sostiene que «el Tribunal debe enfatizar que los acuerdos bilaterales sobre inversiones no son pólizas de seguro contra malas decisiones de negocios»⁷¹. Estos acuerdos no son pólizas de seguro para todos los efectos negativos de

66 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22. párr. 48. (26 marzo, 2007): Amicus Curiae Submission.

67 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22. párr. 65. (26 marzo, 2007): Amicus Curiae Submission.

68 Laudo *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. and United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22. párr. 355. (26 marzo, 2007): Amicus Curiae Submission.

69 Laudo *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. and United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22. párr. 392. (26 marzo, 2007): Amicus Curiae Submission.

70 Laudo *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. and United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22. párr. 371 - 392. (26 marzo, 2007): Amicus Curiae Submission.

71 *Maffezini vs. España*. Award. párr. 16 y 64: Amici Brief (13 noviembre de 2000). Véase también *Eudoro A. Olguin vs. República de Paraguay*. N° ARB/98/5. párr. 73. Award. ICSID. (26 de julio de 2001); *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD*

las acciones o actividades gubernamentales. Se hizo énfasis en que la falla de un inversionista para llevar a cabo una adecuada evaluación de riesgo o la conducta inescrupulosa por parte del inversionista con el fin de ganar una licitación afectará sus derechos en virtud del contrato de inversión y cualquier acuerdo de inversión aplicable o BIT⁷².

En el caso materia de la controversia, el inversionista ya contaba con experiencia suficiente para conocer cómo se realizaban estas operaciones. Dicha experiencia incluía la distribución de agua potable en países en desarrollo tales como Guatemala, Indonesia, México, Malasia, Nigeria, Panamá y Filipinas.

Igualmente, se trató el punto acerca de que los inversionistas extranjeros estaban sujetos a ciertas condiciones o al cumplimiento de ciertos deberes tales como aplicar estándares comerciales o empresariales para el proceso de inversión con el fin de observar el principio *pacta sunt servanda*. Se sostuvo que el inversionista había incumplido obligaciones del contrato, en especial lo referido a la infraestructura del proyecto, lo cual puso en riesgo el bienestar de los ciudadanos debido al carácter monopólico del servicio básico que prestaba. De manera similar, se esgrimió el hecho de que el inversionista no haya actuado de buena fe⁷³.

Adicionalmente, se planteó que el nivel más alto de responsabilidad debía ser impuesto a los inversionistas extranjeros antes de solicitar la protección del derecho internacional cuando estos se involucran en proyectos íntimamente relacionados con los derechos humanos y la capacidad de lograr el desarrollo sostenible en determinados países. En este sentido, las cuestiones en derechos humanos y la capacidad de lograr el desarrollo sostenible son factores que equilibran los derechos y las obligaciones entre el inversionista y el estado anfitrión⁷⁴.

Sin embargo, los argumentos presentados por el *amicus curiae* que mencionaban los principios de desarrollo sostenible o el derecho al agua en buenas condiciones no fueron, en realidad, examinados en el laudo. Esto parece contradecir la relevancia otorgada al informe *amicus curiae* y la propia declaración de que «fueron relevantes los puntos específicos que surgieron de las alegaciones del *amicus curiae*, en este contexto»⁷⁵. Aunque el tribunal reconoció en el laudo emitido que esta era una controversia de naturaleza pública, es lamentable que el tribunal no reconsiderara y examinara estas cuestiones.

En este caso, los *amicus curiae* tuvieron un especial interés y conocimiento de los derechos humanos y medioambientales, y su importancia radica en que en el informe *amicus curiae* se proporcionaron perspectivas que diferían sustancialmente de lo argumentado por las partes contendientes. Se aportó, así, una valiosa contribución al procedimiento (Ishikawa, 2010, p. 408).

A partir del presente caso analizado, observamos que, excepto en el caso Bechtel, existe un reconocimiento por parte del tribunal respecto al uso de esta información. Países como Tanzania, Argentina y Bolivia, que han realizado la privatización de los servicios de agua, se han visto involucrados en este tipo de controversias internacionales. Por su especial carácter público, en

Chile S.A. vs. Chile. N° ARB/01/7. párr. 178. Award. ICSID. (25 de mayo de 2004).

72 Laudo *Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. and United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22. párr. 375.

73 *Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. and United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22. párr. 9. (26 de marzo 2007) (*Amicus Curiae Submission*).

74 *Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. and United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22. párr. 9. (26 de marzo 2007) (*Amicus Curiae Submission*); *Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*. párr. 380. (Final Award) párr. 380.

75 *Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. and United Republic of Tanzania*. N° ARB/05/22. párr. 392. (26 de marzo de 2007). (*Amicus Curiae Submission*).

tanto se refiere a la protección de los derechos humanos y la protección del medioambiente a fin de generar un adecuado desarrollo sostenible, este tipo de controversias ha originado que los tribunales arbitrales del Ciadi reciban estas solicitudes de intervención como *amicus curiae* por parte de la sociedad civil y las ONG.

3.3. Caso AES Summit Generation Ltd. y AES Tisza Eromu KFT vs. Hungría, Ciadi ARB/07/22.

Otro ejemplo de la evolución que viene desarrollándose dentro del Ciadi se encuentra en el caso Ciadi ARB/07/22, AES Summit Generation Ltd. y AES Tisza Eromu KFT vs. Hungría en noviembre de 2008, en el cual se autorizó la participación de la Comisión Europea a título de *amicus curiae*. Se trata de un asunto sin precedentes en el arbitraje Ciadi, ya que los *amicus curiae* que solicitan intervenir en este tipo de procedimientos arbitrales suelen ser ONG y demás actores de la sociedad civil (Medina-Casas, 2009, p. 234). Ante esta situación, se piensa que la figura del *amicus curiae* seguirá evolucionado de la misma forma que continuará evolucionando el arbitraje de inversiones.

3.4. Piero Foresti y otros vs. la República de Sudáfrica, Ciadi ARB/10/15.

En este caso, inversionistas italianos y luxemburgueses llevaron esta controversia al Ciadi y aludieron que la República de Sudáfrica había adoptado una serie de medidas a fin de incentivar la participación de inversionistas nacionales en la explotación de canteras de granito. Los inversionistas indicaron, además, que estas medidas expropiatorias generaron la extinción definitiva de los derechos de algunas empresas de los inversionistas dedicados a esta explotación. Asimismo, señalaron que no habían sido compensados debidamente por Sudáfrica⁷⁶.

Cinco ONG dedicadas a la promoción de los derechos humanos y la protección del medio ambiente solicitaron intervenir en el procedimiento arbitral como *amicus curiae* y solicitaron lo siguiente: presentar observaciones escritas a través de un informe *amicus curiae*, acceder a documentos clave del procedimiento arbitral y permiso para atender a las audiencias y formular alegaciones en las mismas⁷⁷. Es importante señalar que este procedimiento se desarrolló bajo el Mecanismo Complementario del Ciadi y que en su artículo 41(3) establece una redacción idéntica a la regla 37(2) del Reglamento del Ciadi.

Las ONG señalaron que las medidas tomadas por Sudáfrica revestían gran importancia en el proceso de consolidación del principio de igualdad en Sudáfrica. Además, señalaron que estas medidas llevaban en sí mismas una proyección internacional que podría afectar numerosos sectores normativos como el derecho al desarrollo y otros derechos humanos⁷⁸.

El tribunal, luego de hacer un test de idoneidad, analizar el interés significativo de las peticionarias y cerciorarse de que las mismas cumplieran con los requisitos del artículo 41(3), les permitió presentar observaciones escritas a través de un informe *amicus curiae*. En cuanto a la petición de atender a las audiencias orales y realizar alegaciones en las mismas, el tribunal denegó esta petición a las peticionarias.

⁷⁶ Piero Foresti y Otros vs. la República de Sudáfrica. ARB/10/15. Ciadi.

⁷⁷ Petition for Limited Participation as Non-Disputing Parties in Terms of Articles 41(3), 27, 39, and 35 of the Additional Facility Rules.

⁷⁸ Petition for Limited Participation as Non-Disputing Parties in Terms of Articles 41(3), 27, 39, and 35 of the Additional Facility Rules. párr: 6.8 y 6.3.

La importancia de la participación *amicus curiae* en el presente caso radica en que sus argumentos fueron lo suficientemente eficaces y adecuadamente sustentados⁷⁹ para lograr que, por primera vez, un tribunal arbitral en un caso de arbitraje internacional de inversiones permita a un *amicus curiae* el acceso a documentos necesarios para que puedan formular alegaciones con relación a las cuestiones principales del litigio, así como para determinar la posición de ambas partes⁸⁰. Esta autorización, además de ser un paso importante para la transparencia de los procedimientos arbitrales de inversión, es un reconocimiento tácito de un tribunal Ciadi de la relevancia de la información que podría contener un informe *amicus curiae* al contar con documentos necesarios del procedimiento arbitral. Estos nuevos informes podrán brindar información revestida de nuevas reflexiones y argumentos de hecho y de derecho.

La importancia de estas presentaciones *amicus curiae* como un beneficio para los países en desarrollo radica en que al tener acceso a documentos importantes del procedimiento, los *amicus curiae* podrán analizar las posiciones tomadas por los países en desarrollo con el fin de añadir información especializada para su defensa o de resaltar hechos que conlleven una toma de decisión beneficiosa para ellos por parte del tribunal.

3.5. Caso Bernhard von Pezold y Otros vs. La República de Zimbabue Ciadi ARB/10/15 y Border Timbers Ltd. y Otros vs. Zimbabue Ciadi ARB/10/25.

En este caso, el arbitraje se refirió a presuntas violaciones de su BIT como consecuencia de las medidas tomadas por parte de la República de Zimbabue referidas a la transformación de madera y la silvicultura. Una ONG y cuatro comunidades indígenas pidieron intervenir en el procedimiento arbitral como *amicus curiae* y solicitaron lo siguiente: presentar observaciones escritas a través de un informe *amicus curiae*, acceder a documentos clave del procedimiento arbitral y tener permiso para atender a las audiencias con la posibilidad de responder a preguntas formuladas por el tribunal⁸¹. En este caso, el tribunal arbitral denegó la solicitud de la ONG y las comunidades indígenas de participar en el procedimiento arbitral como *amicus curiae*, y señaló que ellas habían fallado en satisfacer los requerimientos de la regla 37(2).

Si bien es cierto que en el presente caso no se aceptó la participación *amicus curiae*, esta decisión del tribunal von Pezold ocasionó la fragmentación del derecho internacional y la violación de estándares legales aplicables del arbitraje de inversiones y la interpretación (Schliemann, 2013, p. 384).

El tribunal, al rechazar la aplicación del derecho internacional fuera del contexto de inversiones, contravino la aplicabilidad directa de las normas prevalcientes en jerarquía, así como la integración sistemática de otras normas relevantes vía interpretación. Cuando el tribunal consideró que la solicitud *amicus curiae* estaba sustentada en normas del derecho internacional, consideró que su pedido no guardaba relación con el ámbito de la diferencia, lo cual tuvo como consecuencia que varios requerimientos procedimentales no se pudieran cumplir, y finalmente se rechazara la participación de los solicitantes como *amicus curiae* en el procedimiento arbitral (Schliemann, 2013, p. 382).

79 Los *amicus curiae*, a fin de obtener acceso a los documentos del procedimiento arbitral, sustentaron su petición en precedentes arbitrales, discusiones sobre la transparencia en el seno de la UNCTAD, y directrices adoptadas en julio de 2001 por Nafta sobre el acceso a documentos.

80 Piero Foresti y Otros vs. la República de Sudáfrica. ARB/10/15. Ciadi. Comunicación de la Secretaria del Tribunal sobre la petición para participar como partes no contendientes. (5 de octubre de 2009).

81 Von Pezold/Border vs. Zimbabue. N° ARB/10/15. Proc. ord. N° 2, párr: 57 - 61. Ciadi.

Con respecto a las observaciones del tribunal, podemos señalar que este es un claro ejemplo de cómo un tribunal de inversiones ha limitado un análisis exhaustivo de una controversia debido a lo siguiente:

En primer lugar, al generar un quebrantamiento que va en contra de todos los esfuerzos que los actores del derecho internacional han logrado y omitir un análisis de la jurisprudencia arbitral referida a la participación *amicus*. El tribunal von Pezold ha tenido como resultado la emisión de una decisión arbitraria, demasiado restrictiva y provista de ninguna justificación legal (Schliemann, 2013, p. 387).

En segundo lugar, el tribunal, al no contar con toda la información necesaria para emitir una decisión informada ya que los argumentos aducidos por los *amicus curiae* a menudo giran alrededor de normas de derecho internacional (como las normas de protección al medio ambiente y derechos humanos), emitirá una decisión que no refleje el contexto real en el que un Gobierno tomó una determinada medida o una decisión que origine un perjuicio irreparable para las poblaciones más vulnerable de estos Gobiernos.

Este es un claro ejemplo de la importancia de la participación de los *amicus curiae* en beneficio de los países en desarrollo, debido a que esta información pudo ser útil al momento de evaluar si las medidas gubernamentales tomadas por el Gobierno de Zimbabue, las cuales originaron la expropiación, sirvieron a un interés público y no fueron medidas discriminatorias, tal como se señaló en la decisión del tribunal von Pezold (Schliemann, 2013, p. 384).

3.6. Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay ICSID Case N° ARB/10/7.

La controversia estuvo referida a alegaciones de las demandantes acerca de que, mediante diversas medidas de control del tabaco aplicables a la industria tabacalera, la demanda violó el BIT en razón del trato otorgado a las marcas comerciales registradas de las marcas de cigarrillos en las que las demandantes habían invertido. Dentro de esas medidas, se encontraban la adopción de una parte del Gobierno del requisito de la presentación única que impedía a las tabacaleras comercializar más de una variante de cigarrillos bajo una misma familia de marca, y el aumento del tamaño de las advertencias sanitarias con imágenes que aparecían en cajetillas de cigarrillos⁸².

El 30 de enero de 2015, la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Secretaría del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco (Secretaría del CMCT) presentaron una solicitud para efectuar una presentación escrita en calidad de parte con contendiente, de conformidad con la regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje del Ciadi. El 12 de febrero de 2015, el tribunal autorizó a la OMS y a la Secretaría del CMCT a efectuar una presentación escrita e informó a las partes que posteriormente emitiría una decisión fundada. El tribunal, en la Resolución Procesal N° 3 del 17 de febrero de 2015, manifestó lo siguiente:

La presentación puede ser beneficiosa para su proceso de toma de decisiones en este caso, teniendo en cuenta la contribución en términos de conocimiento y experiencia particulares de las dos entidades calificadas (la OMS y la Secretaría del CMCT) en lo que se refiere a las cuestiones objeto de la controversia. Considera que, en vista del interés público que implica este caso, aceptar la solicitud sustentaría la transparencia del procedimiento y su aceptabilidad por parte de los usuarios en general.

82 Philip Morris Brand Sard, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. vs. Oriental Rublic of Uruguay. N° ARB/10/7. párr: 9.8. ICSID. (Laudo Arbitral).

El 6 de marzo de 2015, el Centro recibió una solicitud para recibir un informe escrito *amicus curiae* por parte de la Organización Panamericana de la Salud (OPS). De acuerdo a la peticionaria, esta abordaría cuestiones relacionadas a la disputa. Además, ayudaría a establecer el contexto regional y, específicamente, el contexto en el que Uruguay tomó medidas regulatorias referidas al empaquetado y etiquetado de productos de tabaco, y la razonabilidad y efectividad para la toma de estas medidas⁸³.

En las consideraciones del tribunal de aceptar o no la sumisión del informe *amicus curiae*, el tribunal consideró la opinión del tribunal Methanex⁸⁴, particularmente el párrafo 49 donde señalaba que, indudablemente, había un interés público por parte de los solicitantes y que el procedimiento arbitral podría beneficiarse al ser percibido como más abierto y transparente o, por el contrario, ser perjudicado al ser percibido indebidamente como secreto (*Methanex v. United States*, fn 1, párr. 49).

El tribunal, además, señaló que este creía que la sumisión podría ser beneficiosa en el proceso de la toma de decisión, al considerar en este caso la contribución del conocimiento particular y la pericia de una entidad tan calificada como la OPS en relación a las cuestiones objeto de esta controversia. El tribunal consideró que concedería la solicitud en vista del interés público en el que estaba envuelto este caso y, así, afianzaría la transparencia de los procedimientos y la aceptabilidad de los mismos por parte de sus usuarios a la larga. Al tomar en cuenta estas consideraciones, el 24 de marzo de 2015 el tribunal aceptó la sumisión del informe *amicus curiae* por parte de la OPS⁸⁵.

El tribunal señaló en su decisión que Uruguay adoptó medidas impugnadas con el fin de proteger la salud pública en la observancia de sus obligaciones nacionales e internacionales. El tribunal señaló que estas medidas se tomaron de buena fe y en forma no discriminatoria. Señaló, además, que las medidas fueron proporcionales al objetivo al que se aspiraba; muy lejos de su impacto adverso limitado sobre el negocio de Abal. Contrario a los argumentos de los demandantes, las medidas impugnadas no fueron arbitrarias e innecesarias, sino potencialmente un medio efectivo para la protección de la salud pública; una conclusión que también respaldaron los escritos de la OMS/OPS⁸⁶.

El rol de estas organizaciones internacionales que actuaron como *amicus curiae* en este procedimiento tuvo una importancia relevante en la toma de decisión del tribunal. Además, cabe señalar que el propio tribunal indicó que era cierto que era difícil y podría ser imposible demostrar en forma aislada el impacto individual de las medidas como la RPU o la Regulación 80/80. El tribunal señaló que las investigaciones acerca de las motivaciones en relación con el consumo de tabaco son difíciles de realizar (como lo han reconocido los peritos de ambos lados). Además, las medidas impugnadas se introdujeron como parte de un amplio plan para el control del tabaco y es difícil desglosar sus distintos componentes. Sin embargo, el hecho es que la incidencia del cigarrillo en Uruguay ha disminuido, en particular entre los jóvenes fumadores,

83 *Philip Morris Brand Sard, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*. N° ARB/10/7. Proc. Ord N° 4. ICSID. (25 de marzo de 2015).

84 *Philip Morris Brand Sard, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*. N° ARB/10/7. Proc. Ord N° 4. párr. 28. ICSID. (25 de marzo de 2015).

85 *Philip Morris Brand Sard, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*. N° ARB/10/7. Proc. Ord N° 4. párr. 30. ICSID. (25 de marzo de 2015).

86 *Philip Morris Brand Sard, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*. N° ARB/10/7. párr. 306. ICSID. (Laudo Arbitral). (25 de marzo de 2015).

y estas son medidas de salud pública que apuntaban a este fin y fueron capaces de contribuir a su alcance. En la opinión del tribunal, esto era suficiente para desestimar el reclamo plantado en virtud del artículo 5(1) del BIT⁸⁷.

En este párrafo, el tribunal cita directamente el escrito *amicus curiae* de la OMS, párrafo 90, que señala: «Estos elementos probatorios coherentes con la práctica del Estado respaldan la conclusión de que las medidas uruguayas en cuestión son un medio efectivo para la protección de la salud pública» y el escrito *amicus curiae* de la OPS, párrafo 100, que expresa: «Las medidas para el control del tabaco de Uruguay son una respuesta razonable y responsable ante las estrategias de promoción, comercialización y publicidad engañosa empleada por la industria tabacalera, se basan en pruebas fehacientes y han demostrado ser efectivas para la reducción del consumo de tabaco. Por este simple motivo, la industria tabacalera se ve en necesidad de impugnarlas»⁸⁸.

Este caso es un claro ejemplo de la importancia de la participación de los *amicus curiae* en procedimientos arbitrales de inversión donde intereses tan importantes como la salud pública están en juego. El rol de la OMS y OPS ha sido un claro ejemplo de la importancia de su participación para un país en desarrollo, el cual se vio beneficiado de la experiencia y pericia de estas organizaciones. Tal como el mismo tribunal señaló, sin la participación de estas organizaciones internacionales, hubiera sido difícil determinar puntos importantes para la toma de una decisión.

Con la finalidad de responder en forma concreta a las críticas en contra de la aceptación de los informes *amicus curiae* en el procedimiento arbitral del Ciadi, desarrollaremos las principales preocupaciones que se han generado respecto a su participación.

En primer lugar, los inversionistas alegan que esta participación los perjudicará, pues tendrán que litigar contra dos partes, además de darse un incremento en los costos y de producirse demoras en el procedimiento arbitral. Sobre el particular, cabe mencionar que cuando el Ciadi modificó su Reglamento, tuvo mucho cuidado al elaborar su regla 37(2), a fin de no otorgar ningún derecho al *amicus curiae*, dejándose así a la discrecionalidad del tribunal el aceptar o no tales presentaciones escritas. Por ejemplo, no se otorgó una facultad excesiva para que estos no litigaran como parte, limitándose únicamente a brindar información que pueda ser útil al tribunal. En este sentido, será el tribunal el que procurará el equilibrio entre recibir información excesiva o estar informado en todo lo posible respecto a los diferentes puntos de vista.

Respecto a los costos extras que esta participación pueda generar a las partes, cabe destacar que no se generará ningún costo adicional al inversionista ni al país demandado. Esta es otra razón por la cual esta participación podrá ser beneficiosa para los países en desarrollo, ya que el análisis y la investigación que realizarán los *amicus curiae* con el fin de emitir este informe no acarreará ningún costo extra para estos países; los cuales, en la mayoría de los casos, no cuentan con los medios suficientes para sustentar una adecuada defensa.

En segundo lugar, se alega la existencia de una politización de la controversia dentro del foro arbitral. Al respecto, cabe señalar que estas preocupaciones son cuestionables, debido a que este riesgo siempre existirá de producirse una controversia que esté relacionada a asuntos públicos importantes, independientemente de que se lleve a cabo o no la participación de los *amicus curiae*. Ha de tenerse en cuenta el interés público que conlleva este tipo de casos, y que cualquier información que se desprenda del mismo generará una reacción pública notoria.

87 *Philip Morris Brand Sard, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*. N° ARB/10/7. párr 306. ICSID. (Laudo Arbitral). (25 de marzo de 2015).

88 *Philip Morris Brand Sard, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*. N° ARB/10/7. párr 306. ICSID. (Laudo Arbitral). (25 de marzo de 2015).

Por otro lado, existen inquietudes tanto por parte de los inversionistas como de los países en desarrollo respecto a la idoneidad de los *amicus curiae*, en especial al tratarse de las ONG. Los inversionistas, además de expresar sus reservas sobre las actuaciones de las ONG en el campo del derecho internacional, esgrimen argumentos como la desigual distribución de las ONG, e indican que ellas eclosionan más en los países desarrollados que en los países en desarrollo. Esto obedece a la misma evolución y desarrollo de la sociedad civil, la existencia de tradiciones democráticas y participativas, y la presencia de recursos económicos y de otra naturaleza, lo cual implica para las mismas alianzas que pondrán en desventaja a los países en desarrollo, sin tomar en consideración que las mismas se han ido extendiendo hacia ellos (Pons Ráfols, 2009).

Asimismo, se alega que estas organizaciones únicamente tendrán intereses particulares, como son los intereses comerciales o industriales, los cuales estarían contrapuestos a los intereses públicos. También se sostiene que estas ONG pueden ser manipuladas por un Estado o las corporaciones privadas a través de subsidios o financiamientos (Kamminga, en Ishikawa, 2010, p. 399), lo cual —se señala—, conduce a una cierta pérdida de autonomía y se afecta la independencia de las ONG; la misma que, si bien no se llega a anular, por lo menos se difumina (Pons Ráfols, 2009). Cabe señalar que, en la actualidad, existen criterios específicos que ayudarán al tribunal a determinar si estas preocupaciones por parte de los inversionistas tienen sustento. El tribunal podrá tener en cuenta los lineamientos del nuevo Reglamento de Uncitral sobre la Transparencia a fin de determinar la independencia e intereses de las partes.

Con relación a la presente investigación, es necesario tener en claro que, tal como lo sostuvo el tribunal en su resolución del 19 de mayo de 2005 en el caso Suez Sociedad General de Aguas Barcelona, S.A. y Vivendi S.A. vs. la República de Argentina, para que el mismo pueda ejercer su poder para autorizar las presentaciones *amicus curiae* en el procedimiento arbitral, deberá tener en cuenta como criterio básico la pertinencia del objeto del caso analizando y la independencia de los *amicus curiae*. Esto responde a las preocupaciones tanto de los inversionistas como de los países en desarrollo.

Otro argumento en contra de la participación del *amicus curiae* se refiere al carácter cuestionable de su legitimidad. Además, se alega la naturaleza del proceso de toma de decisiones interno, el cual se considera que no es democrático ni transparente (Ishikawa, 2010, p. 399). Estas críticas han sido contrarrestadas mediante la adopción de medidas de fomento de la transparencia, códigos de buenas prácticas y mecanismos de auditoría. Esta fórmula está demostrando ser efectiva para hacer frente a estas situaciones en el caso de las grandes coaliciones o redes de ONG que cooperan estrechamente con intereses comunes (Pons Ráfols, 2009).

Finalmente, en la presente investigación no está en discusión el examen general respecto a la idoneidad de la participación de las ONG en la elaboración del derecho internacional. No obstante, en el contexto del arbitraje de tratados de inversiones, la idoneidad de las presentaciones *amicus curiae* ha sido abordada por el tribunal en el caso Suez Sociedad General de Aguas Barcelona, S.A. y Vivendi S.A. vs. la República de Argentina. En este caso se sostuvo que, a través del análisis de la posesión de conocimientos especializados, experiencia e independencia que posea esta figura, el tribunal determinará la pertinencia del objeto del caso con el fin de autorizar las presentaciones *amicus curiae*.

Existen otras opiniones al respecto. Así, Tomoko Ishikawa (2010) plantea, con respecto a la idoneidad de la participación de las ONG, que las preocupaciones que surgen por parte del inversionista y de los países en desarrollo anteriormente analizadas se encuentran fuera de lugar. Primero, se señala que el aceptar presentaciones de varios tipos de *amicus curiae*,

entre ellos ONG industriales o corporaciones de negocios, en el arbitraje de inversiones no traerá ningún perjuicio ni a las partes ni al procedimiento. Un ejemplo de esto lo constituye el hecho de que el tribunal UPS haya aceptado la presentación de la Cámara de Comercio de Estados Unidos. De modo similar, el tribunal Glamis aceptó la presentación de la Asociación Nacional de Minas, la cual está comprometida con las corporaciones del sector minero americano. De esta manera, se debe tener en cuenta que al aceptar argumentos de *amicus curiae* que cuentan con perspectivas y propósitos diferentes, los tribunales podrán obtener una amplia gama de fundamentos a fin de tomar una decisión adecuada. Se afirma, además, que la diversidad de opiniones y la aptitud analítica de las presentaciones *amicus curiae* enriquecerán el debate y contribuirán así a un análisis más profundo. En segundo lugar, se destaca el hecho de que siempre queda a discreción del tribunal rechazar presentaciones que no reúnan los criterios suficientes antes mencionados.

Asimismo, se plantean dudas sobre la efectividad de las presentaciones *amicus curiae* sin que exista una completa transparencia en el procedimiento. Se argumenta que los *amicus curiae* necesitan tener información suficiente respecto a una controversia determinada para poder contribuir con su experiencia y sus perspectivas. Como respuesta a esta supuesta ineffectividad, el tribunal en el caso Piero Foresti vs. la República de Sudáfrica autorizó la solicitud de los *amicus curiae* al acceso a documentos del procedimiento. El acceso a documentos a fin de realizar un informe que contenga información especializada que las partes no añadieron a sus alegatos logrará que el tribunal se beneficie y pueda emitir una decisión informada. Además, es importante señalar que el hecho de que exista o no efectividad dependerá de muchos factores, y no únicamente del acceso que se pueda tener a documentos del procedimiento o el acceso a las audiencias del mismo. Esto se debe a que estas controversias normalmente cuentan con un rango de información potencial que es de dominio público que puede ser tomada en cuenta. Además, estas organizaciones podrán obtener dicha información a través de otras fuentes de información que no sean únicamente las actuaciones del procedimiento arbitral. Esto generará argumentos sólidos que sostengan la redacción y futura presentación del informe *amicus curiae* (Ishikawa, 2010, p. 400), tal como sucedió en el caso Bewater Gauff vs. Tanzania, donde existió considerable información de carácter público que pudo ser usada por los *amicus curiae*⁸⁹.

De manera similar, existen otros beneficios que surgen de la presentación del informe escrito *amicus curiae*. Estos beneficios están basados en el hecho de que estos informes escritos pueden contener cierta información que las partes están imposibilitadas de otorgar o no están dispuestas a admitir debido a varios factores, tales como la falta de recursos económicos y humanos suficientes para afianzar su defensa, o que simplemente no lo hagan debido al temor de que estos mismos argumentos puedan ser usados en su contra en futuras controversias.

Cualquiera sea la razón, esta perspectiva adicional podrá ayudar a los tribunales no solo a ver el caso en general, sino a hacer un análisis más profundo, enriquecer el debate y otorgar al tribunal argumentos legales más comprensibles, como la realización de estudios jurídicos comparativos detallados. Esto se evidenció en el caso Bewater Gauff vs. Tanzania, donde se le proporcionó al tribunal un análisis jurídico detallado sobre el deber de los inversionistas de actuar de buena fe en el derecho internacional, ya que este es un elemento básico en las relaciones entre el inversionista y el Estado anfitrión. En el informe *amicus curiae* en este caso, se

89 *Laudo Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*. Case N° ARB/05/22. párr. 367. ICSID

indicó que el patrón de comportamiento del demandante sugería una estrategia de pre y post renegociación que consistía en hacer una oferta baja a fin de recibir el contrato para luego renegociarlo⁹⁰. Como observamos, este análisis proporcionado tendrá la posibilidad de influenciar la decisión del tribunal.

Otro beneficio que brindará la presentación de estos informes *amicus curiae* es la capacidad de proveer al tribunal información científica y conocimientos técnicos especializados, o proporcionar información fáctica sobre hechos específicos en la disputa. Cuando se requiera que el tribunal evalúe la idoneidad de las medidas ambientales como una aplicación de la política medioambiental, el análisis exhaustivo realizado por expertos de las organizaciones no gubernamentales (por ejemplo, las organizaciones no gubernamentales internacionales y locales pueden combinar su experiencia y conocimientos, y realizar una presentación conjunta) será especialmente valiosa. Esto se produce, en especial, en el campo de los derechos humanos donde, como se ha señalado, las ONG, en base a su experiencia, están en mejor condición para proponer «buenas prácticas» (Decaux en Ishikawa, 2010, p. 381).

Por otro lado, es necesario considerar que estas organizaciones no gubernamentales internacionales están exentas de cualquier mandato, y cuentan así con más libertad que un Gobierno para representar intereses globales. A manera de ilustración, es necesario referirnos al asunto Sardinas - Comunidades Europeas, donde la Asociación de Consumidores del Reino Unido emitió un informe que señalaba las preferencias del consumidor que favorecía la posición peruana y el hecho de que la Unión Europea, a través de una medida proteccionista, haya pretendido proteger a la industria pesquera española. Si esta asociación no hubiese estado exenta del mandato de la Unión Europea, esta información que fue muy útil para nuestra defensa no habría sido examinada por el OSD de la OMC, y no se habría presentado un beneficio considerable para un país en desarrollo como el Perú.

Otro aspecto significativo a señalar es la adopción de BIT por parte de los Estados que expresamente permitan la participación *amicus curiae*. Un ejemplo de ello es el artículo 28(3), que provee la autoridad de un tribunal de aceptar y considerar las sumisiones *amicus curiae* por una persona o entidad que no es parte en una disputa. Aunque este método para lograr la participación *amicus curiae* no abarca lo suficiente como una modificación en el Ciadi, tendrá un efecto incremental. Si un Estado incluye habitualmente estas provisiones en sus BIT y tratados de libre comercio (FTA), podrá tener como consecuencia que su participación incrementalmente en el sistema de arbitraje inversionista-estado, tendencia que ya es evidente en este sistema (Bastin, 2012, p. 221).

Por las razones señaladas, se considera que los informes *amicus* deben tener un rol substancial más que nominal en el procedimiento arbitral, y es necesario que el uso de los informes *amicus curiae* se haga efectivo y que los mismos sean tomados en cuenta por el tribunal (Ishikawa, 2010, pp. 401 - 412). De manera análoga, estos informes pueden ser beneficiosos para los países en desarrollo que no cuentan muchas veces con los medios suficientes para establecer defensas sólidas basadas en información técnica y especializada como el que poseen otro tipo de organizaciones civiles. Este beneficio no solo será efectivo para los países en desarrollo que son parte de una controversia, sino también podrán resultar beneficiados países en desarrollo que no son partes del procedimiento arbitral, pero que pueden resultar

90 *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*. p. 32. párr. 70. (Amicus Curiae Submission). (26 de marzo de 2007).

afectados por la decisión del tribunal. Esto puede producirse debido a la relación estrecha que estos países podrían tener con el asunto controvertido que busca una solución en un centro de arbitraje de inversiones (Ishikawa, 2010, p. 403).

Finalmente, tal como ha sido recomendado por estudiosos en esta materia (como el profesor Peter Häberle), para que la información brindada sea eficiente, será necesario trabajar de manera conjunta y coordinada con el país en desarrollo; y preferentemente con las sumisiones de los mismos al tribunal arbitral de forma anterior; a fin de que sus argumentos no sean contradictorios ni generen efectos negativos en contra de la posición del Estado al que están ayudando a sustentar su posición (Häberle, 2012).

4. Conclusiones

En la presente investigación se ha probado la importancia de la participación del *amicus curiae* en los arbitrajes de inversiones a través de la presentación del informe escrito, a fin de afianzar la posición y los argumentos de defensa de los países en desarrollo. A diferencia de otros casos notablemente similares, el reconocimiento por parte del tribunal arbitral de la utilidad y el rol positivo de esta figura se ha visto reflejado, en forma parcial, en el laudo emitido en el caso *Biwater Gauff vs. Tanzania*. A esta posibilidad de participación que los propios tribunales arbitrales han reconocido en los casos estudiados le sigue el reconocimiento por parte de los tribunales de la facultad de aceptar estos informes, al tomar como base intereses importantes como la protección de los derechos humanos y del medioambiente con el fin de lograr el desarrollo sostenible de los pueblos. Si bien es cierto que los países en desarrollo se han mostrado en contra de dicha participación por el peligro que considera que la misma podría acarrear; los tribunales han afirmado el respeto al debido proceso y al derecho de las partes. Otro ejemplo de la importancia de la participación del *amicus curiae* lo encontramos en *Philip Morris vs. Uruguay*, donde el tribunal expresamente citó los informes *amicus curiae* de la OMS y de la OPS. La pericia y experiencia de estas organizaciones ayudó al tribunal en la toma de una decisión informada que benefició a un país en desarrollo que no contaba con los medios suficientes para defender su posición de una manera informada y con la pericia científica necesaria.

La importancia del *amicus curiae* en relación a la nueva información que podrá brindar al procedimiento arbitral ha logrado que peticiones tales como el acceso a documentos del procedimiento hayan sido concedidas por parte del tribunal arbitral en el caso *Piero Foresti vs. La Republica de Sudáfrica*. Esta aceptación ha sido otro paso importante en la evolución de la figura del *amicus curiae* en los arbitrajes del Ciadi, especialmente porque el *amicus curiae* podrá analizar los alegatos de ambas partes y otorgar información especializada omitida o respaldar alegatos que sustenten la toma de medidas gubernamentales que se discutirán en este tipo de arbitraje de inversiones.

Este beneficio expresado en la participación del *amicus curiae* no será otorgado únicamente a los países desarrollados o a los países en desarrollo partes de una controversia internacional, sino que también se extenderá a países en desarrollo que no sean partes del proceso, pero cuyos intereses están relacionados al asunto controvertido revisado por un tribunal arbitral. La importancia de esta figura se basa en la posibilidad de argumentar adecuadamente en la defensa de los últimos. Por eso, el informe *amicus curiae* es un beneficio para ellos.

A partir de los casos analizados, podemos concluir que los intereses tales como la protección al medio ambiente, a los derechos humanos y al desarrollo sostenible de los pueblos que representen los *amicus curiae* no se verán supeditados a determinados mandatos. Dichos

mandatos podrían restringir participaciones de gran utilidad. Esto fortalece una posición a favor de los países en desarrollo, la cual se llevará a cabo a través de una toma de decisión informada por parte del tribunal.

Se ha probado que son cuestionables las alegaciones por parte de los inversionistas respecto a los perjuicios que la participación que esta figura podría ocasionar, tanto a ellos como al procedimiento arbitral. Tales alegaciones han sido desestimadas por los propios tribunales arbitrales, ya que uno de los principales objetivos de la aceptación de estos informes *amicus curiae* es proveer al tribunal de información especializada u omitida por las partes. Esto no generará ningún perjuicio, sino que el tribunal podrá contar con todas las herramientas necesarias para tomar una decisión justa.

A través del análisis de diversos casos por tribunales internacionales, la OMC y los centros de arbitrajes de inversiones, se ha demostrado que tanto la participación del *amicus curiae* en forma independiente o en asociación con los países en desarrollo podrá dar como resultado una decisión informada respecto a hechos y alegaciones especializadas presentadas por los mismos. Se resalta la importancia de la figura del *amicus curiae* al no existir la posibilidad en el arbitraje de inversiones de apelar a esta decisión.

La modificación de las reglas del Ciadi muestra una clara tendencia en la aceptación que esta figura ha tenido en los casos analizados. Evidentemente, esto se produce en el marco de un cumplimiento de estrictos parámetros procedimentales, de forma tal que no se alteren los derechos sustanciales y procesales de las partes. Este cambio va de la mano con la evolución del derecho internacional económico donde estos nuevos roles se van implementando basados en la protección de intereses globales.

A partir de este análisis, considero importante que los tribunales arbitrales de inversión hayan permitido la participación de los *amicus curiae* en primer lugar a través de la sumisión de un informe escrito y, más adelante, a través del acceso a documentos del procedimiento arbitral, en especial por el Ciadi. Se estima necesaria una participación más activa de los *amicus curiae*, principalmente en colaboración con los países en desarrollo a fin de que se hagan las coordinaciones necesarias con estas organizaciones para que los argumentos expuestos tanto en el informe *amicus curiae* como en los que sustente la defensa de los países en desarrollo no resulten contradictorios al momento de remitir sus presentaciones a los tribunales arbitrales. Esto tiene como finalidad última otorgarles un beneficio a estos países.

REFERENCIAS

- Alija Fernández, R.A. (2009). Las ONG y su intervención como *amicus curiae* ante órganos jurisdiccionales e internacionales: el tratamiento de la pena de muerte en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En Abellán, H. & Bonet Pérez, J. *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público*, pp. 103 - 132. Recuperado de http://vlex.com/vid/ong-amici-curiae-rganos-jurisdiccionales-57842136?ix_resultado=15.0&query%5Bpage%5D=2&query%5Bq%5D=amicus+curiae
- Bastin, L. (2012). The Amicus Curiae in Investor-State Arbitration. *Cambridge Journal of International and Comparative Law*. 1 (3). Recuperado de <https://a.next.westlaw.com/Document/I8D2AEA10B92311E2AC26EBBE0F81>
- Bernasconi-Osterwalter, N. y Parra, A. (2011). Transparency and Amicus Curiae in ICSID Arbitration. En Cordonier Segger M.C., Gehring M.W. & Newcombe, A. *Sustainable development in world investment*, pp. 188 - 207. Netherlands: Kluwer Law International.
- Bohoslavsky, J.P. (2012). Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento). Artículo publicado para la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).
- Ciadi - Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (s.f.). Información General sobre Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Recuperado de <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Documents/ICSID%20Fact%20Sheet%20-%20SPANISH.pdf>
- CIEL - Center For International Environmental Law. (2007). Revising the UNCITRAL Arbitration Rules to Address State Arbitrations. Recuperado de http://www.iisd.org/pdf/2007/investment_revising_uncitral_arbitration.pdf
- Comisión Europea. (noviembre 2013). Fact Sheet: Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU agreements. Recuperado de http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf
- Cordonier Segger, M-C., Gehring, M. W. & Newcombe, A. (2011). *Sustainable Development in World Investment*. The Netherlands: Kluwer Law International.
- De Brabandere, E. (2012). NGOs and the "Public Interest". The Legality and Rationale of Amicus Curiae Interventions in International Economic and Investment Disputes. *Chicago Journal of International Law*, 85(2011-2012). Recuperado de www.copyright.com/cc/basicssearch.do?&operation=go&searchtype=0&lastsearch=simple&all=on&titleOrsno+1529-0816

- De la Cruz Iglesias, L. (2001). Las comunicaciones *amicus curiae* en el mecanismo de solución de diferencias de la organización mundial del comercio: el asunto Amianto. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 3. Recuperado de <http://www.reei.org/index.php/revista/num3/notas/comunicaciones-amicus-curiae-mecanismo-solucion-diferencias-organizacion-mundial-comercio-asunto-amianto>
- Dupuy, P. M., Francioni, F. & Petersman, E-U. (2009). *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Nueva York: Oxford University Press.
- Fach Gómez, K. (2012). Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorably for the Public Interest. *Fordham International Law Journal*, 35(2012). Recuperado de <http://ssrn.com/abstract=1999374>
- Häberle, P. (26 de septiembre 2012). No state actor in the dispute settlements system. Intervención en la sesión de la Organización Mundial del Comercio. 35.
- Harrison, J. (2009). Human Rights Arguments in Amicus Curiae Submission: Promoting Social Justice?. En Francioni, F. & Petersmann, E.U. *Human Rights in International Investment law Arbitration*, pp. 396 - 421. Nueva York: Oxford University Press.
- Hinojosa Martínez, L.M. & Roldan Barbero, J. (2010). *Derecho Internacional Económico*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Ishikawa, T. (2010). Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration. *International and Comparative Law Quarterly*, 59, pp. 373 - 412. Recuperado de <http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391>
- Levine, E. (2011). Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation. 29, *Berkeley J. Int'l Law*, 200(2011). Recuperado de <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol29/iss1/6>
- Medina-Casas, H.M. (2009). Las partes en el arbitraje Ciadi. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 15, pp. 215 - 242. Recuperado de http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/08_LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf
- NAFTA - North American Free Trade Agreement. (Oct. 7, 2003) Statement of the Free Trade Commission on Non-Disputing Party Participation, 16 W.T.A.M. 167. (2004). Recuperado de <https://www.state.gov/documents/organization/38791.pdf>
- OMC - Organización Mundial del Comercio. (2012). Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Artículo 1. Recuperado de http://docsonline.wto.org/GEN_searchResult.asp?RN=0&searchtype=browse&q1=%28@meta_Symbol+LTüURüA2üDSüUü1%29+%26+%28@meta_Types+Legal+text%29
- OMC - Organización Mundial del Comercio. (s.f). Módulo de Formación sobre el Sistema de Solución de Diferencias. Capítulo 9. Participación en el procedimiento de Solución de

- Diferencias. Recuperado de http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disp_settlement_cbt_s/c9s3pl_s.htm
- OpinoJuris. (10 de febrero de 2006). Bechtel abandons its ICSID claim against Bolivia [Mensaje en un blog]. Recuperado de <http://lawofnations.blogspot.com/2006/02/bechtel-bands-its-icsid-claim.htm>
- Parra, A.R. (2001). Applicable Substantive Law in ICSID Arbitrations Initiated Under Investment Treaties. *ICSID Rev*, 20, 21.
- Perez-Esteve, M. (2012). WTO rules and practices for transparency and engagement with civil society organizations. World Trade Organization. Economic Research and Statistics Division, Staff Working Paper ERSD-2012-14. (18 de septiembre 2012). Recuperado de http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201214_e.pdf
- Pons Ráfols, X. (2009). Las Organizaciones No Gubernamentales y el Derecho Internacional: planteamiento de tendencias y problemas actuales. La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público. Recuperado de: <http://lex.com/vid/57842131>
- Redfern, A. y Hunter, M. (2004). *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Cuarta edición. Londres: Sweet & Maxwell.
- Rosenthal, J., Kaufman, S., y Hanly, E., Burn, G., Blumrosen, A., Malet-Deraedt, F., Horrigan, B., Kleinknecht, G. y Menz, J. (2015). International Arbitration. 49 *Int'l Law ABA/Section of International Law*. 11 (2015), p. 122. Recuperado de www.copyright.com/copyright/copyright.do?operation=go&searchtype=0
- Schliemann, C. (2013). Requirements for Amicus Curiae Participation in International Investment Arbitration: A Deconstruction of the Procedural Wall Erected in Joint ICSID Cases ARB/10/25 and ARB/10/15. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 12 (2013). Recuperado de <http://www.a.next.westlaw.com/Document/I7d4e-a20d38ee11ddb8f2ead008c6b935>
- Schreuer, C. (2001). *The ICSID Convention: A Commentary; A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. Cambridge University Press.
- Shaffer, G. y Mosoti, V. (2002). The EC-Sardines Case: How North-South NGO-Government Links Benefited Perú. *Bridges*, 6(7). Recuperado de <http://www.ictsd.org/monthly/bridges/BRIDGES6-7.pdf>
- Shelton, D. (1994). The Participation of Non-Governmental Organizations in International Judicial Proceedings. *American Journal of International Law*. 88(4).
- Somarajah, M. (2010). *International Law in Foreign Investment*. Tercera edición. Nueva York: Cambridge.
- Stern, B. (2002). L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et Investisseur. *Revue de l'Arbitrage*, 2.

- Stern, B. (2003). L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC. *Revue Générale de Droit International Public, RGDI*, 107(2).
- String, S.I. (2015). Reasoned Awards in International Commercial Arbitration: Embracing and Exceeding the Common Law-Civil Law Dichotomy. *Michigan Journal of International Law*, 37(1). Recuperado de www.copyright.com/ccc/basicsearch.do?&operation
- TLCAN - Tratado de Libre Comercio de América del Norte. (7 de octubre de 2003). Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la Participación de partes no contendientes. Montreal: Comisión de Libre Comercio del TLCAN. Recuperado de http://www.economia.gob.mx/files/comunidad_negocios/Nondispute_s.pdf
- Triantafilou, E. (11 de mayo de 2009). A More Expansive Role for Amicus Curiae in Investment Arbitration? [Mensaje en un blog]. Recuperado de www.kluwerarbitrationblog.com
- Umbricht, G.C. (2001). An "amicus curiae brief" on the Amicus Curiae Brief at the WTO. *Journal of International Economic Law*, 4(4), pp. 773 - 794. Recuperado de <http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/218086390?accountid=2839>
- Uncitral - Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil. (2014). Reglamento de la Uncitral sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado.
- Uncitral - Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil. (s.f.) Report of Working Group II.
- Vanduzer, J.A. (2007). Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration through Transparency and Amicus Curiae Participation. *McGill Law Journal*, 681. Recuperado de <https://a.next.westlaw.com/Document/I7d4ea20d38ee11ddb8f2ead008c6b935>

JURISPRUDENCIA

- AES Summit Generation Ltd. y AES Tisza Eromu KFT vs. Hungría, Ciadi N° ARB/07/22.
- Aguas del Tunari S.A. vs. República de Bolivia, Ciadi N° ARB/03/02.
- Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, Procedural Order N° Icsid Case N° Arb/05/22: Amicus Curiae Submission. (26 de marzo de 2007).
- Methanex Corporation vs. Estados Unidos: Respuesta Sobre la Petición de Terceras Personas para Intervenir como Amicus Curiae.
- Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio. (7 de junio del 2000). Informe del Órgano de Apelación sobre el caso Estados Unidos - Plomo y bismuto II. Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleado con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido, WT/DS138/AB/R. Adoptado el 7 de junio del 2000.
- Philip Morris Brand Sard, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, Procedural Order N° 4. ICSID Case N° ARB/10/7. (25 de marzo de 2015).
- Piero Foresti y otros vs. la República de Sudáfrica, Ciadi ARB/10/15: Petition for Limited Participation as Non-Disputing Parties. (2009). Recuperado de https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC2391_En&caselD=C90
- Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Aguas Argentinas S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina, Caso Ciadi N° ARB/03/19.
- Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Aguas Argentinas S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina, Caso N° ARB/03/19: Solicitud de transparencia y participación en calidad de Amicus Curiae. (2005). Recuperado de http://ciel.org/Publications/SuezAmicus_27Jan05_Spanish.pdf
- Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Aguas Argentinas S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina, Caso Ciadi N° ARB/03/19: Solicitud de transparencia y participación en calidad de Amicus Curiae. (12 de febrero del 2007). Recuperado de https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC519_Sp&caselD=C19
- Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Aguas Argentinas S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina, Caso Ciadi N° ARB/03/19: Res. en Respuesta a la Petición de Transparencia y Participación en Calidad de *Amicus Curiae*. (2006). Recuperado de https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC512_Sp&caselD=C18
- US - *Lead and Bismuth II*. (2000). Appellate Body Report. World Trade Organization.
- Von Pezold/Borders v. Zimbabwe*, Procedural Order N° 2. Caso Ciadi N° Arb/10/15; Caso Ciadi N° Arb/10/25. (26 de junio 2012).

COMENTARIOS

Víctor Saco Chung

Profesor del Departamento Académico de Derecho, PUCP*

Alejandra Zegarra nos presenta un trabajo basado en la investigación que realizará en su tesis para optar por el título de magíster en Derecho Internacional Económico a través de la maestría del mismo nombre que se imparte en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El trabajo analiza la posibilidad de que personas y organizaciones distintas a las partes de un arbitraje, en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), puedan presentar ante el tribunal a cargo de resolver el caso documentos en los que acerquen desde su postura respecto a la solución del caso hasta pruebas, entre otros elementos.

La materia es relevante debido a dos aspectos. En primer lugar, porque en derecho internacional solo es obligatorio aquello sobre lo cual existe una norma que justamente recoge la mencionada obligatoriedad. En segundo lugar, y como ejemplo de lo primero, el arbitraje es un mecanismo reglado por las partes. Ellas son quienes deciden qué les será obligatorio en el procedimiento y qué no, lo cual tiene como efecto que si los árbitros se alejan de lo que las partes acordaron, el laudo podría ser considerado nulo¹. De esta forma, si ya en el derecho internacional no se podría imponer algo que no es obligatorio, en el arbitraje ello se reforzaría con la nulidad del laudo.

Alejandra Zegarra es partidaria no solo de la posibilidad de que los tribunales del Ciadi puedan aceptar las mencionadas comunicaciones, sino también de que los documentos antes referidos resultan relevantes para los países en desarrollo «que no cuenten con los recursos económicos y humanos suficientes para sustentar su defensa»², en especial porque un arbitraje ante el Ciadi resulta muy costoso.

Primero, respecto a la posibilidad de que un tribunal Ciadi acepte documentos de personas o instituciones que no son parte en el arbitraje, el artículo se basa en un argumento en el cual se aplica una analogía que consiste en indicar que la figura del *amicus curiae* ha sido aceptada por otros tribunales internacionales. Se presenta el caso de estas formas de participación de no-partes del proceso ante el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y se recuerda el caso Estados Unidos - Camarones y Comunidades Europeas, entre otros. Es importante mencionar que estos casos se dieron en el mecanismo contencioso del OSD (grupos especiales «en primera instancia» y Órgano de

* <http://www.pucp.edu.pe/profesor/victor-saco-chung/>

1 Por ejemplo, el artículo 52 del Convenio de Washington enlista entre las causas de anulación: la extralimitación de sus facultades por parte del Tribunal (literal b), o el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento (d). El Convenio de Washington o Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados es el que crea el Ciadi. Puede revisarse en: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf (recuperado el 6 de octubre de 2016).

2 Véase la sumilla del artículo.

Apelación en segunda); no ante un tribunal arbitral, supuesto también permitido ante el OSD.

En principio, ante el OSD no existe una disposición escrita al respecto. En el proceso contencioso dependerá de los grupos especiales o del Órgano de Apelación decidir si aceptarlo o no, al interpretar el artículo 13 del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD). Esta postura de recibir las comunicaciones ha sido criticada durante la primera etapa de su uso, pero los colegiados que la usaron interpretaron que era una forma de recabar información que no necesariamente influiría su posición al respecto. Cabe destacar, como lo hace el documento en la página 7, el procedimiento creado al respecto por el Órgano de Apelación en el caso Comunidades Europeas - Amianto.

En el caso de los tribunales arbitrales no-Ciadi, también se presentan algunos ejemplos en los cuales los tribunales decidieron, frente a la falta de regulación del asunto, aceptar informes de terceros no-partes. Se indica como ejemplo el caso Methanex, en el que el tribunal arguyó la falta de prohibición y que la recepción de documentos no implicaba convertir a quienes los emitían en parte del proceso³.

Esta postura no ha sido seguida en algunos tribunales Ciadi, como también se cita en el trabajo⁴. En el caso Aguas del Tunari (Bechtel), el tribunal consideró que recibir documentos de terceros «iba más allá de las facultades del tribunal».

Lo que sí es común a los arbitrajes no-Ciadi, basados tanto en la reglas de Uncitral como aquellas del Ciadi, es que las reglas Ciadi y Uncitral han sido modificadas con miras a lograr una mayor transparencia en los procesos y permitir, en algunos casos de manera expresa, las comunicaciones de terceros, como la regla 37(2), en vigencia desde el año 2006.

Estas modificaciones siguen teniendo excepciones planteadas por las partes, como cuando es necesario proteger la confidencialidad y no podrán ser realizadas sin que ambas partes sean consultadas. Esto último, «ser consultadas», ha sido interpretado por la doctrina (y la autora sigue esta misma línea) de manera que los documentos pueden aceptarse incluso «en contra de la voluntad de las partes»⁵.

Al llegar a este punto, se vuelve importante conocer cuál ha sido la incidencia de la aplicación de esta regla tanto de manera cualitativa como cuantitativa. En la tercera parte de este trabajo se hace referencia al impacto cualitativo, y se presentan diversos casos en los que la participación de terceros no-parte aportó en la discusión. Se hace referencia a aquellos donde hayan participado países en desarrollo (y donde se haya alegado la vulneración del estándar de expropiación). Entre estos casos destaca el de Biwater⁶.

El segundo punto antes enumerado, la importancia de estos documentos para los países en desarrollo, no es abordado de manera directa. Se pueden apreciar algunos beneficios, como en el caso *Foresti*, en el que se pudo acceder a nueva información mediante las comunicaciones de terceros⁷. Sin embargo, no se profundiza al respecto y se toma en cuenta, primero, que los *amicus curiae* estarían destinados a beneficiar al arbitraje como mecanismo de solución de diferencias y, a partir de ese beneficio, se pueden favorecer ambas partes y el sistema en general, pues un beneficio directo para una de las partes en el proceso podría desbalancear los pesos en el arbitraje. Si bien se puede alegar que los Estados (países en desarrollo) se encuentran

3 Véase la sección 1.3.1.

4 Véase la sección 2.

5 Véase la sección 2.E.

6 Véase las secciones 3.2., 3.2.1. - 3.2.4.

7 Véase la sección 3.6.

en desventaja frente a los inversionistas (grandes multinacionales), y que la participación de terceros podría equilibrar la balanza, ello podría ser contraproducente si las partes dejan de encontrar en el arbitraje una forma imparcial de solución de diferencias.

Para concluir, el trabajo es claramente interesante y realiza un aporte relevante para impulsar mayores investigaciones sobre esta temática en el futuro.

RESPUESTA DE LA AUTORA

Los comentarios a un artículo de investigación son de suma importancia para los lectores, el autor y la investigación. En esta ocasión, tengo el agrado de responder a los del profesor Víctor Saco.

El profesor Saco realiza un análisis interesante sobre mi investigación, la cual está basada en la tesis que realicé para optar al título de Magíster en Derecho Internacional Económico, por la maestría del mismo nombre que se imparte en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Tal como menciona Víctor Saco, mi trabajo analiza la importancia de la participación de la figura *amicus curiae* en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante Ciadi), a través de la presentación de un informe escrito con el fin de afianzar la posición y los argumentos de defensa de los países en desarrollo.

El profesor Víctor Saco expresa su preocupación sobre la participación del *amicus curiae* en los tribunales arbitrales del Ciadi, ya que considera que tal intervención podría generar la posibilidad de que una de las partes solicite la anulación del laudo arbitral. Este argumento está basado en el artículo 52 del Convenio de Washington, en el cual se enlista entre las causas de anulación las siguientes posibilidades: la extralimitación de sus facultades por parte del tribunal o el quebrantamiento grave de una norma de procedimiento.

A fin de dar respuesta a esta observación, debemos indicar que, cuando el Ciadi fue creado, hubo una preocupación explícita referida al concepto de justicia, y se indicó que era de suma importancia que los aspectos naturales de justicia no fueran violados en el laudo arbitral. Aun más, como política y enfoque normativo, el tomar una decisión justa para los inversionistas y la población de los Estados miembros del Ciadi es seguramente tan importante como cumplir los objetivos del convenio. Como se ha analizado durante el estudio de varios casos, el principal argumento por parte de los solicitantes ha estado basado en el interés público de la controversia y las posibles consecuencias de una decisión injusta que pueda violar los derechos humanos de la población de un país miembro del convenio.

Cuando nos referimos a la extralimitación de las facultades del tribunal como una causal de anulación, cabe señalar que para determinar que un tribunal ha excedido manifiestamente sus facultades, se requiere determinar cuáles son estas facultades y si han sido excedidas o simplemente ha habido una aplicación errónea de las mismas.

En el Convenio del Ciadi, en la Regla 37(2), se ha señalado que el tribunal cuenta con facultades para aceptar los informes *amicus curiae*. Como se ha analizado anteriormente, el tribunal primero consultará con las partes luego de analizar sus argumentos. El tribunal contará con la facultad de aceptar a su discreción la intervención del *amicus curiae* a través de un informe escrito.

Cuando la nulidad está referida al quebrantamiento grave de una norma de procedimiento, es importante indicar si este error causará daño a una de las partes. Como varios tribunales arbitrales y solicitantes han señalado a lo largo del análisis de esta investigación, el beneficio de la toma de una decisión informada y justa es relevante tanto para el procedimiento arbitral como para las partes.

Cabe señalar que, cuando fue creado el Convenio del Ciadi, su propósito era promover la inversión extranjera privada en países en desarrollo, propósito que aún prevalece. Sin embargo, la política mundial y las condiciones macroeconómicas de la actualidad no son las mismas que las de 1965, año de creación del Convenio del Ciadi. En la actualidad ha habido cambios impresionantes en el poder económico de las potencias económicas del mundo y en varios países en desarrollo. En este contexto geoeconómico, podría ser apropiado reconsiderar el Convenio del Ciadi desde la óptica de la justicia, más que de solo ser un fomento a la inversión extranjera.

Tal como menciona Víctor Saco en su comentario, mi investigación señala más de un beneficio de la participación del *amicus curiae* a través de la sumisión de un informe escrito ante los tribunales del Ciadi.

A fin de realizar un análisis comparado de la participación de los *amicus curiae* en diferentes tribunales internacionales, tribunales arbitrales y el Mecanismo de Solución de Diferencias (OSD) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), he analizado el rol de esta figura y los diferentes casos y asuntos en los que su participación ha sido beneficiosa, para finalmente estudiar el rol de los *amicus curiae* en los procedimientos arbitrales del Ciadi referidos a las expropiaciones en los países en desarrollo.

Víctor Saco, efectivamente, indica que mi investigación es partidaria no solo de la posibilidad de que los tribunales del Ciadi puedan aceptar los informes *amicus curiae* a fin de beneficiar a la toma de una decisión informada, sino también he señalado que la información nueva y relevante que puedan contener estos informes podría resultar beneficiosa para los países en desarrollo que no cuenten con los recursos económicos y humanos suficientes para sustentar su defensa, en especial si se tiene en cuenta la onerosidad que conlleva la participación en un procedimiento arbitral ante los tribunales del Ciadi.

Víctor Saco hace una mención relevante referida al Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OSD), y recuerda que el Caso Estados Unidos-Camarones y Comunidades Europeas, entre otros, se dieron en el mecanismo contencioso del OSD (Grupos Especiales «en primera instancia» y Órgano de Apelación, en segunda), no ante un tribunal arbitral, supuesto también permitido ante el OSD.

Respecto a las comunicaciones, es correcto que, en principio, ante el OSD, no existe una disposición escrita al respecto. En contraste al hecho de que en el proceso contencioso dependerá de los grupos especiales o del Órgano de Apelación decidir si aceptarán una comunicación escrita *amicus curiae* al basarse en la interpretación del artículo 13 del Entendimiento de Solución de Diferencias, tal postura, como se señaló durante la investigación, fue criticada por los miembros de la OMC cuando se realizó tal interpretación del artículo 13 por primera vez. Los colegiados indicaron que los informes *amicus curiae* recibidos no serían necesariamente tomados en cuenta. Este punto fue indicado igualmente en el procedimiento creado al respecto por el Órgano de Apelación en el caso Comunidades Europeas - Amianto. El órgano de apelaciones ha mostrado cautela en cuanto a su consideración.

Víctor Saco, efectivamente, numera varios casos de tribunales distintos al Ciadi, donde ellos decidieron, frente a la falta de regulación, aceptar informes *amicus curiae* de terceros no-partes. Se indica como ejemplo el caso Methanex, en el que el tribunal consideró que tenía la facultad de aceptar el informe *amicus curiae* ya que ni en las normas de Uncitral ni en las normas de Nafta existía una prohibición expresa que negara esta facultad al tribunal. Y, a fin de mantener intacta la naturaleza del arbitraje y el derecho de las partes, el tribunal aclaró que el

recibir el informe *amicus curiae* no adheriría nuevas partes en el procedimiento pues las mismas no adquirirían ningún derecho.

Esta postura no fue seguida por algunos tribunales Ciadi, como en el caso Aguas del Tunari (Bechtel), donde el tribunal consideró que recibir documentos de terceros «iba más allá de las facultades del tribunal». Esta decisión fue criticada, ya que contrastó con casos que tenían un vacío normativo similar; pero en estos casos el tribunal sí aceptó que tenía esta facultad.

Cabe indicar nuevamente que las reglas Ciadi y Uncitral han sido modificadas con miras a lograr una mayor transparencia en los procedimientos arbitrales y permitir, en algunos casos, de manera expresa, las comunicaciones de terceros, como la Regla 37 (2), en vigencia desde el 2006, además del Reglamento de Uncitral sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, adoptado en 2013.

Víctor Saco describe claramente que, si bien es cierto que estas modificaciones han impulsado la transparencia en el Ciadi, los asuntos que tengan contenido de interés público deberán ser analizados y llevados con más cuidado. El tribunal deberá procurar que la información recolectada sea más especializada y técnica. Sin embargo, el tribunal tiene la facultad de aceptar los informes *amicus curiae* incluso en contra de la voluntad de las partes.

Estas modificaciones siguen teniendo excepciones referidas a las solicitudes de acceso a los documentos del procedimiento, y a la presencia de los *amicus curiae* en las audiencias. Su participación dependerá de la autorización de las partes.

En promedio, han sido seis casos relevantes donde se ha analizado el rol de esta figura, la incidencia de la misma y la posible participación dentro de los procedimientos arbitrales de casos en los tribunales del Ciadi, los cuales han sido discutidos extensivamente en este artículo.

Tal como menciona Víctor Saco en la última parte de su comentario, los beneficios de la participación de los *amicus curiae* no se dan en forma directa. Primero, porque los tribunales arbitrales no pueden aceptar una solicitud que exprese libremente una posición a favor de una de las partes de procedimiento porque esto iría en contra de las normas y reglamentos del Ciadi.

Esta investigación ha analizado varios casos en diferentes tribunales internacionales, tribunales arbitrales y el OSD, a fin de encontrar factores comunes en la amplia esfera del derecho internacional económico. Este análisis me ha ayudado a determinar aspectos similares en un número de controversias internacionales que tengan como una parte de la controversia a un país en desarrollo y, como otra parte, a una potencia económica, a una multinacional o a un bloque de integración económica.

El factor común que me llevó a realizar esta investigación es el hecho de que uno de los actores haya sido un país en desarrollo, que posiblemente tenga una situación económica, política, o institucional fracturada o en construcción.

El segundo factor común está relacionado al interés público que conllevan estas controversias y las consecuencias de una toma de decisiones sin la información suficiente, donde la estabilidad económica de una nación pone en juego más que el índice de crecimiento económico de la misma. Se arriesga la protección de derechos humanos fundamentales como la salud, la vida, el derecho al agua, etc.

El derecho internacional a las inversiones ha tenido características muy marcadas durante varios años, las cuales no han sido siempre compatibles con la protección a los derechos humanos, el medio ambiente, etc. Sin embargo, la evolución del mismo ha generado corrientes, doctrinas que han originado un cambio, modificaciones en sus reglamentos que buscan transparencia y equilibrio. Es en este punto que diferentes organizaciones han tenido

la oportunidad de presentar argumentos válidos, eficaces e informados para que la decisión de los tribunales tome en cuenta información relevante que no haya sido presentada por las partes, que podrían beneficiar a países en desarrollo. En los casos analizados, podemos observar en el razonamiento de los tribunales la apertura de forma muy moderada, la aceptación de estos informes, el reconocimiento de su posible utilidad, y finalmente la mención de los mismos en sus decisiones.

El caso *Philip Morris Brand Sard, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay* es un claro ejemplo de la importancia de la participación de los *amicus curiae* en procedimientos arbitrales de inversión en los que intereses tan importantes como la salud pública están en juego. El rol de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS) ha sido un claro ejemplo de la importancia de su participación para un país en desarrollo, el cual se vio beneficiado por la experiencia y pericia de estas organizaciones.

Si bien es cierto que, tal como lo menciona Víctor Saco, resulta difícil hacer una generalización de las actuaciones *amicus curiae* en los procedimientos arbitrales de inversión, ya que, como hemos analizado en la presente investigación, también encontramos participaciones como la de la Comisión Europea a título de *amicus curiae*. Por esta razón, se puede señalar que esta figura seguirá evolucionando de la misma forma que seguirá evolucionando el arbitraje internacional de las inversiones.

La presente investigación ha analizado la importancia de la participación *amicus curiae* para el beneficio de los países en desarrollo en las decisiones de los tribunales arbitrales del Ciadi, las cuales están evolucionando y, en los últimos casos mencionados, están generando un rol activo que podría traer beneficios a estos países⁸.

Washington DC, 23 de octubre de 2016

8 Véase Cheng, T.H. (2013). The Role of Justice in Annulling Investor State Arbitration Awards. *Berkeley Journal of International Law*, 31 (1), p. 254. Recuperado de <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1438&context=bjil>