

REVISTA DE DERECHO ECONOMICO

**TRANSPARENCIA Y
DERECHOS EN ARBITRAJES
INTERNACIONALES
SOBRE INVERSIÓN
EXTRANJERA**

RODRIGO POLANCO LAZO

TRANSPARENCIA Y DERECHOS DE TERCEROS EN ARBITRAJES INTERNACIONALES SOBRE INVERSIÓN EXTRANJERA

RODRIGO POLANCO LAZO¹

I. INTRODUCCIÓN:

Disputas entre el Estado y los particulares pueden presentarse en las más diferentes áreas de la actividad humana. Es por esta razón, que los sistemas jurídicos consideran mecanismos de solución de controversias ante este tipo de conflictos que usualmente abarcan distintas áreas del Derecho – ya sea civil, procesal, administrativo o constitucional – y adoptan diversas formas, incluyendo acciones indemnizatorias, cargas y derechos procesales, medidas de acceso a la información y recursos constitucionales.

Si bien estos instrumentos para la resolución de disputas presentan características especiales según las diferentes tradiciones nacionales, no cabe duda que nociones como el debido proceso, la igualdad procesal y la transparencia del procedimiento, están íntimamente conectadas con dichos mecanismos. Sobre este punto es importante destacar que estos principios o garantías no se encuentran sólo relacionados con los individuos directamente vinculados en la disputa con el Estado, sino también respecto de terceras partes que podrían verse afectadas por su resultado, o por el público en general, considerando la relevancia de la materia en discusión.

Sin embargo, el actual desarrollo de mecanismos de solución de controversias, que permiten a particulares referir sus disputas con los Estados a foros internacionales en áreas tan diversas como los Derechos Humanos, el Medio Ambiente y la Inversión Extranjera, ha generado un nuevo paradigma donde aparecen importantes diferencias con el esquema general antes señalado.

¹ Abogado y Magíster en Derecho Económico, Universidad de Chile. LLM International Legal Studies, New York University. Profesor Derecho Internacional Económico, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

En efecto, si ocupamos como caso de estudio la situación de los mecanismos internacionales de solución de controversias en materia de inversión extranjera, podemos observar que se ha consolidado en las últimas décadas un sistema de resolución de disputas que privilegia el arbitraje internacional por sobre la utilización de los tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión.

La resolución de estas controversias es de especial relevancia en los mercados regulados, donde tradicionalmente participan pocos actores, de manera que un fallo tiende a generar un impacto que excede meramente al de las partes formales en litigio. Es por ello que se ha resaltado la crucial importancia de dicho sistema, dado que a diferencia de cualquier otra forma de arbitraje internacional, se constituye en un verdadero método de adjudicación de Derecho Público, al ser usado para resolver disputas regulatorias entre el individuo y el Estado, en oposición a los conflictos recíprocos entre particulares y entre Estados.²

Al revisar los tratados internacionales en donde estos procedimientos se establecen, es posible identificar varias diferencias con los sistemas nacionales de solución de controversias, especialmente derivadas de la capacidad del inversionista extranjero de poder elegir el tribunal por el cual será resuelta la disputa. Esta selección puede afectar tanto el acceso de la ciudadanía al procedimiento, como de los eventuales terceros relacionados con la controversia, motivando cuestionamientos acerca de la igualdad y la transparencia respecto de los derechos de otros inversionistas y de la sociedad en su conjunto, cuando se enfrentan intereses públicos y privados.

La pregunta principal que aquí se plantea es determinar cuáles son los derechos y garantías procesales existentes para terceros en procedimientos arbitrales entre inversionistas extranjeros y Estados receptores de la inversión. ¿Son esos derechos reconocidos a los terceros en acuerdos internacionales de protección de inversiones? ¿Existen a su respecto garantías equivalentes a las existentes en la respectiva jurisdicción nacional? Si ello no ocurre ¿Qué soluciones pueden plantearse?

Nuestra hipótesis es que en la gran mayoría de los conflictos sobre inversión extranjera sometidos a mecanismos internacionales de solución

2 Gus van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford Monographs in International Law, 4 (2007).

de controversias, los individuos que no son parte directa en el litigio no tienen los mismos derechos y garantías procesales que cuando ellas se someten al conocimiento de tribunales nacionales. Esto es efectivo en dos niveles diferentes: desde el punto de vista de la transparencia del procedimiento, y respecto de las terceras partes afectadas por su resultado.

Con este objeto, vamos a exponer someramente los aspectos generales del arbitraje internacional sobre inversión extranjera, para luego revisar las sustanciales diferencias derivadas de la elección de un foro arbitral para la solución de controversias en esta materia, las que se reflejan en la transparencia del procedimiento (incluyendo el conocimiento de la existencia de la disputa, el estado de su tramitación y su resultado final) y el reconocimiento de los derechos de terceros afectados (directamente o en nombre del interés público) respecto a su eventual legitimación procesal o capacidad para presentar argumentos a considerar en la disputa en cuestión. Finalmente, analizaremos las posibles alternativas que podrían plantearse para solucionar los problemas descritos, exponiendo la posibilidad de utilizar tanto el derecho interno de los Estados receptores de inversión, como el Derecho Internacional.

2. SURGIMIENTO Y AUGE DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL SOBRE INVERSIÓN EXTRANJERA

El actual desarrollo del arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias surgió de la necesidad de complementar reglas consuetudinarias en materia de resolución de conflictos, en un tiempo en que los países menos desarrollados y aquellos recientemente independizados del proceso colonizador, requirieron de capital extranjero para reconstruir o desarrollar sus economías. Luego de la Segunda Guerra Mundial, varios países en vías de desarrollo habían llegado a depender de capital privado extranjero, como asimismo de la tecnología y técnicas de administración de países exportadores de capital. Sin embargo, ante la ausencia de protecciones confiables para los inversionistas, muchos de ellos fueron frecuentemente incapaces de atraer inversión extranjera y transacciones verdaderamente generadoras de riqueza,³

3 Ibrahim Shihata, Promotion of Foreign Direct Investment – A general account with particular reference to the Role of the World Bank Group, 6 ICSID Review Foreign Investment Law Journal 486, 488 (1991).

Conforme al Derecho Internacional Consuetudinario, el extranjero fue tradicionalmente reconocido con derechos limitados y, por lo tanto, los Estados frecuentemente requerían proteger a aquellos de sus nacionales que se involucraban en proyectos o negocios en el exterior. Aunque hoy en día el moderno Derecho Internacional reconoce y protege derechos mínimos de los extranjeros, el deseo de establecer reglas especiales aplicables al tratamiento del inversionista extranjero ha permanecido.⁴

Con la intención de mejorar la protección de los inversionistas extranjeros y promover esta actividad dentro de sus países, algunos Estados comenzaron con la práctica de firmar tratados bilaterales de inversión (TBIs, más conocidos por su sigla en inglés: BITs),⁵ los cuales pueden ser definidos como un acuerdo internacional legalmente vinculante entre dos Estados, donde cada uno promete, sobre una base de reciprocidad, observar los estándares de tratamiento definidos en el tratado, en sus negocios con los inversionistas del otro Estado contratante.⁶

Como elementos básicos, los BITs generalmente contienen definiciones acerca de qué se entiende por inversión extranjera y quién es considerado inversionista extranjero, disposiciones sobre admisión de inversiones y trato nacional, tratamiento justo y equitativo, reconocimiento de la Cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF), garantías e indemnizaciones en caso de expropiación, compensación por guerras o disturbios civiles, derecho a la libre transferencia de fondos y repatriación de capital e ingresos, la subrogación en caso de existir seguros de inversiones y finalmente, mecanismos de solución de controversias, tanto entre los Estados parte del acuerdo, como de inversionista extranjero a Estado receptor.

Además, algunos tratados incluyen normas referidas a la transparencia de la legislación nacional, ingreso y estadía de personal extranjero, requisitos de desempeño, excepciones generales y disposiciones especiales que extienden el trato nacional y la cláusula de la nación más favorecida a aspectos como el ingreso y establecimiento de inversiones. Dentro de

4 Rudolf Dolzer & Margrete Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, 10 (1995).

5 En Chile se utiliza normalmente el término Acuerdo de Promoción y Protección de Inversión (APPIs). En España y Argentina, es más frecuente el uso del término Acuerdo Bilateral de Inversiones (ABIs). A su vez, en México, se emplea la denominación Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRIS).

6 Peter Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, 617 (1995).

esta amplitud de temas, el contenido exacto de los BITs varía considerablemente, incluso entre acuerdos firmados por un mismo país, reflejando diferentes aproximaciones en la materia como, asimismo, distintas posiciones de negociación.⁷

Si bien antiguamente existieron acuerdos que conferían derechos similares, como ocurrió con los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación (ACN o FCN, en su sigla en inglés) firmados mayoritariamente durante el período inmediatamente posterior a la independencia de los países americanos⁸ y en la posguerra de la Segunda Guerra Mundial, estos tratados no conferían ningún derecho a los inversionistas que pudieran hacer valer directamente en contra del Estado receptor. En cambio, las disputas que existieran debían ser resueltas entre los Estados partes del acuerdo bajo reglas establecidas de Derecho Internacional.⁹ Este fue uno de los mayores cambios introducidos por los BITs actualmente en vigor.

Hoy en día, los BITs constituyen el instrumento más importante para la protección internacional de la inversión extranjera. Desde la adopción del primero, suscrito entre la República de Alemania y Pakistán el 25 de noviembre de 1959, el número de esos tratados ha crecido constantemente, alcanzando un total de 1.857 a finales de 1999. Su incremento más dramático tuvo lugar durante los años noventa, cuando su número se quintuplicó.¹⁰ En la actualidad existen alrededor de 1.900 BITs suscritos.¹¹

Aunque inicialmente los Tratados Bilaterales de Inversión fueron firmados entre países desarrollados y países en vías de desarrollo – usualmente a iniciativa de los primeros – con la creciente integración de la economía global

7 United Nations Conference on Trade and Development [en adelante UNCTAD], *Bilateral Investment Treaties: 1959-1999*, 20 (2000).

8 Los Tratados de Amistad, Comercio y Navegación entre Chile y Bolivia (1833), entre Chile y Perú (1835) y entre Chile y Argentina (1855) están disponibles en: http://www.historia.uchile.cl/CDA/fh_issue2/0,1392,ISID%253D563%2526JNID%253D12,00.html (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

9 David A.R. Williams, *Challenging Investment Treaty Arbitration Awards – Issues Concerning the Forum Arising from the Metalclad Case*, en *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions* 444, 445 (Albert Jan Van der Berg ed., 2003).

10 UNCTAD, *supra* 7, 1.

11 UNCTAD mantiene un sitio web con prácticamente todos los BITs existentes a la fecha, ordenados por país en: http://www.unctadxi.org/templates/Startpage____718.aspx (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

y la liberalización del comercio, este patrón fue cambiando desde finales de los años ochenta y especialmente en la década de los noventa, de manera que economías en transición y países en vías de desarrollo comenzaron a firmar BITs entre sí en gran número.¹² Esto ha significado incluso la suscripción de verdaderos acuerdos de inversión dentro de Tratados de Libre Comercio (TLCs o más conocidos por su sigla en inglés FTAs), también denominados "Capítulos de Inversiones". Más aún, el Capítulo de Inversiones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA por su sigla en inglés)¹³ se basó en muchos aspectos, en modelos de BITs.¹⁴ De hecho, este tratado colocó a este régimen de solución de controversias en un nuevo contexto, siendo el primer tratado multilateral que contiene aspectos sustantivos en materia de inversiones (al ser suscrito entre México, Estados Unidos de América y Canadá) y también el primer tratado de inversiones acordado entre dos países desarrollados (Canadá y Estados Unidos de América).¹⁵ Después del NAFTA otros tratados multilaterales siguieron la misma senda, como el suscrito por el "Grupo de los Tres"¹⁶ y el Protocolo de Colonia¹⁷ dentro del MERCOSUR.¹⁸

El desarrollo de los tratados bilaterales de inversión – desde el punto de vista de sus mecanismos de solución de controversias – debe enmarcarse en una tendencia surgida en los años sesenta, que reconoció a los inversionistas extranjeros el derecho a accionar jurídicamente de manera

12 Véase UNCTAD, *International Investment Instruments: A Compendium*, Vol. 1-12 (1996-2003).

13 North American Free Trade Agreement, Dec. 17, 1992, 32 I.L.M. 289 (1993) [en adelante NAFTA], Chapt. 11.

14 Andreas Lowenfeld, *International Economic Law*, 473 (2002)

15 American Society of International Law, *International Law in Ferment: Recent Developments in Private International Law*, 94 *American Society of International Law Proceedings* 11, 14 (2000) (remarks by Charles H. Brower II).

16 Tratado de Libre Comercio entre México, Colombia y Venezuela, 5 de abril de 1994, actualmente sólo ente México y Colombia luego de haber sido denunciado por Venezuela (Mayo 22, 2006), disponible en: <http://www.sice.oas.org/Trade/go3/G3INDICE.ASP> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

17 Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 17 de enero de 1994, disponible en: http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSR/colonia/pcolonia_s.asp. (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

18 Tratado de Asunción estableciendo un Mercado Común entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, 26 de marzo de 1991, 30 I.L.M. 1041 [en adelante MERCOSUR].

directa contra el Estado Receptor. Su desarrollo más significativo se produjo con la Convención sobre el Arreglo de disputas sobre Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierta para su firma en Washington, el 18 de marzo de 1965.¹⁹ Este tratado multilateral permitió a los inversionistas extranjeros referir directamente las disputas que tuvieran con los Estados receptores de la inversión, que fueran parte de ese Convenio, a los procedimientos de arbitraje o conciliación del Centro Internacional para el Arreglo de Disputas sobre Inversiones (CIADI, o más conocido como ICSID por su sigla en inglés) creado por la misma Convención, si ambas partes consentían por escrito para tal efecto.²⁰

Si bien inicialmente este asentimiento fue concedido escasamente y principalmente a nivel contractual, entre ambas partes de una posible disputa (inversionista – Estado receptor), consentimientos anticipados a la jurisdicción del ICSID o a arbitrajes ad hoc bajo las reglas elaboradas por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por su sigla en inglés)²¹ se volvieron muy comunes en los tratados de inversión y el número de BITs conteniendo tales disposiciones aumentó dramáticamente en las décadas de los ochentas y noventas.²²

Las razones para reconocer legitimación activa a los individuos en controversias sobre inversión extranjera son diversas, entre otras las siguientes: el derecho del inversionista a tener un tribunal imparcial (desconfianza del sistema judicial del Estado receptor o de la influencia del Gobierno en los fallos de los tribunales nacionales); el interés público en la promoción y protección de la inversión foránea (al Estado receptor no le interesa aparecer como hostil ante los inversionistas extranjeros); y finalmente, como un medio para mantener un equilibrio entre el inversionista y el Estado receptor (en la medida en que sus medios de defensa o de accionar en juicio sean desiguales). Si bien no todas estas razones son aplica-

19 Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, 18 de marzo de 1965, 575 U.N.T.S. 159, 17 U.S.T. 1270 [en adelante Convención de Washington o Convención ICSID].

20 Véase Convención ICSID, Art. 26, 28 y 36.

21 G.A. Res. 98, U.N. GAOR, 21st Sess. Supp. No. 17, U.N. Doc. A/RES/31/98 (1976) [en adelante Reglas Arbitraje UNCITRAL]

22 Williams, *supra* 9, 447

bles para todos los conflictos que se suscitan, al menos permiten que los países tengan la posibilidad de hacer más creíbles las "promesas" que se hacen a potenciales inversionistas extranjeros. Como resultado, el país es más "atractivo" y probablemente aumentará sus posibilidades de recibir mayores volúmenes de inversión extranjera de los que tendría sin este tipo de garantías para los inversores.

Sin embargo, la aceptación de los BITs y FTAs con Capítulos de Inversión no ha sido siempre pacífica. Diversas diferencias surgieron en los años 60's y 70's entre países desarrollados y en vías de desarrollo con respecto a nacionalizaciones o expropiaciones y el justo estándar de compensaciones que era aplicable. Las posiciones sobre este punto pueden ser simplificadas en dos grandes líneas: el apoyo a la llamada "Fórmula Hull" (indemnización pronta, adecuada y efectiva)²³ o su rechazo invocando motivos de soberanía nacional.²⁴

La experiencia nos ha demostrado que no existe un consenso internacional en esta materia y que en los últimos años se han acrecentado las críticas al sistema. La negociación de un Acuerdo Multilateral sobre Inversión Extranjera (AMI o MAI en su sigla en inglés) terminó siendo un completo fracaso – entre otras razones – porque su principal proponente, la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE u OECD en inglés)²⁵ no requirió ni anticipada ni adecuadamente, la participación de países en vías desarrollo y de organizaciones de la sociedad civil en la redacción de su texto,²⁶ lo que provocó su rechazo aún cuando éste no era sustancialmente diferente a los BITs y FTAs suscritos a esa fecha.

Más recientemente y en un hecho inédito, el 2 de mayo de 2007, Bolivia denunció la Convención de Washington, la que de conformidad a lo

23 Lowenfeld, *supra* 14, 397.

24 Para una explicación acerca del auge y caída de la "Fórmula Hull" y la creciente popularidad de los BITs véase Andrew T. Guzman, *Why LDCs sign treaties that hurt them: Explaining the popularity of Bilateral Investment Treaties*, 38 *Vanderbilt Journal of International Law* 639 (1998).

25 *Convention on the Organization for Economic Cooperation and Development*, Dec. 14, 1960, 12 U.S.T. 1728, T.I.A.S. No. 4891. [en adelante OECD]

26 James Salzman, *Decentralized Administrative Law in the Organization for Economic Cooperation and Development*, 68 *Law & Contemp. Probs.* 189, 195 (Summer/Autumn 2005).

dispuesto en el artículo 71 de dicho tratado, surtió efecto seis meses después, es decir, a contar del 3 de noviembre de ese mismo año.²⁷

Posteriormente, el 4 de diciembre de 2007 el Secretario General del ICSID recibió una notificación de la República de Ecuador, invocando el artículo 25(4) de la Convención, para excluir la posibilidad de someter a la jurisdicción del Centro, las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros.²⁸

3. IMPORTANCIA DE LA ELECCIÓN DE FORO LOCAL O INTERNACIONAL

La mayoría de los BITs contienen disposiciones que permiten que las disputas no resueltas amigablemente puedan ser, a opción del inversionista, sometidas ya sea a los tribunales nacionales del Estado receptor o a arbitraje internacional. En algunos tratados, tal disposición es suplida por otra, conforme a la cual una vez efectuada la elección de foro por el inversionista, esta pasa a ser definitiva.²⁹ Es lo que ocurre por regla general en los BITs y FTAs con Capítulos de Inversiones suscritos por Chile.

Hoy en día, un gran número de BITs y FTAs con Capítulo de Inversiones contienen una oferta para someter la controversia a arbitraje internacional conocida como "consentimiento inequívoco, automático y anticipado", el cual se caracteriza por ser de naturaleza pública y unilateral, vinculante para la parte que lo da y solamente revocable por medio de un instrumento del mismo rango.³⁰

27 ICSID News Release, May 16, 2007, Bolivia Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/ViewNewsReleases.jsp> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

28 ICSID News Release, December 5, 2007, Ecuador's Notification under Article 25(4) of the ICSID Convention, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp#> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

29 Pierre Lalive, Some Objections to Jurisdiction in Investor-State Arbitration, in *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions* 376, 389 (Albert Jan Van der Berg ed., 2003).

30 Bernardo Cremades, Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment Protection Treaties, en *Law of international business and dispute settlement in the 21st century: Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel* 149, 162 (Robert Briner et al. eds., 2001).

Como veremos más adelante, esta opción no es inocua. Aparte de alguna argumentación desde el punto de vista del análisis económico del derecho, cuestionando que sea deseable o eficiente la elección de un sistema de solución de disputas efectuada por sólo una parte,³¹ la opción de reglas arbitrales por un inversionista puede producir un resultado diferente creando una falta de uniformidad del derecho aplicable al mismo tipo de actividad económica.

Ahora, si bien la falta de uniformidad no parece ser diferente en sus características de aquella que frecuentemente existe al someterse a cláusulas de elección de jurisdicción, tanto en litigación nacional o internacional, la capacidad del inversionista extranjero de elegir en qué foro se va a conocer una disputa en materia de inversiones tiene también un efecto importante, no sólo para el propio inversionista o el Estado receptor de la inversión, sino también para los derechos de terceros directa o indirectamente afectadas por el resultado de tal procedimiento.

Cabe destacar que el contexto en que esta preocupación se presenta, es de un creciente aumento en la opción por el arbitraje internacional en conflictos entre Estados receptores e inversionistas extranjeros. Según lo informado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) a la fecha, 73 gobiernos – 44 países en vías de desarrollo, 15 países desarrollados y 14 en el Sudeste Europeo – han enfrentado arbitrajes en materia de inversiones. La República Argentina lidera esta lista con 46 reclamos iniciados en su contra, 44 de los cuales se relacionan al menos en parte con la crisis financiera que ese país sufrió a comienzos de la década. México continúa con el segundo lugar de los reclamos conocidos (18) y la República Checa tiene el tercer lugar con 14 reclamos en sus contra. En seguida se ubican Canadá y los Estados Unidos de América con 12 casos cada uno; Ecuador, India y Polonia con 9 casos cada uno; Egipto, Rumania y la Federación Rusa con 8 casos cada uno; Ucrania y Venezuela con 7 casos cada uno; Turquía con 6 casos; y Hungría, Kazajstán y Moldavia con 5 casos cada uno.³² Casi dos tercios

31 Steven Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, 446 (2004).

32 UNCTAD, *Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement*, IIA MONITOR No. 1 (2008) *International investment agreements*, 1-2.

(69%) de los reclamos conocidos han sido iniciados desde comienzos de 2002 y virtualmente ninguno de ellos, ha sido iniciado por gobiernos.³³

Hoy en día, virtualmente todos los BITs establecen el arbitraje como mecanismo de solución de controversias en materia de inversión extranjera, generalmente haciendo referencia al arbitraje institucional o a otras reglas de arbitraje preexistentes. Si bien la gran mayoría de estos tratados contienen referencias al sistema ICSID, existe un número significativo de tratados que consideran las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL. De hecho, la mayoría de los tratados actuales permiten la opción entre ambos regímenes arbitrales.³⁴

Dentro de los foros disponibles, el más utilizado es el ICSID, dado su carácter de institución pública internacional especializada en este tipo de arbitraje. Además, como es propio del arbitraje institucional, el Centro cuenta con una estructura administrativa que permite entregar apoyo a los procedimientos iniciados bajo sus reglas, no sólo directamente a través del trabajo diario realizado por su Secretariado General, sino también indirectamente, mediante el soporte que entregan todos los organismos que forman parte del Grupo del Banco Mundial.

Si bien la jurisdicción del ICSID se extiende a cualquier disputa jurídica que surja directamente de una inversión (competencia material) entre un Estado parte y el nacional de otro Estado parte (competencia personal),³⁵ las limitaciones propias de este modelo han sido parcialmente atenuadas con la creación de un Mecanismo Adicional, que faculta al Secretario del Centro a administrar, si las partes interesadas lo requieren, algunos procedimientos fuera del ámbito de la Convención de Washington. Ello incluye procedimientos de determinación de hechos, arbitraje y conciliación para la solución de disputas que no surgen directamente de una inversión o se presentan respecto de un Estado que no es parte de esa Convención.³⁶

33 UNCTAD, Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, 1-2 (2005).

34 Dolzer & Stevens, *supra* 4, 129.

35 Convención ICSID, Art. 25.

36 Mecanismo Adicional del ICSID, Reglas de Arbitraje [en adelante Reglas Arb. Mecanismo Adicional ICSID], disponible en: http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_spa-archivo/ICSID_Spanish.pdf (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

Otras organizaciones internacionales de arbitraje institucional, principalmente privadas, como la Cámara Internacional de Comercio (CCI o ICC en inglés)³⁷ y el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE o SCC en su sigla en inglés),³⁸ han sido crecientemente mencionadas en recientes tratados bilaterales de inversión,³⁹ pero en una minoría contrastante con la abrumadora mayoría que detenta el ICSID.

Por su parte, dentro del arbitraje ad hoc, las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL son por mucho, las más usadas. Ello porque con su incorporación en un tratado, los redactores no necesitan crear un cuerpo especial de normas para su acuerdo y sólo con hacer referencia a aquellas reglas preexistentes, se puede confiar en que la mayoría de los aspectos procesales relevantes durante el arbitraje estará considerada.⁴⁰

En el fondo de estas preocupaciones subyace una pregunta: ¿Qué derecho aplicable es el apropiado para solucionar estas disputas? Aparte de la situación donde una parte ha hecho expresa elección de derecho, AMERASINGHE ha señalado acertadamente que no hay razón para asumir que, únicamente por entregar jurisdicción a un foro internacional en el cual se ha reconocido locus standi a los individuos, los Estados involucrados han tenido la clara intención de transformar un mero incumplimiento de contrato en una infracción al derecho internacional, y lo que se ha hecho, es esencialmente crear un foro extra-nacional para la resolución de una disputa que implica reclamos que no forman parte del sistema jurídico internacional y se encuentran basados mayormente en derecho nacional o derecho internacional privado, aún cuando el derecho internacional público y los principios generales del derecho son aplicables al

37 ICC Arbitration Rules, disponibles en: http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_english.pdf [en adelante ICC Arb. Rules] (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

38 Arbitration Rules of the SCC Institute, Art. 9, disponibles en: http://www.sccinstitute.com/_upload/shared_files/regler/2007_Arbitration_Rules_eng.pdf [en adelante SCC Arb. Rules] (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

39 Luke Eric Peterson, All Roads Lead Out of Rome: Divergent Paths of Dispute Settlement in Bilateral Investment Treaties 1, 9, disponible en http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_nautilus.pdf (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

40 Antonio Parra, Provisions on the Settlement of Investment Disputes, 12 ICSID Review Foreign Investment Law Journal 287, 297 (1997).

nexo contractual como derecho elegido de manera directa o indirecta.⁴¹ La pregunta definitiva sobre este punto es entonces si la ausencia de un único foro en los reclamos de inversiones es evitable o no, y si no lo es si realmente ello importa.⁴²

Sin embargo, tal como hemos visto, los BITs y FTAs con Capítulos de Inversión contienen disposiciones que permiten a los inversionistas extranjeros cuestionar o tratar de evitar la aplicación a su respecto de una regulación doméstica, o en su defecto, obtener una compensación económica, beneficio que otros inversionistas no tienen. Visto de otra forma, los inversionistas nacionales no tienen otra opción que enfrentarse a la regulación local de su actividad. En cambio, un gran número de inversionistas extranjeros tiene además la posibilidad de optar por un estándar distinto de regulación, derivada de su opción por un mecanismo internacional de solución de controversias adicional.

Normalmente, los tratados de inversión entregan a los inversionistas extranjeros la capacidad de evitar los sistemas legales locales y nacionales, en favor del arbitraje internacional, dado que raramente se requiere que los inversionistas agoten los recursos internos como requisito previo para iniciar un reclamo internacional. Esto puede ocurrir incluso, cuando contractualmente el inversionista y el Estado receptor de la inversión han limitado las opciones de solución de controversias a los tribunales locales.⁴³

Por otra parte, aunque en algunos BITs se exija el agotamiento previo de recursos internos antes de poder optar a un foro internacional, en la práctica, puede bastar que el inversor extranjero utilice la Cláusula de Nación Más Favorecida (NMF), para eximirse del cumplimiento de ese requisito de agotamiento previo de recursos, invocando alguno de los tratados que así lo establecen y acudir directamente al arbitraje. Así

41 Chittharanjan Felix Amerasinghe, *Local remedies in International Law*, 140 (2nd ed. 2004).

42 Williams, *supra* 9, 452.

43 Esto ocurrió en el caso *Telekom Malaysia Berha v. Government of Ghana*, único caso llevado hasta ahora ante la Corte Permanente de Arbitraje, donde el tribunal mantuvo su jurisdicción para conocer reclamos derivados de tratados, no obstante el hecho que el contrato en disputa establecía diferentes mecanismos de solución de controversias. Disponible en: http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1153 (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

ocurrió en el caso *Emilio Agustín Maffezini v. Reino de España*,⁴⁴ donde un tribunal arbitral del ICSID concluyó que la cláusula de la nación más favorecida, permitía a un inversor argentino en España valerse de la norma contenida en el BIT entre España y Chile, donde las condiciones de sometimiento del Estado al arbitraje resultaban más beneficiosas para el inversionista extranjero. Este mismo criterio fue seguido posteriormente en *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Interaguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina*⁴⁵, ratificándose como principio que la Cláusula NMF también se aplica a aspectos procesales de un tratado.⁴⁶

En consecuencia, una vez suscritos, los acuerdos internacionales para la protección de inversiones conteniendo cláusulas de opción de jurisdicción, abren la puerta para que inversionistas extranjeros elijan llevar sus reclamos fuera del sistema legal local al foro que les sea más conveniente ("forum shopping"). Por esta razón los países que suscriben este tipo de tratados debieran tener siempre en vista que dichos acuerdos pueden servir para internacionalizar disputas que se susciten entre reguladores e inversionistas extranjeros en sectores sensibles para la economía nacional.

Una rápida revisión de los casos llevados ante el ICSID permite constatar esta afirmación: la mayoría de las controversias actualmente pendientes dicen relación con mercados regulados como el de telecomunicaciones, empresas sanitarias, distribución y explotación de energía, gas y electricidad, instrumentos de deuda, servicios bancarios y medios de comunicación social, totalizando poco menos de la mitad de los casos (39 %).⁴⁷

De esta manera, como indican VAN HARTEN & LOUGHLIN, estos árbitros internacionales deciden si y como fueran reguladores, pudiendo utilizar su autoridad pública para en los hechos, restringir transferencias

44 *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/97/7), disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp> (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

45 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Interaguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina* (ICSID Case No. ARB/03/17), disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/index.jsp> (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

46 Anne Van Aaken, *Perils of Success? The Case of International Investment Protection*, 9 *European Business Organization Law Review* 1, 21 (2008).

47 UNCTAD, *supra* 32, 2.

de capital, imponer impuestos a determinados negocios, establecer estándares, controlar el uso de la tierra, prestar servicios, y regular el uso de la tecnología, entre otros. Como los miembros de cualquier tribunal o corte en material administrativa, al revisar este tipo de medidas, dichos árbitros fallan acerca de la legalidad de la conducta estatal, evalúan la justicia de las decisiones gubernamentales, y determinan la extensión y contenido apropiados de los derechos de propiedad.⁴⁸

Entre otros, sobre la base de BITs o Capítulos de Inversión de FTAs, tribunales arbitrales han sido establecidos para resolver disputas surgidas por el otorgamiento y operación de licencias para transmisiones de radio en Ucrania,⁴⁹ anulación de permisos de construcción de una planta industrial en una zona ecológica protegida de Perú,⁵⁰ la prohibición de exportación de desechos tóxicos por parte de Canadá,⁵¹ la creación de un parque ecológico por un Estado Mexicano,⁵² e incluso la conducción de un juicio llevado ante jurado en una Corte de U.S.A.⁵³

Independientemente de la discriminación que esta situación implica para los inversionistas nacionales – la que eventualmente podría justificarse como no arbitraria, si se obtienen los propósitos perseguidos con la promoción y protección de la inversión extranjera – el sistema a veces permite tanta amplitud en la calificación acerca de que se considera como tal y quién tiene la calidad de inversionista extranjero, que bien un Estado puede reconocer como inversión una deuda propia de un nacional, o éste podría terminar siendo considerado extranjero en su propio país.

A modo de ejemplo de lo primero, a comienzos del año 2005, Argentina reestructuró su deuda externa luego de su reciente crisis financiera

48 Gus van Harten & Martin Loughlin, *Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law*, *European Journal of International Law*, *European Journal of International Law* 2006 17 (121).

49 *Joseph Charles Lemire v Ukraine*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/1, 15 ICSID Rev.—FILJ 530 (2000).

50 *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/419, ICSID Rev.—FILJ 359 (2004).

51 *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, 40 ILM (2001) 1408.

52 *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, 40 ILM (2001) 36.

53 *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, 42 ILM (2003) 811.

de los años 2001-2002, utilizando diversos incentivos para fomentar la participación de nacionales y extranjeros en el intercambio de bonos. Sin embargo, en febrero del mismo año, el Congreso Argentino aprobó la Ley N° 26.017, que prohibió la reapertura del intercambio y cualquier acuerdo con tenedores de bonos cuyos titulares no hubieran adherido a un canje dispuesto por el gobierno Argentino. En septiembre de 2006, alrededor de 170.000 inversionistas italianos, tenedores de "bonos del Estado Nacional" iniciaron el primer arbitraje sobre las restricciones impuestas a los bonos soberanos de Argentina, reclamando compensaciones por alrededor de 3.5 billones de dólares.⁵⁴ Otro caso iniciado por un segundo grupo de bonistas se registró en el ICSID el 27 de marzo de 2007 por 14.3 millones de euros y 1.2 millones de dólares.⁵⁵ Si bien ambos casos se encuentran todavía pendientes, algunos autores ya se han preguntado si extender tanto el concepto de inversión no tendrá el efecto de abrir una verdadera *Caja de Pandora*, especialmente en el delicado mercado de los bonos soberanos y si el mero no pago de una deuda soberana puede considerarse o no como una violación al Derecho Internacional.⁵⁶

Por su parte, en el caso *Tokios Tokelès v. Ucrania* la mayoría del tribunal arbitral constituido ante el ICSID permitió la presentación de un reclamo contra Ucrania, por parte de una compañía de Lituania cuyo dominio era en un 99% de propiedad de ucranianos. Con todo, en un fallo de fecha 26 de julio de 2007, el tribunal que conocía la demanda de arbitraje falló en una decisión dividida (2 a 1) que Ucrania no se encontraba en violación con sus obligaciones de tratado de inversión.⁵⁷

Otro aspecto preocupante desde el punto de vista del Estado regulador, lo constituye la falta de consistencia que se presenta en la interpretación

54 *Giovanna a Beccara and others v. República Argentina* (ICSID Case No. ARB/07/5) disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

55 *Giovanni Alemanni and others v. República Argentina* (ICSID Case No. ARB/07/8) disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

56 Michael Waibel, *Opening Pandora's Box: Sovereign Bonds in International Arbitration*, 101 *American Journal of International Law* 711 (2007).

57 *Tokios Tokels v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/02/18), disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

de disposiciones sustantivas de BITs y FTAs con Capítulos de Inversión, como son el “trato justo y equitativo” y el “trato nacional”. Este problema se manifiesta no sólo en relación con otros arbitrajes sobre inversiones: el principio de no discriminación, ínsito en estos dos estándares de revisión, tiene significativas diferencias si se compara con las controversias surgidas en materia de comercio internacional. Así, los inversionistas extranjeros no pueden asumir que van a prevalecer en un reclamo presentado ante un tribunal arbitral de inversiones, incluso si el Estado receptor ha perdido previamente con relación al mismo reclamo en la Organización Mundial de Comercio (OMC) o viceversa.⁵⁸

De hecho, algunos tribunales arbitrales han arribado a conclusiones radicalmente diferentes en casos paralelos. Esto ocurrió en dos reclamos presentados en contra de la República Checa (*CME v. Czech Republic* y *Ronald Lauder v. Czech Republic*) por parte de un canal de televisión (CME) y su accionista mayoritario (Ronald Lauder, magnate americano de la compañía Estée Lauder). Dos tribunales examinaron separadamente los hechos – virtualmente idénticos en cada caso – y sin embargo, arribaron a conclusiones contradictorias acerca de si las autoridades checas habían o no violado reglas básicas de inversión, como son la no discriminación y la no expropiación.⁵⁹

En el caso *CME v. Czech Republic* el tribunal ordenó que la República Checa pagara daños por 353 millones de dólares a la compañía CME (de propiedad del Sr. Lauder, aunque constituida en Holanda), al determinar que el Gobierno Checo, luego de la adopción de medidas regulatorias, llevó a CME a deshacerse de un popular canal de televisión, en violación del BIT entre Holanda y la República Checa. Sin embargo, el caso *Ronald Lauder v. Czech Republic* iniciado seis meses antes por el Sr. Lauder como persona natural bajo las reglas del BIT entre USA y la República Checa, fue desestimado al considerarse vago su reclamo, asignando responsabilidad en el inversionista extranjero por su retraso en iniciar procedimien-

58 Nicholas Di Mascio y Joost Pauwelyn, *Non Discrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of the Same Coin?*, 102 *American Journal of International Law* 48 (2008).

59 Luke Eric Peterson, *Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making*, International Institute for Sustainable Development (IISD), Noviembre 2004, 27, disponible en http://www.iisd.org/pdf/2004/trade_bits.pdf (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

tos oportunos para proteger su inversión. De esta manera, el Sr. Lauder – como inversionista americano – perdió su reclamo al determinarse que el incumplimiento del BIT por la República Checa era demasiado remoto para ser calificado como una causa relevante del daño producido. Sin embargo, el Sr. Lauder – como inversionista holandés – obtuvo por los mismos hechos, una indemnización por daños a través de su holding en Holanda.⁶⁰

Como veremos, los Estados pueden tomar medidas para minimizar la ocurrencia de estos problemas, por ejemplo, incluyendo reglas de consolidación de reclamos similares bajo la jurisdicción de un sólo tribunal, reduciendo de esta manera el riesgo que procedimientos paralelos lleguen a conclusiones divergentes.

Estos problemas han llevado a algunos autores a afirmar que los tribunales arbitrales de inversión pueden aplicar estándares que restringen los actos soberanos del poder legislativo, judicial y la administración de un Estado. Si bien la jurisdicción de esos tribunales es limitada, al obligar a los Estados a arbitrar disputas que surgen de actos soberanos, los tratados de inversión establecen al arbitraje en materia de inversiones como un mecanismo para controlar el ejercicio de la autoridad pública. Por esta razón se puede hacer una analogía entre el arbitraje sobre inversiones y el Derecho Administrativo local. En este último, el principal objeto de revisión por vía de adjudicación regulatoria es el poder Ejecutivo. En contraste, en el arbitraje en materia de inversiones es el Estado considerado como un todo.⁶¹

Si bien este es el estado de la cuestión hasta ahora, el sistema de arbitraje descrito precedentemente deja una importante interrogante abierta: ¿Qué pasaría si el inversionista extranjero solicita una medida que no sea la compensación económica por parte del Estado receptor de la inversión? Si bien la principal reparación en el arbitraje en materia de inversiones es la indemnización – cuyo carácter excepcional en el Derecho Internacional es importante resaltar, siendo casi inexistente en áreas como Derechos Humanos y dentro del sistema de la OMC – no es en teoría la única.

60 Van Harten, *supra* 2, 7-8.

61 Gus van Harten & Martin Loughlin, *supra* 48.

Analizando el texto de los BITs, puede corroborarse que no se contienen exclusiones en este sentido y en principio, el inversionista extranjero podría solicitar el cumplimiento de algunas de las obligaciones sustantivas que asume el Estado receptor de la inversión, como son garantizar la transferencia de capital y utilidades al extranjero, la protección o no obstaculización de la inversión efectuada, o el tratamiento justo y equitativo de la inversión realizada.

De esta manera, en un caso hipotético donde un Estado caducara una concesión de telecomunicaciones a un inversionista extranjero por no sujetarse a una nueva regulación interna dictada en la materia, dicho inversionista podría solicitar al amparo de un BIT suscrito entre el Estado del cual es nacional y el Estado receptor de la inversión, que se le restituya la concesión o que se le mantenga su regulación interna previa. Si eventualmente se dictara sentencia acogiendo esta petición, se estaría discriminando a los otros inversionistas participantes de esa actividad que deben regirse por la nueva normativa.

Los escenarios de conflicto en este caso pueden crecer exponencialmente. En el ejemplo descrito ¿Qué sucedería si luego de caducar la concesión reclamada, se hubiera entregado una nueva en el mismo espectro radioeléctrico, a otro inversionista extranjero proveniente de un país con el cual el Estado receptor también tiene suscrito un BIT?

4. TRANSPARENCIA Y PARTICIPACIÓN DE TERCEROS EN DISPUTAS EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA

Sin lugar a dudas, la transparencia de los procedimientos y la igualdad procesal son dos aspectos centrales del procedimiento civil en casi todo sistema jurídico. De hecho, ambos son considerados como parte de los "*Principios y Reglas del Procedimiento Civil Transnacional*" elaboradas por el American Law Institute (ALI) y el International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT).⁶²

De esta manera, en diversos sistemas legales, la solución de controversias entre Estados y sujetos privados efectuada en tribunales nacionales

62 ALI/UNIDROIT, *Principles and Rules of Transnational Civil Procedure*, 14-27 (2004)

es un proceso relativamente público, accesible no sólo a las partes directamente involucradas sino también a aquellos que tienen un interés legítimo en la disputa, o para la sociedad toda cuando el asunto es de aquellos denominados de "interés general" (como ocurre en materias ambientales, de salud pública y libre competencia, entre otras). El secreto es la excepción aplicable sólo para algunas actividades o documentos y generalmente, tanto el inicio como el resultado del proceso son hechos públicos y no solamente para las partes directamente involucradas en la controversia de que se trata.

Asimismo, la igualdad procesal, entendida como el igual y razonable tratamiento de los intervinientes en el proceso para exponer o defender sus derechos, está reconocida de manera extensa en la mayoría de los sistemas jurídicos, no solo a las partes en una disputa judicial. Lo anterior, debido a la extensa complejidad de las relaciones en las sociedades modernas, donde la posibilidad de que una acción del hombre pueda afectar a numerosas personas es crecientemente frecuente. Como consecuencia, la estructura tradicional de litigación en tribunales – como un mero asunto de dos partes – se ha vuelto insostenible.⁶³

Sin embargo, como veremos a continuación, desde el punto de vista de terceros directamente afectados o del interés público en el conflicto, el rol que estos dos principios juegan en la resolución de disputas en materia de inversión extranjera, cambia radicalmente dependiendo si la controversia es sometida a tribunales nacionales o a arbitraje internacional conforme con tratados bilaterales de inversión o capítulos de inversión de los Tratados de Libre Comercio.

a. Transparencia de los procedimientos:

A nivel doméstico, existen aproximaciones distintas con respecto a la publicidad de los procedimientos. Algunos sistemas jurídicos consideran una acción constitucional que garantiza la publicidad de los procedimientos judiciales, pero tienen diversas excepciones especiales para materias tales como secretos industriales y asuntos de seguridad nacional, entre otros.

En países del *Common Law*, la regla general es la publicidad de los procedimientos judiciales, salvo excepciones justificadas, mientras que en países

63 Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, 25 (1989).

de la órbita del *Derecho Civil*, los expedientes judiciales se mantienen normalmente en reserva y se les da publicidad sólo por causa justificada.⁶⁴ Los procedimientos arbitrales son casi invariablemente conducidos de manera privada, y si bien algunas Cortes locales han ratificado este principio (como ocurre en Inglaterra y Francia), otros tribunales (en países como Estados Unidos de América, Australia y Suecia) hoy ya no reconocen invariablemente el principio de confidencialidad.⁶⁵

En el caso chileno, el artículo 9º del Código Orgánico de Tribunales dispone que los actos de los tribunales sean públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley. Asimismo, el artículo 380 N° 3 del citado cuerpo legal establece como funciones propias de los secretarios de los tribunales, el dar conocimiento a cualquiera persona que lo solicitare de los procesos que tengan archivados en sus oficinas, y de todos los actos emanados de la Corte o Juzgado, salvo los casos en que el procedimiento deba ser secreto en virtud de una disposición expresa de la ley.

Al respecto, el artículo 8º inciso segundo de la Constitución Política de la República (luego de la reforma del año 2005),⁶⁶ establece que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen y sólo una ley de quórum calificado puede establecer su reserva o secreto, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional. Ello se confirmó con la reciente aprobación de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública,⁶⁷ que regula el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y su amparo, y las excepciones a la publicidad de la información.

64 ALI/UNDROIT, *supra* 62, 27.

65 Joachim Delaney & Daniel Barstow Magraw, Procedural Transparency, en *The Oxford Handbook of International Investment Law* (ed. Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer), 721, 55 (2008).

66 Aprobada por Ley N° 20.050, publicada en el Diario Oficial de fecha 26 de agosto de 2005.

67 Publicada en el Diario Oficial de fecha 20 de agosto de 2008.

De esta manera, en nuestro país, la regla general aplicable a los procesos judiciales donde intervenga el Estado, es la publicidad de los mismos, salvo excepciones legales calificadas.

La OECD ha examinado el tratamiento que se da a la transparencia en los textos de diversos tratados de inversión, sean bilaterales o multilaterales. Aunque si bien la cobertura y ámbito de los acuerdos de inversiones varía ostensiblemente, en todos ellos existe un aspecto que dicha organización considera como medidas "centrales" en esta materia. Estas dicen relación con compromisos básicos a tener políticas transparentes en áreas que afectan los negocios internacionales, a proveer información sobre políticas de interés de los inversionistas internacionales (incluyendo legislación, decisiones judiciales, resoluciones y prácticas administrativas), a definir los límites de las obligaciones de transparencia (siendo la seguridad nacional la excepción más comúnmente citada) y a asegurar que la información sea accesible a inversionistas internacionales y a otros gobiernos (vía notificación a las partes de cambios en las medidas, estableciendo puntos de consulta a nivel nacional, publicaciones especializadas y sitios web).⁶⁸ No obstante lo anterior, ninguna de las referidas medidas incluye un reconocimiento amplio de transparencia dirigida a terceros que podrían verse afectados por la disputa, o a la sociedad en general, en razón del interés público que podría representar la controversia.

La necesidad de avanzar en este principio en materia de arbitraje internacional es comprensible no sólo desde el punto de vista de su legitimidad, sino también como una manera de facilitar el control de las actividades gubernamentales. Críticas provenientes de la sociedad civil, demandan mayor apertura en informar al público acerca de cómo su dinero está siendo gastado, si se salvaguarda la igualdad y la justicia en el proceso de toma de decisiones, y para revelar si el gobierno está funcionando adecuadamente.⁶⁹

Dentro de las ventajas de la transparencia de estos procedimientos, se mencionan además: la mejor calidad en la toma de decisiones producto

68 OECD, Public Sector Transparency and International Investment Policy I, 9-11, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/45/22/2506884.pdf> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

69 Jessica S. Wiltse, An Investor-State Dispute Mechanism In The Free Trade Area Of The Americas: Lessons From Nafta Chapter Eleven, 51 Buffalo Law Review 1145, 1170 (2003).

de un debate más completo, su consistencia, la implementación de valores democráticos y de la participación pública. Como contrapartida, medidas de transparencia puede significar aumentar los costos del proceso, dilatar su duración y cuando son mal implementadas, afectar información confidencial o reservada.⁷⁰

Desde el punto de vista de las terceras partes afectadas por la disputa, sea directa o indirectamente, o en nombre del “interés público” involucrado, hay al menos tres aspectos procesales básicos relacionados con la transparencia que pueden verse afectados cuando la controversia se resuelve mediante arbitraje internacional si el inversionista extranjero ejerce tal opción. Estos se refieren al conocimiento de la disputa, el acceso al procedimiento y la información relativa a su resultado final.⁷¹

1. Conocimiento de la disputa:

En el arbitraje comercial internacional, la privacidad de los procedimientos es la regla general y las normas de las principales instituciones privadas existentes en esta materia expresamente contemplan tal obligación.⁷² De hecho, es ampliamente alegado que el secreto es una de las más ventajosas y útiles características del arbitraje y muchas partes eligen someter sus conflictos a este sistema en vez de litigar en Tribunales, precisamente porque no quieren que cierta información, como secretos industriales, ingresos y otros datos sensibles, se vuelvan públicos. La confidencialidad en los arbitrajes puede ser incluso más importante para una parte, que las consideraciones referidas a la rapidez o costos de los procedimientos.⁷³

Luego, si el secreto en los procedimientos de arbitraje es normalmente considerado legítimo ¿Qué clase de interés deben las terceras partes

70 Joachim Delaney & Daniel Barstow Magraw, *supra* 65, 761-762.

71 Esto es lo que algunos autores han denominado “transparencia externa” del arbitraje. Así, Federico Ortino, *External Transparency of Investment Awards*, Inaugural Conference of the Society for International Economic Law (SIEL): *New Horizons of International Economic Law*, Geneva, 16 de Julio 2008, disponible en: <http://www.ssm.com/link/SIEL-Inaugural-Conference.html> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

72 Por ejemplo, véase SCC Arb. Rules, Appendix I, Art. 9, *supra* 38 y ICC Arb. Rules, Appendix I, Art. 6, *supra* 37.

73 Charles S. Baldwin IV, *Protecting Confidential and Proprietary Commercial Information in International Arbitration*, 31 *Texas International Law Journal* 451, 453 (1996).

ajenas al juicio demostrar para superar esa barrera? ¿Por qué debiera ser diferente esta regla en los arbitrajes internacionales donde está involucrado un Estado?

Existen diversas razones para que sostener que en el arbitraje internacional sobre inversión extranjera, no debiéramos poder aplicar este principio de confidencialidad tan fácilmente. En primer lugar, en dichas disputas es usualmente un Estado quien comparece como demandado, el cual se encuentra vinculado por sus propias regulaciones domésticas que – en muchos de los países con un régimen republicano y democrático – demandan transparencia en los actos del gobierno. Por ejemplo, en Estados Unidos de América, la Freedom of Information Act (FOIA)⁷⁴ obliga a los servicios públicos a hacer disponible toda la información pública, con muy pocas y restringidas excepciones. Ya hemos señalado que la Constitución chilena establece como principio general la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.⁷⁵ Permitir al Estado evitar el cumplimiento de sus obligaciones internas, sólo porque su contraparte en una disputa eligió un foro internacional para la solución de controversias (y en su propia conveniencia) podría ser considerada una manera injustificada de dejarlo eludir sus deberes antes mencionados.

Tampoco parece justo que si el consentimiento para la jurisdicción de un arbitraje internacional fue otorgado en tratados bilaterales de inversión a los cuales se les entrega en principio, la misma publicidad de una norma legal, las diferencias que surjan a la luz de su aplicación puedan mantenerse secretas. Ello especialmente, si la parte normalmente demandante (el inversionista extranjero) se encuentra posibilitado de utilizar este mecanismo precisamente gracias al conocimiento que tuvo del mismo. Más aún, no existe ninguna disposición en los BITs que permita deducir que el consentimiento “en blanco” dado para permitir la opción de foro, tenga el carácter de secreto. De hecho, algunos tratados contienen un compromiso expreso de que los procedimientos que surjan bajo sus reglas

74 Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552 [en adelante FOIA].

75 Constitución Política de la República de Chile, Artículo 8º, inciso segundo.

deben ser conducidos respetando los principios del debido proceso y la revisión judicial.⁷⁶

Además, por las materias que usualmente involucran este tipo de arbitrajes, la decisión va a tener un efecto significativo, que se extiende más allá de las partes en disputa, especialmente cuando los aspectos sustantivos del caso son de interés público. Con una simple revisión de los casos iniciados por disputas en materia de inversión extranjera en el seno del NAFTA y del ICSID podemos ver cuán cierta es esta afirmación: agua y servicios sanitarios, construcción de autopistas y puertos, concesiones mineras, distribución de gas y aceite, generación de electricidad, entre otras.⁷⁷ El interés público debe ser objeto de escrutinio público.⁷⁸

Por otro lado, la confidencialidad puede no ser un obstáculo insuperable como algunos autores plantean. La realidad es que muchas potenciales terceras partes tendrán en algún momento total o parcial conocimiento de los asuntos en discusión y que asimismo, las preocupaciones acerca de la privacidad también pueden ser tratadas mediante la bifurcación de procesos o partes del expediente que requieren secreto o reserva en razón de su materia, o mediante la firma de acuerdos que establecen obligaciones de confidencialidad a las terceras partes que tomen conocimiento del caso, estableciendo estrictas penas en caso de incumplimiento.

No existe una respuesta uniforme acerca de hasta qué punto los participantes se encuentran bajo el deber de observar la confidencialidad de la información referida al caso. Más aún, si las partes han acordado la aplicación de reglas de arbitraje u otras disposiciones que no contemplan expresamente la obligación de confidencialidad, no es posible asumir que todas las jurisdicciones debieran reconocer un compromiso implícito en este sentido. Adicionalmente, quienes participan en arbitrajes podrían no

76 Por ejemplo, véase Art. 10 BIT Argentina México, disponible en http://www.sice.oas.org/bits/argmex_s.asp (fecha última visita 30 de septiembre de 2008) y también *Investments Agreements in the Western Hemisphere: A Compendium, Due Process of Law and Judicial Review*, disponible en http://www.ftaa-alca.org/WGroups/WGIN/English/1st_5b2e.asp (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

77 Véase *ICSID Cases*, disponibles en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm> (fecha última visita 30 de septiembre de 2008), and *NAFTA Cases*, disponibles en <http://www.state.gov/s//c3439.htm> (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

78 Stephanie Brenowitz, *Deadly Secrecy: The Erosion of Public Information under Private Justice*, 19 *Ohio Student Journal on Dispute Resolution* 679, 697 (2004).

tener el mismo entendimiento acerca de la extensión del secreto que es esperada. De esta manera, el Tribunal arbitral podría discutir estos aspectos con las partes y si es considerado apropiado, registrar principios consensuados acerca de cómo se interpreta el deber de confidencialidad.⁷⁹

Finalmente, se ha planteado también la cuestión acerca de si la confidencialidad es verdaderamente un asunto importante o se le hace parecer como tal. Muchos de quienes reclaman el mantener secretos los procedimientos, se involucran frecuentemente en verdaderas "guerras de prensa", filtrando documentos confidenciales a los medios con la intención de poner presión sobre sus oponentes o destruir la imagen pública de sus adversarios.⁸⁰

No obstante lo expuesto, aunque no se ha establecido expresamente ni en la Convención de Washington ni en las Reglas de Arbitraje del ICSID o de su Mecanismo Adicional, el registro de sus casos es publicado en su sitio web con detalles tales como la identificación de las partes, fecha de registro, materia, constitución y composición del tribunal. Lo mismo ocurre en el reporte anual efectuado por el Centro desde 1967 y en el boletín "News from ICSID" una publicación semi-anual que incluye información acerca de las actuales actividades del Secretariado del ICSID y de las disputas pendientes sometidas al conocimiento del Centro.⁸¹

Lo anterior es posible dado que dentro del sistema de arbitraje del ICSID, cualquier Estado contratante o cualquier nacional de un Estado contratante que desee iniciar un procedimiento arbitral, debe dirigir una solicitud en tal sentido y por escrito, al Secretario General del Centro, quien debe enviar una copia de tal requerimiento a la otra parte.⁸² El Secretario General deberá registrar esa solicitud al menos que encuentre, basándose en la información contenida en el requerimiento, que la disputa se encuentra manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. En cualquier caso, deberá inmediatamente notificar a las partes de la aceptación

79 UNCITRAL, Notes on Organizing Arbitral Proceedings, Nota 31.

80 S.I. Strong, *Intervention and Joinder as of Right in International Arbitration: An Infringement of Individual Contract Rights or a Proper Equitable Measure?*, 31 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 915, 933-934 (1998).

81 ICSID Documents and Publications, disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/pubs/pubs.htm> (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

82 Convención ICSID, Art. 36.

o rechazo del registro. Idéntico procedimiento es seguido bajo las Reglas de Arbitraje del Mecanismo Adicional.⁸³ No obstante lo anterior, esta medida de publicidad no se extiende normalmente a las presentaciones efectuadas por las partes en el proceso.

Bajo otras opciones de arbitraje institucional (usualmente ICC o SCC) no existe ningún requerimiento comparable que establezca el registro público de los casos sometidos a su conocimiento conforme a las disposiciones de BITs o FTAs. Aun más, dado que estas organizaciones normalmente conocen de una variedad de otros asuntos no relacionados con disputas derivadas de tratados de inversión, no presentan estadísticas precisas acerca del número o proporción de casos que surgen en razón de BITs o FTAs.⁸⁴ Sin embargo, el número de casos de arbitrajes en materia de inversión extranjera que actualmente se conocen en esas instituciones, es actualmente un pequeño puñado por organización.⁸⁵

Conforme a los registros de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) a diciembre de 2007, existían un total de 290 juicios arbitrales en esta materia, de los cuales 182 habían sometidos al conocimiento del ICSID (tanto directamente como a través de su Mecanismo Adicional), 80 se habían iniciado como arbitraje ad-hoc bajo las reglas de UNCITRAL, 14 bajo la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC), 5 ante la Cámara Internacional de Comercio (ICC) y el resto se sometió a otros foros arbitrales.⁸⁶

Con respecto a los arbitrajes ad hoc, entre inversionistas y Estados involucrando otras reglas no institucionales como las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, pueden pasar completamente desapercibidas a menos que las partes acuerden expresamente lo contrario.⁸⁷ Dado que no cuentan con reglas especiales acerca de disputas en materia de inversión extranjera, este tipo de arbitraje plantea un desafío aún más formidable a la transparencia, dado que tales procedimientos pueden efectuarse en cualquier

83 Reglas Arb. Mecanismo Adicional ICSID, Art. 4.

84 Parra, *supra* 40, 298.

85 Peterson, *supra* 39, 10.

86 UNCTAD, *supra* 32, 2.

87 Nigel Blackaby, *Public Interest and Investment Treaty Arbitration*, en *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions* 355, 359 (Albert Jan Van der Berg ed., 2003).

lugar, sin la supervisión de un foro arbitral o requisitos de registro.⁸⁸ Si en tales casos existe interés público ¿Cómo puede éste ser protegido?

Una de las pocas excepciones en esta materia se presenta en los arbitrajes de inversiones en el seno del NAFTA.⁸⁹ Si bien el texto del tratado nada dice respecto a la publicidad inmediata del registro de los casos presentados, o a la necesidad de hacer públicas las presentaciones efectuadas por las partes, dado que la necesidad de transparencia se ha transformado en un asunto delicado, la Comisión de Libre Comercio del NAFTA y las partes en disputa han tomado medidas para abrir los procesos a al escrutinio público, a través del acceso a las documentos escritos y a transcripciones de audiencias.⁹⁰

2. Acceso al procedimiento:

Incluso si la existencia de la disputa es pública, la mayoría de las veces las audiencias permanecen privadas sin ningún acceso de terceros o de los medios, previniendo por lo tanto, un debate informado ya sea en la calidad del proceso en sí mismo o asuntos sustantivos que podrían tocar materias de interés público. El clamor por el acceso público a las audiencias que se efectúen en tales materias es por tanto, entendible.⁹¹

Los esfuerzos para acceder a dichos procedimientos pueden verse retrasados nuevamente, por reglas de confidencialidad. Luego de la reciente enmienda a las Reglas de Arbitraje del ICSID (vigente a contar del 10 de abril de 2006), 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 procedi-

88 Peterson, *supra* 39, 11.

89 Así se puede comprobar en: U.S. Department of State, NAFTA-Investors State Arbitrations, disponible en: <http://www.state.gov/s/l/c3439.htm>. Lo mismo ocurre con Canadá, Dispute Settlement NAFTA - Chapter 11 - Investment, disponible en <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/nafta.aspx?lang=en> y con México, Solución de Controversias en Materia de Inversión, disponible en: <http://www.economia.gob.mx/?P=2259> (todas fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

90 Joachim Delaney & Daniel Barstow Magraw, *supra* 65, 743.

91 Blackaby, *supra* 87, 360.

mientos para la protección de información privilegiada o protegida.⁹² Lamentablemente esta no es la regla general en arbitraje internacional.

Conforme a las reglas de arbitraje de UNCITRAL, las audiencias deben efectuarse a puerta cerrada o “in camera” (in chambers)⁹³ a menos que las partes acuerden lo contrario. El tribunal arbitral podrá exigir el retiro de cualquier testigo o testigos durante la declaración de otros testigos y es libre de decidir la forma en que estos serán interrogados. Además, las partes pueden pactar un acuerdo de confidencialidad que incluya: el material o información que debe mantenerse confidencial (como ciertos medios probatorios, exposiciones escritas u orales, el hecho que el arbitraje se está llevando a cabo, la identidad de los árbitros y el contenido del laudo, entre otros), medidas para mantener la confidencialidad de tales audiencias e informaciones, procedimientos especiales empleados para mantener la confidencialidad de la información transmitida por medios electrónicos y las circunstancias en las que información confidencial puede ser revelada en parte o en todo (por ejemplo, en el contexto de entrega de información de dominio público, o si es requerida por ley o un organismo regulador).⁹⁴

Por su parte, bajo las reglas de arbitraje de la SCC, el tribunal arbitral debe mantener la confidencialidad del arbitraje.⁹⁵ Asimismo, los procedimientos llevados ante la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC son de una naturaleza confidencial tal, que debe ser respetada por cualquiera que participe en su trabajo (en cualquier actividad). La Corte establece reglas acerca de que personas pueden concurrir a sus reuniones y comités y quienes están autorizados a tener acceso a todos los materiales presentados ante la Corte y su Secretariado.⁹⁶

92 ICSID Arbitration Rules [en adelante Reglas Arb. ICSID], Regla 32 (2), disponible en http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc_spa-archive/ICSID_Spanish.pdf (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

93 UNCITRAL Arb. Rules, Art. 25 (4).

94 UNCITRAL, Notes on Organizing Arbitral Proceedings, 32 (1996), disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-e.pdf> (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

95 SCC Arb. Rules, Art. 20(3)

96 ICA Statute, Art. 6.

Si no ha habido un acuerdo entre las partes para hacer el procedimiento público, incluso cuando las disputas puedan pasar al conocimiento de la sociedad civil a través de otros medios (como la entrega de información por una de las partes), las referidas instituciones y reglas de arbitraje no permiten el acceso público a cualquiera de los procedimientos arbitrales o a su documentación relacionada.⁹⁷

Nuevamente, una de las pocas excepciones en esta materia son los procedimientos arbitrales iniciados en el seno del NAFTA, ya sea bajo las reglas de arbitraje institucional (Mecanismo Adicional del ICSID)⁹⁸ o bajo reglas de arbitraje ad hoc (reglas UNCITRAL). Al menos bajo el procedimiento del Capítulo 11 del NAFTA (el referido a las inversiones), los gobiernos respectivos de los tres Estados partes pueden presentar peticiones al tribunal incluso si no se encuentran directamente involucrados como parte en el caso de que se trata.⁹⁹ Sin embargo, el artículo 1129 (2) del NAFTA establece que en este caso si una parte no contendiente recibe información del caso le dará el mismo tratamiento que le daría una parte contendiente.

Con todo, el NAFTA nada dice respecto del acceso al procedimiento por quienes no tienen el carácter de partes en el mismo. No obstante ello, Canadá y Estados Unidos han adoptado acciones unilaterales para promover la realización de audiencias públicas, salvo cuando se trate de asegurar la protección de información confidencial.¹⁰⁰ En razón de ello, a finales de 2004 tres tribunales NAFTA permitieron audiencias abiertas en los casos UPS, Methanex y Canfor v. United States, los que con co-

97 Luke Eric Peterson, *Emerging Bilateral Investment Treaty Arbitration and Sustainable Development* 1, 2 (Research Note, Aug. 2003), disponible en http://www.iisd.org/pdf/2003/trade_bits_disputes.pdf. (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

98 Ello se explica en parte porque hasta la fecha, Canadá y México no son firmantes del Convenio de Washington y por lo tanto no son Estados partes del ICSID y por ende no les son aplicables sus restricciones en esta materia.

99 Karl-Heinz Böckstiegel, *The Role of Arbitrators in Investment Treaty Arbitration*, en *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions* 366, 373 (Albert Jan Van der Berg ed., 2003).

100 Statement of Canada on Open Hearings in NAFTA Chapter Eleven Arbitrations, disponible en: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-ale-na/open-hearing.aspx?lang=en>, y Statement of USA on Open Hearings in NAFTA Chapter Eleven Arbitrations, disponible en: http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Regional/NAFTA/asset_upload_file143_3602.pdf (ambas fecha última visita: 30 de septiembre 2008)

sentimiento de las partes, fueron incluso transmitidos a través de circuito cerrado de televisión.¹⁰¹

Las restricciones de acceso al procedimiento no significan que los árbitros deban actuar como si estuvieran tratando sólo una disputa privada. A pesar de la confidencialidad del procedimiento mismo, los árbitros tienen que estar conscientes que se encuentran frecuentemente envueltos en procedimientos de solución de controversias de carácter semi-público, porque los representantes de los Estados receptores de la inversión van a tener que reportarse a las autoridades políticas y administrativas de su país, por la mera aplicación de normas internas que los obligan a ello. Esto también puede llevar a otros privados y a grupos de interés público a tratar de involucrarse en el asunto.

3. Acceso al laudo arbitral:

Un aspecto esencial de la transparencia en esta materia, es la posibilidad de acceder al resultado final del litigio, es decir, al laudo arbitral. En un área del Derecho muy nueva y en desarrollo, prácticamente cada nueva decisión traza nuevas tendencias. Sin embargo, el acceder oportunamente a dichas resoluciones puede resultar una verdadera lotería. En muchos casos el acceso a ellas se efectúa a través de redes de estudios jurídicos activos en esa área, beneficiando solamente a los miembros de ese círculo. En teoría el acceso debiera ser igual a todos, ya sea un solo abogado litigante o a una firma internacional en París o Washington y a decir de algunos autores, no parece justo que sólo aquellas firmas pueden tener una amplia colección de jurisprudencia con la cual disputar su caso.¹⁰² Sin embargo, la realidad es completamente diferente: Para promover los servicios del estudio, en algunos casos se ha llegado a hacer públicos algunos fallos de manera parcial, aún cuando no hayan sido oficialmente publicados.¹⁰³

101 Joachim Delaney & Daniel Barstow Magraw, *supra* 65, 746.

102 Blackaby, *supra* 87, 360.

103 Eso es lo que pasó con el caso de arbitraje llevado ante el ICSID Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia (Case No. ARB/00/1) cuyo laudo fue emitido el 24 de enero de 2003, pero no ha sido hecho público hasta la fecha. Sin embargo, su contenido es comentado brevemente en el sitio web de la firma Hunton & Williams, siendo incluso citado como "laudo todavía no publicado" en http://www.hunton.com/files/tbl_s47Details/FileUpload265/150/Intl_Lit-Arbitration_Summer2003.pdf. (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

Increíblemente, cuando el laudo arbitral es emitido, no existe ningún requerimiento que establezca que tales decisiones entren al dominio público. Más aún, existe un compromiso expreso de confidencialidad de los árbitros respecto de toda la información que llegue a su conocimiento a consecuencia de su participación en el proceso, así como del contenido del laudo.¹⁰⁴ Incluso los fallos pueden circular en la comunidad legal internacional privados de cualquier información relevante. Estos laudos "sanitizados" son útiles por los principios jurídicos que ellos revelan, pero no ofrecen información acerca de los detalles claves, ni de la identidad de las partes en disputa.¹⁰⁵

De acuerdo con la Convención de Washington, ICSID puede publicar un laudo sólo cuando ambas partes dan su consentimiento para ello. En esos casos, el Centro ofrece la publicación de los fallos ya sea a través de su página web o en el *Foreign Investment Law Journal* (FILJ). Hasta mayo de 2004, de un total de 154 arbitrajes sólo 83 habían concluido: 41 con laudos arbitrales y 27 por acuerdo entre las partes (o laudos conteniendo dichos acuerdos).¹⁰⁶ De este grupo solo 34 laudos¹⁰⁷ y 2 acuerdos¹⁰⁸ habían sido hechos públicos.

El problema puede ser mayor en el arbitraje ad hoc, por ejemplo bajo las reglas de UNCITRAL, dado que dichas regulaciones establecen un estándar más oneroso, al disponer que un laudo puede ser publicado "sólo con el consentimiento de las partes".¹⁰⁹ Esta puede ser una elección decisiva para las partes que deseen evadir la inconveniencia de tener sus calamidades expuestas y comentadas en los medios.¹¹⁰

104 Reglas de Arbitraje ICSID 6 (2).

105 Peterson, *supra* 39, 12.

106 El remanente de catorce casos había sido discontinuado a esa fecha, por inacción de las partes o no pago de honorarios.

107 Además, en *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo* (Case No. ARB/98/7), algunos extractos del laudo de 1º de septiembre de 2000, están disponibles en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/banro-excerpts.pdf> (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

108 Laudos conteniendo acuerdos de las partes en *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi* (Case No. ARB/95/3) y en *Joseph C. Lemire v. Ukraine* (Case No. ARB (AF)/98/1).

109 Reglas Arb. UNCITRAL, Art. 32 (5).

110 Jan Ramberg, *International Commercial Transactions* 75 (2nd ed. 2000).

Como el mismo requerimiento de secreto restringe a las partes sometidas a otras reglas de arbitraje institucional como ICC o SCC, esto significa que incluso aquellas disputas centradas en desafíos a salud, gobierno, seguridad, medio ambiente u otras regulaciones sensitivas, pueden ver sus laudos cubiertos por el secreto, al menos que tanto el inversionista consientan en su publicación.¹¹¹

Incluso si la privacidad pudiera ser entendible o necesaria respecto de inversionistas privados, diversos Estados están obligados por leyes locales o federales, que establecen la transparencia de las acciones gubernamentales, a la revelación de los resultados en estos procedimientos. De otra manera esto podría general un terreno fértil para comentarios de arreglos “debajo de la mesa” o para la realización de actividades efectivamente discutibles. Sin embargo, en la práctica estas consideraciones no siempre se tienen en cuenta. Tal como algunos autores han señalado, este debate puede tornarse vano si los “méritos de la confidencialidad” se ven como opuestos a los “beneficios de la casa de cristal” en los procedimientos arbitrales.¹¹²

En algunos casos esta discusión puede llegar a extremos ridículos. En *Public Citizen Global Trade Watch v. Office of the U.S. Trade Representative, et al*, C.A. No. 01-1654 (RWR) el Departamento de Estado y la Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos de América (“USTR”) denegaron la entrega de registros referidos al reclamo presentado por la empresa United Parcel Service of America, Inc. (UPS) en contra de Canadá conforme al Capítulo 11 del NAFTA y bajo las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, en la cual buscaba una compensación de 160 millones de dólares debido a los subsidios que Canadá entregaba al servicio postal canadiense. Invocando una excepción a la Freedom of Information Act (FOIA)¹¹³ el Gobierno había retenido diez documentos de respuesta sobre la base de que ellos habían sido apropiadamente clasificados por el Departamento de Estado conforme una Orden Ejecutiva. Sin embargo, hoy en día dichos documentos pueden accederse desde cualquier parte del mundo a través del sitio web oficial canadiense

111 Peterson, *supra* 39, 12.

112 François Dessemontet, *Arbitration and Confidentiality*, 7 *American Review International Arbitration* 299, 318 (1996).

113 Contenida en FOIA 1, 5 U.S.C. § 552(b)(1)

sobre solución de controversias del NAFTA, así como de otros sitios de Internet.¹¹⁴ Finalmente, con fecha 11 de junio de 2007, el Tribunal Arbitral emitió su decisión rechazando la totalidad de los reclamos de UPS.¹¹⁵

Algunos comentaristas han señalado que el secreto de los resultados en procedimientos arbitrales (especialmente cuando se han alcanzado transacciones confidenciales) es la primera etapa en la erosión del acceso público a las disputas, infringiendo más daño al derecho público de acceso a la información que la litigación tradicional.¹¹⁶

La confidencialidad puede ser claramente un componente legítimo de la resolución alternativa de controversias. Puede ser incluso, un punto central para convencer a las partes en decidirse por el arbitraje sobre la litigación judicial. Sin embargo, cada día aparecen menos justificaciones convincentes para admitir resultados secretos en arbitrajes internacionales, sobre todo si se considera el contexto de la pérdida de información pública que de ellos resulta. Tal como hemos visto, esto es especialmente relevante en disputas referidas a inversión extranjera, considerando los efectos extensivos que pueden tener las decisiones en estas materias, que no van a afectar exclusivamente a las partes dado el ámbito en que dichas inversiones se desarrollan.

Quizás por ello, la publicidad de los laudos ha mejorado en los últimos años. De acuerdo a lo informado por UNCTAD, durante el año 2007 tribunales arbitrales en materia de inversiones emitieron al menos 28 laudos, 24 de los cuales son de dominio público. Con todo, de la totalidad de casos decididos en procedimientos de conocimiento público, el laudo definitivo de 17 de ellos se mantiene sin conocerse, ni siquiera parcialmente.¹¹⁷

114 United Parcel Service of America, Inc. ("UPS") v. Government of Canada, disponibles en <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/parcel.aspx?lang=en>. Asimismo, documentos relacionados con esta petición se encuentran disponibles en el sitio web de Public Citizen, disponible en: <http://www.citizen.org> y en el sitio web NAFTA Claims, disponible en: http://www.naftaclaims.com/disputes_canada_ups.htm (todos los sitios, fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

115 United Parcel Service of America, Inc. ("UPS") v. Government of Canada, Merit Award, disponible en: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/MeritsAward24May2007.pdf> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

116 Brenowitz, *supra* 78, 689.

117 UNCTAD, *supra* 32, 3.

b. Participación de terceros:

Argumentos a favor y en contra a la intervención de terceros en procedimientos arbitrales pueden basarse en, *inter alia*, principios obligatorios aplicables al procedimiento arbitral, el rol de la equidad en los procedimientos y la determinación de los árbitros, la disponibilidad de medidas provisionales en las cortes y tribunales arbitrales, en los límites de los poderes de los árbitros y en las políticas públicas detrás del procedimiento arbitral.¹¹⁸

En la actualidad, existen muchas legislaciones que permiten a terceros con un interés directo (aquellos directamente afectados por el resultado) o indirecto (aquellos afectados por la misma medida o interesados en su resultado en razón del interés público) participar en un procedimiento, sea uniéndose al mismo a través de las "tercerías" ("joinder of third parties") o permitiendo la entrega de presentaciones en calidad de "amicus curiae" ("amigos de la corte").

¿Deben los derechos de terceros en un juicio arbitral internacional en materia de inversiones ser más limitados que en un juicio análogo llevado ante tribunales nacionales? ¿Y si es así, como es eso justificable? Oponentes a la participación de terceras partes en el arbitraje frecuentemente argumentan que cuando se les permite ingresar o intervenir en el proceso, se destruye la confidencialidad que las partes estimaron tan importante para la resolución de su controversia.¹¹⁹

Dentro de las ventajas de la participación de terceros en estos procedimientos, se mencionan: la mejor calidad en la toma de decisiones producto de su debate más completo, su mayor transparencia y legitimidad, así como la implementación de valores democráticos y de la participación pública. Como contrapartida, estas formas de participación pueden significar aumentar los costos del proceso, dilatar su duración y cuando son mal implementadas, afectar información confidencial o reservada. Asimismo, se plantean inquietudes acerca de la falta de control de la calidad de las "pruebas" que presenten, o del acceso desigual para participar en el

118 Strong, *supra* 80, 942-943.

119 Michael Collins, *Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings*, 30 *Texas International Law Journal* 121, 134 (1995).

proceso, como ocurre por ejemplo entre ONGs de países desarrollados versus organizaciones de ese mismo tipo en países en desarrollo.¹²⁰

Si aceptamos que los terceros deben tener los mismos privilegios en un arbitraje internacional en esta materia, la siguiente pregunta es qué tipo de derechos les deben ser reconocidos en disputas relativas a inversiones. Los grados de acceso que pueden ser otorgados y el reconocimiento de todos o algunos de estos derechos, dependerá de las partes, el Tribunal y principalmente, de la legislación aplicable.

Aunque un esquema amplio de participación ha sido fuertemente debatido por algunos autores,¹²¹ el modelo más comprehensivo de participación como tercero en un proceso podría comprender aspectos referidos al foro (derecho a un tribunal imparcial e independiente, conocimiento de las inhabilidades de los árbitros y sus conflictos de competencia), referidos a la prueba (derecho a conocer, presentar y objetar probanzas, derecho a igual tratamiento en diligencias probatorias) y referidos a las decisiones (derecho a recibir fundamentos de las decisiones, a tener resoluciones fundadas, dictadas de manera imparcial y sin ultrapetita, derecho a cuestionar las decisiones y a solicitar su cumplimiento forzado).

El grado de acceso que puede ser otorgado a los terceros y el reconocimiento de todos, algunos o parte de estos derechos, dependerá de las circunstancias acerca de qué derecho o interés se encuentra involucrado y en qué etapa del procedimiento se solicita. Hasta ahora no existe ninguna disposición que considere todo este amplio rango de posibilidades. Sin embargo, como veremos, en el último tiempo se han producido importantes avances en la materia.

1. Intervención de Terceros:

En relación con la intervención de terceros en procesos civiles llevados ante tribunales domésticos, existen algunas diferencias dependiendo de las tradiciones jurídicas de los diversos países. En aquellos de la órbita del

¹²⁰ Joachim Delaney & Daniel Barstow Magraw, *supra* 65, 778-784.

¹²¹ Véase los intercambios entre Mark Kantor y Robert Howse sobre restricciones al acceso público en los arbitrajes del ICSID en Oil, Gas & Energy Law Intelligence, disponibles en: http://www.gasandoil.com/ogel/samples/freearticles/article_57.htm y los comentarios de Todd Weiler sobre el mismo punto en: http://www.gasandoil.com/ogel/samples/freearticles/article_60.htm (ambos fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

Derecho Civil, un reclamo presentado por un tercero es suficiente fundamento para obtener competencia en el asunto, mientras que en países del sistema del *Common Law*, la tercera parte debe estar sujeta a jurisdicción de manera independiente.¹²² De esta manera se hace mucho más difícil la intervención de un tercero en estos países que en los de sistemas de *Derecho Civil*. A modo de ejemplo, cabe recordar que el ordenamiento jurídico chileno, reconoce expresamente las tercerías en carácter de independiente o coadyuvante, permitiéndose invocar dominio, posesión o prelación respecto de los bienes en disputa, entre otros.¹²³

Pocos Estados han adoptado disposiciones reconociendo explícitamente la intervención de terceros en procedimientos arbitrales. La Indonesian Arbitration and Alternative Dispute Resolution Act – que regula tanto el arbitraje nacional como internacional – expresamente reconoce la intervención de terceros si tienen intereses relacionados con el caso y su participación es aceptada tanto por las partes en disputa, como por el Tribunal Arbitral ante el cual se lleva el caso.¹²⁴ Otra excepción se encuentra en la Netherlands Arbitration Act donde una tercera parte que tiene interés en el resultado de los procedimientos, puede solicitar intervenir en ellos, por ejemplo, si tiene el carácter de subcontratista de una de las partes.¹²⁵

En Estados Unidos de América existen dos jurisdicciones que a nivel estatal han aprobado legislación disponiendo la incorporación de las terceras partes que sean necesarias en el arbitraje. Sin embargo, las leyes de Utah requieren que las partes que se incorporen sean a su vez partes del acuerdo de arbitraje.¹²⁶ Lo mismo ocurre en Carolina del Sur, donde incluso la ley no requiere que el tercero que sea incorporado como parte consienta en el proceso.¹²⁷ Sin embargo, ninguna de las disposiciones discute el derecho de quien no sea parte a intervenir en el arbitraje. Es más, la legislación de Utah al establecer como requisito para que un

¹²² ALI/UNIDROIT, *supra* 62, 22.

¹²³ Código de Procedimiento Civil chileno, artículos 518 y siguientes.

¹²⁴ Indonesian Law No. 30 of 1999, Art. 30, disponible en: <http://www.arbiter.com.sg/IndonArbAct1999Index.htm> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

¹²⁵ Netherlands Arbitration Act 1986, Art. 1045, 26 I.L.M. 921 (1987).

¹²⁶ Utah Code Ann. § 78-31a-9 (1997)

¹²⁷ S.C. Code Ann. § 15-48-60 (Law. Co-op. Supp. 1985)

tercero se incorpore como parte en el procedimiento arbitral, el que sea firmante del acuerdo de arbitraje, puede tener como único objetivo evitar la intervención de un extraño al contrato.¹²⁸

Algunas instituciones han avanzado a favor de este tipo de arbitraje pero limitando la participación de terceros como parte plena en juicio al acuerdo previo de las partes. Por ejemplo, las Reglas de Arbitraje Comercial de la Japan Commercial Arbitration Association expresamente establecen que "*Cualquier persona interesada que no es parte en un procedimiento arbitral específico puede, con el consentimiento de todas las partes en dicho arbitraje, participar en tal arbitraje como demandante o permitírsele participar como demandado*".¹²⁹

En las disputas en materia de inversión extranjera, un tercero con un interés legal propio en la disputa, incluso si no se encuentra directamente en relación con el caso llevado por las partes en arbitraje, podría verse afectado por el resultado de dicha controversia, por ejemplo, si uno de las partes participa en el mismo mercado o negocio involucrado en la disputa, ya sea como consumidor o competidor.

En el sistema ICSID, el Tribunal Arbitral retiene gran discrecionalidad y se le ha otorgado el poder de dictar las resoluciones necesarias para la sustanciación del proceso, aunque también tiene la obligación de aplicar cualquier acuerdo de las partes sobre cuestiones procesales.¹³⁰ Se ha sugerido que esta amplia facultad discrecional puede facilitar la intervención de terceras partes en situaciones donde el contrato nada dice o donde sólo una parte objeta la participación de terceros.¹³¹ Sin embargo las Reglas de Arbitraje del ICSID nada señalan respecto a la incorporación de terceras partes. Lo mismo ocurre en las reglas de arbitraje de UNCITRAL, SCC y la ICC.

De hecho, en el ya referido caso *UPS v. Government of Canada*, iniciado conforme al Capítulo 11 del NAFTA bajo las Reglas de Arbitraje de

¹²⁸ Strong, *supra* 80, 961.

¹²⁹ Commercial Arbitration Rules of the Japan Commercial Arbitration Association, Rule 43 (1), disponibles en <http://www.jcaa.or.jp/e/arbitration-e/kisoku-e/shouji4-1-e.html>. (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

¹³⁰ ICSID Arb. Rules, Rule 19, 20(2)

¹³¹ Strong, *supra* 80, 951.

UNCITRAL, el Sindicato de Trabajadores Postales Canadiense (Canadian Union of Postal Workers – CUPW) presentó una petición al tribunal arbitral solicitando participar como parte afectada debido a las consecuencias potencialmente desastrosas que podría acarrear el reclamo de UPS para todos los servicios públicos. Aún cuando el tribunal rechazó esa petición para incorporarse como parte plena, reservó para más adelante la cuestión de si la intervención de amicus podría ser permitida y finalmente otorgó tal posibilidad.¹³²

En la práctica existe otra manera en que una parte directamente afectada por la controversia, puede unirse a un procedimiento arbitral, a través de la figura conocida como *consolidación de procedimientos*. No muchas legislaciones e instituciones han reconocido esta forma de participación, encontrándose limitada al consentimiento que entreguen las partes. En estos casos las partes “originales” normalmente prefieren tener una sola audiencia en el mismo foro para evitar duplicidad de procedimientos, resultados inconsistentes y altos costos.¹³³

La Hong Kong Arbitration Ordinance permite a la Corte ordenar la consolidación o la realización de comparendos de los arbitrajes locales y de los arbitrajes internacionales que deban tramitarse como arbitraje doméstico.¹³⁴ En Australia, los tribunales arbitrales están expresamente facultados para consolidar arbitrajes a petición de una parte.¹³⁵ La consolidación de procedimientos arbitrales es permitida también por ciertas reglas de arbitraje como las de AAA Grain, National Association of Securities Dealers, y la New York Stock Exchange.¹³⁶

Ciertos tratados en materia de inversiones ya permiten la consolidación de arbitrajes en uno sólo, cuando dos o más procedimientos paralelos han sido iniciados. Así ocurre con los Tratados de Libre Comercio entre Centro América, la República Dominicana y los Estados Unidos de Amé-

132 Direction of the Tribunal on the Participation of Amicus Curiae, Aug. 1, 2003, disponible en <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/AMICI-CURIAE.pdf> (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

133 Strong *supra* 80, 937.

134 Hong Kong Arbitration Ordinance, Chap. 341, Section 6B, HKO Cap.341 Long Title (1997).

135 1974 Australian International Arbitration Act §24, disponible en http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/iaa1974276/s24.html (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

136 Strong, *supra* 80, 973.

rica (CAFTA-DR),¹³⁷ entre Canadá y Chile,¹³⁸ y de manera destacada en el Capítulo II del NAFTA,¹³⁹ donde incluso los gobiernos de los tres Estados Parte pueden efectuar peticiones, incluso si no se encuentran directamente involucradas como partes en el caso.¹⁴⁰

Conforme con el Artículo 1126 del NAFTA, dos consolidaciones han sido ordenadas: una bajo las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL: *Canfor Corporation v. United States of America, Tembec et al. v. United States of America* y *Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*;¹⁴¹ y otra bajo las Reglas del Mecanismo Adicional del ICSID¹⁴²: *Corn Products International Inc v. United Mexican States*¹⁴³ y *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle ingredients Americas Inc. v. United Mexican States*.¹⁴⁴

Bajo las Reglas de Arbitraje del ICSID hay tres casos presentados por coaliciones de inversionistas extranjeros que han sido "consolidados" o acumulados de una manera bastante poco ortodoxa.¹⁴⁵ Se trata de *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. & InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina* (ICSID Case No. ARB/03/17), *Aguas Cordobesas S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. v. República Argentina* (ICSID Case No. ARB/03/18) y *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A v. República Argentina* (ICSID

137 Central America-Dominican Republic-United States Free Trade Agreement (CAFTA-DR), Section B. Art. 10.25, disponible en: http://www.sice.oas.org/Trade/CAFTA/CAFTADR_e/CAFTADRin_e.asp (fecha última visita: 30 de septiembre 2008).

138 Article G-27, disponible en http://www.sice.oas.org/Trade/chican_e/chcatoc.asp (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

139 NAFTA, Chap. II, Art. 1126.

140 Karl-Heinz Böckstiegel, *The Role of Arbitrators in Investment Treaty Arbitration*, en *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions* 366, 373 (Albert Jan Van der Berg ed., 2003).

141 Order of the Consolidation Tribunal, September 7, 2005, disponible en: <http://www.unige.ch/droit/colloques/conproinvarb/canfor.pdf> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

142 Order of the Consolidation Tribunal, May 20, 2005, disponible en: <http://www.unige.ch/droit/colloques/conproinvarb/corn%20products.pdf> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

143 ICSID case No ARB (AF)/04/01.

144 ICSID case No ARB (AF)/04/5.

145 Enrique Fernández Masiá, *Presente y Futuro de la acumulación de procedimientos arbitrales en materia de inversiones extranjeras*, 11 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 11 (2006).

Case No.ARB/03/19). Todos ellos tienen los mismos árbitros designados: Jeswald W. Salacuse, Gabrielle Kaufmann-Kohler y Pedro Nikken.

2. *Amicus Curiae*:

Si bien la existencia y participación de *amicus curiae* es antigua – los “amigos de la corte” ya existían en el Derecho Romano – su uso ha crecido rápidamente durante las recientes décadas. Incorporada dentro del *Common Law* inglés, el desarrollo de la participación de *amicus* puede haberse visto beneficiada en gran parte debido a la dificultad y casi imposibilidad existente en dicho sistema jurídico para permitir la intervención de terceros. Por su parte, en el *Common Law* americano, la actitud de la mayoría de los Tribunales en casos que involucran el interés público, es permitir la entrega de presentaciones de *amicus curiae*. Casi todos los Tribunales requieren una petición previa de los *amicus* para participar en el proceso. Con todo, un tribunal puede designar un amigo de la corte cuando lo estime apropiado, aún sin mediar solicitud alguna.¹⁴⁶

En la mayoría de los países civilistas, no existe la costumbre establecida de permitir la intervención o participación de terceros sin un interés directo (generalmente pecuniario) en los méritos de la disputa. Como consecuencia de ello, la gran parte de esos países no tiene como práctica el admitir la entrega de presentación de *amicus curiae*.¹⁴⁷ Sin embargo, incluso en aquellos países de *Derecho Civil* donde los *amicus* no se encuentran expresamente reconocidos, se pueden hallar equivalentes funcionales de tal rol, a través de amplios derechos de intervención como terceros reconocidos a las personas interesadas en juicio por medio de acciones conocidas por las Cortes.¹⁴⁸

Este punto se vuelve un asunto a considerar con mayor detención, especialmente dado el creciente número de tribunales internacionales que deciden permitir que uno o más actores privados presenten sus puntos de vista utilizando *amicus briefs* en un caso donde no son parte. Orga-

146 Dinah Shelton, *The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings*, 88 *American Journal International Law* 611, 617 (1994).

147 ALI/UNIDROIT, *supra* 62, 22.

148 Duncan B. Hollis, *Private Actors in Public International Law: Amicus Curiae and the Case for the Retention of State Sovereignty*, 25 *Boston College International & Comparative Law Review* 235, 239 (2002).

nizaciones No Gubernamentales (ONGs), representantes de la industria e incluso individuos, buscan presentar un expediente como amicus porque generalmente no tienen derecho a iniciar un caso internacional o intervenir como parte, siendo que el resultado del juicio puede afectar a quienes no son partes, en razón del interés público de la controversia.¹⁴⁹ Presentaciones de amicus han sido efectuadas y admitidas incluso en disputas entre Estados, en el seno del sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio (OMC).¹⁵⁰

Aún cuando no se contiene una disposición expresa sobre amicus curiae en la mayoría de los BITs y en los Capítulos de Inversiones de los FTAs, otorgar ese estatus puede derivarse de los poderes conferidos al tribunal arbitral que usualmente son amplios y sujetos no solo a una legislación específica sino también a principios de igualdad y justicia.¹⁵¹ Sin embargo, la pregunta que viene a continuación es hasta qué punto esta condición puede ser reconocida. ¿Se extiende sólo a efectuar presentaciones escritas o también al acceso a documentos del proceso o audiencias testimoniales? Algunos comentaristas han señalado que si bien los amicus puedan ser deseables, mantener un registro filmado de las audiencias ayudaría a la transparencia de las mismas, pero permitir la exposición oral de amicus curiae, podría afectar el orden de progresión del procedimiento y su costo.¹⁵²

Un cambio en la dirección de permitir mayor acceso a terceros se produjo al firmarse el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos de América y Singapur¹⁵³ (suscrito el 6 de mayo de 2003 y en vigor desde el 1º de enero de 2004) el cual consideró por primera vez en un tratado internacional, la posibilidad expresa de efectuar presentaciones como

149 Hollis, *supra* 148, 238.

150 Véase entre otros, GATT Appellate Body, Report on U.S. Imp. Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Prods., WT/DSS8/AB/R 108 (Oct. 12, 1998), disponible en 1998 WL 720123, concediendo tal petición.

151 Véase Reglas Arb. UNCITRAL, Art. 15(1).

152 Andrea K. Bjorklund, *The Participation of Amici Curiae in NAFTA Chapter Eleven Cases* (2002), disponible en <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/participate.aspx?lang=en> (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

153 US-Singapore Free Trade Agreement, Ch. 15, Art. 15.19 (3), disponible en http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Singapore_FTA/Section_Index.html (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

amicus curiae dentro de un arbitraje internacional entre inversionistas y el Estado. De acuerdo con las reglas establecidas en el tratado, el tribunal debe tener la facultad de aceptar y considerar presentaciones de amicus curiae emanadas de una persona o entidad que no sea parte contendiente ("el titular del informe"). La misma disposición se contiene en el FTA suscrito entre Estados Unidos de América y Chile (suscrito el 6 de junio de 2003 y también en vigor desde el 1º de enero de 2004).¹⁵⁴

Es interesante destacar que esta mejora no fue motivada sólo por la presión de organizaciones civiles¹⁵⁵ sino que principalmente por el gobierno de Estados Unidos de América quien ha tenido una creciente voluntad de extender la participación de ONGs en este tipo de arbitrajes, especialmente en el seno del NAFTA. Estas acciones podrían a la larga ser beneficiosas para los gobiernos, porque permiten un apoyo activo de sus posiciones defendiendo leyes y regulaciones sobre protección ambiental o salud pública, entre otras, que han sido cuestionadas por inversionistas extranjeros.¹⁵⁶

De hecho, en el presente clima existente en la opinión pública, muchos americanos no entienden por qué el arbitraje debe encontrarse disponible para inversionistas extranjeros.¹⁵⁷ Dando por sentada la ecuanimidad de su propio sistema judicial son frecuentemente sorprendidos al notar que no todo el mundo se siente confortable con un sistema de jurados y la posibilidad de enfrentar el pago de altas sumas por daños punitivos.¹⁵⁸ Parece que hoy en día, americanos y canadienses se han vuelto los principales defensores de la "Doctrina Calvo" invocada durante los años 1960's

154 Tratado disponible en http://www.direcon.cl/index.php?accion=tlc_eeuu (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

155 De hecho, en el caso de Chile las principales críticas fueron dirigidas al acuerdo en general y a la confidencialidad de las negociaciones entre Estados y no estuvieron dirigidas a un instrumento jurídico ajeno al sistema legal chileno. Al respecto, véase Alliance for Responsible Trade, Joint Declaration, disponible en http://www.bilaterals.org/rubrique.php3?id_rubrique=20&lang=es (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

156 Patrick Dumberry, The Admissibility of Amicus Curiae Briefs by NGOs in Investors-States Arbitration: The Precedent Set by the Methanex Case in the Context of NAFTA Chapter 11 Proceedings, in *Non-State Actors and International Law* 201, 213 (Kluwer ed., 2002).

157 Por ejemplo, Adam Liptak, NAFTA Tribunals Stir U.S. Worries, *New York Times* Apr. 18, 2004.

158 Guillermo Aguilar Alvarez & William Park, The New Face of Investment Arbitration: Capital Exporters as Host States under NAFTA Chapter 11, en *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions* 392, 395 (Albert Jan Van der Berg ed., 2003).

y 1970's por la mayoría de los países latinoamericanos y según la cual bajo el derecho internacional los extranjeros no tienen mayores derechos que los ciudadanos del Estado receptor.¹⁵⁹

En lo que respecta al arbitraje internacional ad hoc en materia de inversiones, en recientes procedimientos arbitrales entre un Estado Receptor y un inversionista extranjero, efectuados bajo el Capítulo 11 del NAFTA conforme con las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, los tribunales declararon tener "amplia autoridad" para aceptar y considerar presentaciones efectuadas por terceros. El primero de ellos, *Methanex Corporation v. the United States of America*, corresponde a una disputa donde la compañía canadiense Methanex, importante productora de metanol, demandó a Estados Unidos por la suma de novecientos setenta millones de dólares por concepto de lucro cesante, luego de que el Estado de California prohibiera el uso del producto químico MTBE, un aditivo para el gas basado en el metanol, medida ampliamente respaldada por organizaciones ambientalistas. Dicha empresa buscó compensación económica de parte de U.S.A. por más de 900 millones de dólares, reclamando que la regulación deficiente y el no cumplimiento de la legislación ambiental doméstica eran los verdaderos responsables de la presencia de MTBE en el agua potable de California, considerando la prohibición una expropiación de la inversión de la compañía, dictada en violación a los principios de trato nacional y estándar internacional mínimo establecidos en el NAFTA.¹⁶⁰

El panel arbitral en *Methanex* sentó precedente al declarar el amplio interés público del caso¹⁶¹ y sostener que se encontraba tanto facultado para aceptar contribuciones de amicus curiae, como dispuesto a hacerlo, sobre la base de los amplios poderes del Artículo 15(1) de las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, declarando con fecha 15 de enero de 2001 que "*hay un indudable interés público en este proceso de arbitraje. Las cuestiones sustantivas van más allá de las planteadas en los usuales procesos transnacionales de arbitraje entre partes comerciales*".¹⁶²

¹⁵⁹ Lowenfeld, supra 14, 395.

¹⁶⁰ Bjorklund, supra 152, 1-2.

¹⁶¹ Dumberry, supra 156, 208-213.

¹⁶² Fallo caso *Methanex*, párrafo 49 (2001), disponible en <http://www.state.gov/s/l/c5818.htm>. (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

Ratificando lo anterior, el 7 de octubre de 2003, la Comisión de Libre Comercio de NAFTA (CLC o FTC en su sigla en inglés), emitió por primera vez en cualquier contexto de arbitraje internacional, una decisión apoyando la presentación de *amicus curiae* bajo el Capítulo II del Tratado,¹⁶³ pese a que ello no se había pactado en su texto de manera expresa.

El 30 de enero de 2004, el Tribunal Arbitral de *Methanex* emitió un comunicado de prensa, indicando su decisión de permitir a ONGs u otros interesados que no tuvieran el carácter de partes, el presentar peticiones como *amicus curiae*.¹⁶⁴ De esta manera, el 9 de marzo de 2004, una ONG canadiense, International Institute for Sustainable Development (IISD) presentó los primeros *amicus briefs* al Tribunal,¹⁶⁵ donde se expusieron diversos fundamentos jurídicos acerca de la legalidad de la medida adoptada por el Estado de California, basándose en la improcedencia de limitar políticas públicas en la materia, las que en este caso serían concordantes con el desarrollo sostenible, como asimismo, precisando que no existiría expropiación o infracción al principios de trato nacional.¹⁶⁶ En la misma fecha, otra petición de *amicus* fue presentada por Earthjustice representando a diversas ONGs.¹⁶⁷ El 3 de agosto de 2005, el Panel Arbitral dictó su esperado laudo, rechazando todos los argumentos de la compañía.¹⁶⁸

163 Decision of the Tribunal on Petitions of Third Persons to Intervene as Amici Curiae, disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/6039.pdf> (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

164 Howard Mann, *Opening the Doors, At Least a Little: Comment on the Amicus Decision in Methanex v. United States*, 10 *Rev. Eur. Community & Int'l Env'tl L.* 241, 242 (2001).

165 IISD, *Amicus Curiae Submission*, disponible en <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?id=608> (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

166 Counsel for Communities For a Better Environment, Bluewater Network & Center for International Environmental Law, *Application of Non-Disputing Parties for Leave to File a Written Submission*, Mar. 9, 2004, disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/30471.pdf> (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

167 Counsel for Communities For a Better Environment, Bluewater Network & Center for International Environmental Law, *Application of Non-Disputing Parties for Leave to File a Written Submission*, Mar. 9, 2004, disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/30471.pdf> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

168 Laudo disponible en: [at http://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf](http://www.state.gov/documents/organization/51052.pdf) (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

Siguiendo el criterio expuesto en *Methanex*, el Tribunal Arbitral del citado caso *United Parcel Services (UPS) v. Canada*, si bien rechazó la presentación de la Canadian Union of Postal Workers (CUPW) para ser considerado como parte en el caso,¹⁶⁹ posteriormente le permitió la presentación como *amicus curiae*, aceptando finalmente la presentación de dos *amicus briefs*.¹⁷⁰

Interesantemente en ambos casos, los tribunales hicieron presente que el Tribunal de Reclamaciones entre Estados Unidos de América e Irán (U.S.-Iran Claims Tribunal) había resuelto en la misma manera,¹⁷¹ ello en contraste con la práctica de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de no aceptar la participación de nadie que no sea un Estado – y en ciertos casos, organizaciones internacionales – porque el Estatuto de la CIJ ha limitado la autoridad de la Corte. Finalmente, ambos tribunales arbitrales declinaron considerar como decisivo en su fallo, la existencia o no de reglas sobre *amicus* en dos de los tres países miembros del NAFTA, a favor de una interpretación textual del Artículo 15 (1) de las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL.¹⁷²

Hasta hace poco, las Reglas de Arbitraje del ICSID nada decían acerca de la participación de terceros o la intervención de cualquier parte adicional. Sin embargo, esta situación cambió drásticamente, primero por vía jurisprudencial y posteriormente en una reciente modificación de sus Reglas de Arbitraje.

La jurisprudencia inicial en esta materia fue justamente en sentido contrario, en el emblemático proceso *Aguas del Tunari v. República de Bolivia*.¹⁷³ Este caso se produjo a raíz de la privatización del sistema de aguas en la ciudad de Cochabamba el año 1999, el cual fue adjudicado a la empresa Aguas del Tunari como único oferente, de propiedad mayoritaria de Be-

169 Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as Amicus Curiae (Oct. 17, 2001), disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/6033.pdf> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

170 Direction of the Tribunal on the Participation of Amicus Curiae, Aug. 1, 2003, disponible en: http://www.dfaei.gc.ca/tna-nac/disp/parcel_archive-en.asp (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

171 Iran v. United States, Case A/15, Award No. 63-A/FT, en 2 Iran-US C.T.R. 40, 43.

172 Hollis, *supra* 148, 241.

173 ICSID Case No. Arb/02/03.

chtel Enterprises of California. Luego de un alza de hasta un 50% en las tarifas se produjeron diversas protestas masivas y violentas, con lesionados y muertos.¹⁷⁴ En abril de 2000, la compañía renunció a la administración del agua y abandonó el país.

Aguas del Tunari inició una acción legal contra Bolivia el 25 de febrero de 2002, demandando una compensación de 25 millones de dólares, una cantidad que representaba más que el total de la inversión que la compañía había hecho en ese país a la fecha.¹⁷⁵ El reclamo se presentó ante el ICSID bajo el BIT suscrito entre Bolivia y Holanda, ello pese a que la compañía matriz era de Estados Unidos de América. Sin embargo, constituyó domicilio de su subsidiaria en los Países Bajos, sólo con la intención de hacer uso del tratado.¹⁷⁶ En este caso, la compañía “migró” su negocio desde las Islas Caimán a Holanda, mediante el traspaso legal de su propiedad a una recientemente creada empresa holandesa, lo que permitió invocar la protección del BIT suscrito entre Bolivia y Holanda.¹⁷⁷

Aunque las reglas de dicho tratado no consideraban expresamente la participación de terceras partes o *amicus curiae*, en agosto de 2002, las organizaciones Earthjustice y el Center for International Environmental Law (CIEL) presentaron una petición para hacer público este procedimiento y permitir la participación de miembros de la sociedad civil boliviana.¹⁷⁸ En respuesta a esta petición, el Presidente del tribunal arbitral mediante carta de 29 de enero de 2003, rechazó que los ciudadanos afectados y las organizaciones de interés público accedieran al proceso,

174 The Ecologist, Blood and Water in Bolivia, Jun. 2000, disponible en: http://articles.findarticles.com/p/articles/mi_m2465/is_4_30/ai_63699752 (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

175 CIEL, Demand for Public Participation, Aug. 29, 2002, disponible en : http://www.ciel.org/Publications/CITIZENS_Aug021.pdf (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

176 Earthjustice, Secretive World Bank Tribunal Bans Public and Media Participation in Bechtel Lawsuit over Access to Water, Feb. 12, 2003, disponible en <http://www.earthjustice.org> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

177 Van Harten, *supra* 2, 116.

178 Corpwatch, Bolivia: Citizens, Media Excluded from Bechtel Trial by World Bank Tribunal, Feb. 25, 2003, disponible en <http://www.corpwatch.org/news/PND.jsp?articleid=5728> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

porque tal petición se encontraba "más allá del poder o la autoridad del tribunal".¹⁷⁹

Con todo, dada la fuerte presión nacional e internacional sobre el caso, los inversionistas extranjeros demandantes acordaron finalmente desistirse de la reclamación a comienzos del año 2006.¹⁸⁰ El gobierno boliviano compró a las empresas International Water BV y Befesa Construcción y Tecnología Ambiental (Abengoa) el 80% de las acciones de Aguas del Tunari "libres de toda carga", pagando dos bolivianos (alrededor de 25 centavos de dólar) por la transacción y así las compañías pusieron fin a su disputa por la concesión del suministro de agua potable y alcantarillado en Cochabamba.¹⁸¹

El siguiente caso donde se resolvió una petición de *amicus curiae* fue el proceso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentina*¹⁸² disputa en el sector de servicios sanitarios derivado de la reciente crisis argentina y donde mediante resolución emitida en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* efectuada por cinco ONGs,¹⁸³ el tribunal arbitral resolvió en mayo de 2005 denegar la solicitud de los peticionarios para asistir a las audiencias del juicio, pero les concedió la posibilidad de solicitar permiso para realizar presentaciones *amicus curiae* de acuerdo con una serie de condiciones estipuladas: señalar la identidad y los antecedentes del peticionario, su composición si se tratase de una organización, y la naturaleza de su relación, si la hubiera, con las partes en la diferencia; la naturaleza del interés del peticionario en el caso; si el peticionario hubiera recibido apoyo financiero u otro apoyo material de cualquiera de las partes o de cualquier persona vinculada con las partes en el caso; y las razones por las

179 Carta de 29 de enero de 2003, disponible en: <http://www.earthjustice.org/news/documents/2-03/ICSIDResponse.pdf> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

180 Véase en Law of Nations (Blog) <http://lawofnations.blogspot.com/2006/02/bechtel-abandons-its-icsid-claim.html> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

181 Véase artículo relacionado en: http://www.watertoforsale.org/blog/_archives/2006/11/19/1715298.html (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

182 ISCID Case No. ARB/03/19.

183 Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Centro para el Derecho Internacional Ambiental (CIEL), Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria, y Unión de Usuarios y Consumidores.

cuales el Tribunal debería aceptar el escrito *amicus curiae* del peticionario.¹⁸⁴ Esta resolución se dictó considerando expresamente la experiencia de arbitrajes en el NAFTA y en los citados casos *Methanex* y *UPS*.

Ese criterio fue mantenido en términos generales en un caso análogo, teniendo como parte a una de las mismas empresas: *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. & InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina*.¹⁸⁵ Este fue otro de los tres reclamos interpuestos por coaliciones de empresas extranjeras de servicios sanitarios y que como hemos señalado, están siendo conocidas por el mismo tribunal en una novedosa forma de consolidación.¹⁸⁶ En este caso, mediante resolución dictada en marzo de 2006, el tribunal arbitral resolvió denegar la solicitud de los peticionarios para asistir a las audiencias del caso, pero les concedió la posibilidad de solicitar autorización para realizar presentaciones *amicus curiae*, siempre que se proporcionare al Tribunal información convincente y razones por las cuales ellos calificarían en esa calidad. Asimismo, se denegó la solicitud de los peticionarios de acceso a los documentos, especificándose que consideraría si puede darse acceso a los documentos como una cuestión de principios y reconsideraría la capacidad de los peticionarios siempre y cuando proporcionaren al Tribunal información convincente y razones por las cuales ellos calificarían como *amicus curiae*.¹⁸⁷

Como reacción a estos casos y considerando la experiencia del NAFTA, el Secretariado del ICSID puso en circulación un documento con propuestas de mejoras al marco legal del arbitraje efectuado bajo las reglas de ese Centro, incluyendo modificaciones tales como permitir la presentación de *amicus curiae* y el acceso de terceros a las audiencias que se

184 Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *Amicus Curiae*, 19 de mayo de 2005, disponible en <http://www.investmentclaims.com/decisions/44a%20-%20ARB0319-AC-sp.pdf> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

185 ICSID Case No. ARB/03/17.

186 Enrique Fernández Masía, Presente y Futuro de la acumulación de procedimientos arbitrales en materia de inversiones extranjeras, 11 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 11 (2006).

187 Order in response to a Petition for Participation as *Amicus Curiae* (English), 17 March 2006, disponible en <http://www.investmentclaims.com/decisions/AguasAmici-17March2006-sp.pdf> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

efectúen en el procedimiento, propuestas que junto con otras mejoras al sistema, tuvo un amplio proceso de discusión.¹⁸⁸

En definitiva, dichas mejoras se plasmaron en texto de reforma que fue sometido a votación, el cual entró en vigencia el 10 de abril de 2006, modificando sus Reglas de Arbitraje en dos aspectos muy relevantes en cuanto nos interesa: Se permitió que terceros accedieran a la totalidad o parte de las audiencias, o las observen (claro que previa consulta al Secretario General, sólo si ninguna de las partes se opone y siempre que se proteja la información privilegiada).¹⁸⁹ Asimismo, se estableció que después de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal,¹⁹⁰ relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia. Con ello se reconoce de hecho, la presentación de *amicus curiae* o en términos más amplios de cualquier *Non-Disputing Party*.

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

Con todo, el Tribunal debe 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.

Como primeros efectos de estos cambios y del nuevo Artículo 37 de las Reglas de Arbitraje de ICSID, durante el año 2007 se permitieron

¹⁸⁸ Secretariado ICSID, "Discussion Paper", 22 de octubre 2004, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/ViewNewsReleases.jsp> (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

¹⁸⁹ Reglas de Arbitraje ICSID, Regla 32 (2).

¹⁹⁰ Reglas de Arbitraje ICSID, Regla 37 (2).

presentaciones de *amicus curiae* en los casos *Biwater Gauff (Tanzania) v. United Republic of Tanzania* (iniciado conforme al BIT entre Tanzania y el Reino Unido) y *Suez, Sociedad General de Agua de Barcelona S.A y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina* (iniciado de acuerdo con los BITs Argentina-Francia y Argentina-España).¹⁹¹ Sin embargo, es importante hacer notar que ambas órdenes denegaron acceso a los documentos y asistencia a las audiencias por parte de los *amicus*.¹⁹²

5. ALGUNAS CONCLUSIONES Y ¿POSIBLES SOLUCIONES?

Como hemos visto, en la mayoría de los conflictos sobre inversión extranjera sometidos a mecanismos arbitrales internacionales de solución de controversias, los individuos que no son parte directa en el litigio se pueden ver afectados en sus derechos al no reconocerse las mismas garantías procesales que cuando dichas disputas se someten al conocimiento de tribunales nacionales.

Por esa razón, una de las mayores críticas efectuadas a este sistema, es que a través de su particular uso del arbitraje privado en la esfera regulatoria, puede enfrentarse con importantes principios de responsabilidad judicial e independencia reconocidos en sociedades democráticas. Para algunos autores, los Estados han contratado adjudicadores privados para determinar la legalidad de actos soberanos y para entregar fondos públicos a empresas que presentan pérdidas como resultado de una regulación gubernamental.¹⁹³

¿Cuáles son las posibles soluciones para una adecuada protección de los intereses legítimos de terceros y de la sociedad en los arbitrajes entre inversionistas y Estados? ¿Cómo evitar que esta regulación indirecta producto de una adjudicación internacional vulnere derechos de los ciudadanos y obligaciones de los Estados a la luz de su derecho interno?

191 *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania* (ICSID Case No. ARB/05/22). Procedural Order N. 5, 2 February 2007; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/19). Order in response to *amicus curiae*, 12 February 2007, ambas disponibles en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

192 UNCTAD, *supra* 32, 11.

193 Van Harten, *supra* 2, 4-5.

Basándonos en la distinción planteada por STEWART¹⁹⁴ en el Derecho Administrativo Americano, para responder estas preguntas y obtener alguna solución podemos considerar dos estrategias básicas: la primera, consiste en desarrollar nuevas normas internacionales sobre transparencia e igualdad directamente aplicables a la solución de controversias entre inversionistas extranjeros y Estados receptores (Estrategia Descendente o “*top down*” approach). La segunda, implica extender las normas y principios del derecho doméstico para asegurar una mayor participación de terceros con interés en las disputas, o de la sociedad en general cuando el interés público se encuentra involucrado (Estrategia Ascendente o “*bottom up*” approach).

a. Estrategia Descendente:

Muchos de los problemas observados en este artículo son inherentes a los actuales modelos de tratados de inversión, los cuales dado su gran número es poco probable que sean objeto de una rápida renegociación. Sin embargo, Canadá¹⁹⁵ (en el año 2003) y Estados Unidos de América¹⁹⁶ (en el 2004) han redactado nuevos modelos de BITs que incluyen disposiciones sobre transparencia, eventuales procesos de apelación y la presentación de *amicus curiae*.

En el mismo sentido, Noruega elaboró un modelo de BIT que abrió para comentarios públicos el 19 de diciembre de 2007, el cual es notable en numerosos aspectos.¹⁹⁷ El documento resalta el deseo de Noruega de promover democracia, salud, seguridad, medio ambiente, derechos humanos y laborales, así como la transparencia. Con algunas excepciones, requiere al Tribunal Arbitral hacer públicos todos los documentos presentados o emitidos y que las audiencias se efectúen de manera abierta al público.

194 Richard Stewart, *US Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?* 68 *Law & Contemp. Probs.* 63 (Summer/Autumn 2005).

195 Canada Model BIT, disponible en: <http://www.sice.oas.org/Investment/NatLeg/Can/2004-FIPA-model-en.pdf> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

196 Por ejemplo, véase U.S. Department of State, 2004 Model BIT, disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/29030.doc> (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

197 ASIL, *International Law in Brief (ILIB)*, April 21, 2008, disponible en: <http://www.asil.org/ilib080603.cfm> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

Chile ya presenta indicios de avance en esta materia. Tal como señaláramos, el Tratado de Libre Comercio entre nuestro país y Estados Unidos de América, contempla por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de que “Amigos de la Corte” puedan entregar su opinión al Tribunal Arbitral acerca de una controversia entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión, encontrándose el Tribunal facultado para aceptar y considerar sus informes.¹⁹⁸ Como requisito de los mismos, se establece que dichas presentaciones deberán hacerse en español e inglés, identificando a su titular y cualquier Parte u otro gobierno, persona u organización, que ha proveído o proveerá cualquier asistencia financiera o de otro tipo en su preparación, medida que claramente tiene por objeto velar por la imparcialidad de los amicus que intervengan en el proceso.

En el mismo sentido, recientemente se han publicado declaraciones sobre algunas disposiciones del Capítulo G del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Canadá, en el cual se acepta la participación de una parte no contendiente en este tipo de procedimientos arbitrales, pero estableciendo normas de detalle acerca del procedimiento para solicitar su participación, como asimismo para otorgarla y ejercerla.¹⁹⁹

Una reingeniería menos compleja se produciría a través de una modificación de las reglas de arbitraje aplicables (UNCITRAL, ICC, SCC), para ser aplicadas en el evento que se registren procesos arbitrales entre inversionistas y Estados. Si bien como vimos, ello ocurrió el año 2006 respecto de las Reglas de Arbitraje del ICSID, los cambios introducidos son un gran avance en materia de participación de terceros, pero a nuestro juicio no son suficientes en materia de transparencia. Luego de reiteradas críticas provenientes de Estados y ONGs acerca de su falta de transparencia en este tipo de disputas, UNCITRAL se encuentra actualmente revisando sus reglas de arbitraje por primera vez desde 1976.²⁰⁰

198 TLC Chile-USA, artículo 10.19 N° 3 (Capítulo 10).

199 Véase Decreto Supremo N° 266 de fecha 3 de Julio de 2006, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de fecha 7 de noviembre de 2006.

200 CIEL & IISD, Block of countries refuses to discuss transparency in investor-State Arbitrations, February 15, 2008, disponible en: http://www.iisd.org/pdf/2008/pr_ciel_iisd_feb_15_2008.pdf (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

Algunos autores han sugerido que reformas a las reglas de arbitraje en este punto debieran abordar al menos las siguientes áreas:²⁰¹

1. Registro público obligatorio: un nuevo grupo de reglas procesales podría disponer expresamente la publicidad de todos los reclamos, en una manera similar a las disputas llevadas ante el ICSID, en el sitio web del Centro.
2. Acceso a las audiencias: una modificación de las reglas de procedimiento debería permitir el acceso a las audiencias del arbitraje de individuos afectados por su resultado o de organizaciones representantes del interés público, previa solicitud a ser considerado como *amicus curiae*.
3. Acceso a los laudos: un cambio sustantivo sería la publicación sistemática de todos los fallos arbitrales en casos entre Estados e inversionistas, de manera de asegurar el desarrollo de un cuerpo propio de normas de derecho, con igual acceso a todos los inversionistas y Estados, firmas internacionales de abogados o litigantes individuales.

Otra mejora en los procedimientos arbitrales en esta materia, podría obtenerse mediante la institución de un proceso de apelación que considere la participación de terceras partes en la disputa como *amicus curiae* o en otra forma.

Por ejemplo, dentro del sistema de solución de controversias de la OMC – donde existe un Órgano de Apelación (OA) – dicho organismo se ha considerado facultado por el Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD) de la OMC para admitir la participación de *amicus*. En el caso *Camarón-Tortuga*,²⁰² el OA consideró que el artículo 13 del ESD le daba tácitamente la autoridad al Grupo Especial (tribunal de primera instancia) para revisar o ignorar cualquier información, incluyendo presentaciones de ONGs, sin siquiera considerar si estas fueron solicitadas o no. En el

201 Blackaby, *supra* 87, 363-364.

202 United States Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (India, Malaysia, Pakistan, Thailand v. United States), Report on the Appellate Body, WTO Doc. WT/DS58/AB/R.

caso del *Acero Británico*,²⁰³ el Órgano de Apelación se consideró asimismo facultado para recibir presentaciones de amicus durante el proceso de apelación, interpretando esta vez las facultades discrecionales que le confiere el artículo 17 del ESD, pero igualmente con el objeto de determinar una facultad implícita que le permitiera conceder dicha autorización.²⁰⁴

Tal como lo conocemos, el arbitraje es usualmente un procedimiento sin apelación. Esta característica puede ser apropiada para disputas sobre comercio internacional, pero necesita ser reconsiderada en el campo de la inversión extranjera donde las políticas de un Estado están siendo cuestionadas y el valor como precedente de un caso puede exagerarse o minimizarse innecesariamente, sin en el contexto de un criterio común de revisión. En todo caso, una institución de estas características debiera establecerse de acuerdo con principios ampliamente aceptados para la adopción de decisiones judiciales.²⁰⁵

Si bien entre los miles de BITs actualmente vigentes, no existe una norma que establezca la posibilidad de apelar a un tribunal arbitral internacional, el Anexo 10-H del FTA entre Chile y Estados Unidos de América, considera la posibilidad de acordar la creación de un Órgano Arbitral Bilateral dentro del plazo de tres años desde la vigencia del acuerdo (el 1º de enero de 2004), lo que sin embargo, hasta la fecha no ha ocurrido.

Asimismo, en el texto final del Tratado de Libre Comercio entre Centro América, la República Dominicana y los Estados Unidos de América (CAFTA-DR), existe la intención de desarrollar un órgano de apelación o un mecanismo similar para revisar los fallos emitidos por los tribunales arbitrales conforme al Capítulo de Inversión del Acuerdo. Para ese fin, el

203 WTO Appellate Body Report. United States—Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom, AB-2000-1, WT/DS138/AB/R (00-1896).

204 Hollis, *supra* 148, 240-241.

205 Así se ha propuesto recientemente por Gus Van Harten, A Case for International Investment Court, Inaugural Conference of the Society for International Economic Law (SIEL): New Horizons of International Economic Law, Geneva, 16 de Julio 2008, disponible en: <http://www.ssrn.com/link/SIEL-Inaugural-Conference.html> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

grupo negociador deberá tomar en consideración la “transparencia de los procedimientos”.²⁰⁶

Una última posibilidad dentro de esta estrategia descendente, sería considerar la aplicación de los principios de derecho internacional o transnacional como aplicables en los arbitrajes internacionales en materia de inversiones, aún cuando no hayan sido reconocidos como “principios generales reconocidos por las naciones civilizadas”. Debemos tener presente que de acuerdo a la Convención de Washington, ante la falta de acuerdo de las partes, el Tribunal deberá aplicar las leyes de los Estados Partes y aquellas de derecho internacional que puedan ser aplicables.²⁰⁷ Por su parte, tanto el American Law Institute como UNIDROIT han reconocido la participación de terceras partes y presentaciones de *amicus curiae* como “Principios de Procedimiento Civil Transnacional”.²⁰⁸ Lo mismo ocurre con la independencia e imparcialidad de los jueces, un argumento que puede ser considerado cuando la disputa en cuestión se refiere a un proyecto financiado por el Banco Mundial y un juicio a su respecto es sometido a conocimiento del ICSID, miembro del mismo grupo de instituciones.²⁰⁹

Pero en este caso ¿De dónde derivaría la autoridad de los tribunales para considerar estos principios y permitir la participación de terceros? Algunos autores han sostenido, basándose en la práctica de muchos sistemas legales, que tal facultad le es concedida a los tribunales como un principio general del Derecho, como ocurre con la atribución que se les reconoce para resolver acerca de su propia competencia (*kompetenz-kompetenz*).²¹⁰

b. Estrategia Ascendente:

Una segunda aproximación para mejorar los problemas descritos en este artículo, sería el basarse en la legislación nacional aplicable en la disputa, y

206 CAFTA-DR, *supra* | 33.

207 Convención ICSID, Art. 42

208 ALI/UNIDROIT, *supra* 62.

209 Al respecto, puede revisarse <http://www.worldbank.org/icsid/> (fecha última visita 30: de septiembre de 2008).

210 Hollis, *supra* | 48, 239.

a través de ella, tratar de extender los principios domésticos de transparencia e igualdad en el acceso de terceras partes en la disputa.

Se ha dicho que porque el arbitraje es una “criatura de contrato”, las partes pueden elegir el derecho procesal aplicable con relativa facilidad. Sin embargo, estos acuerdos no existen en un vacío jurídico, dado que cada compromiso es redactado dentro del contexto de uno o más sistemas jurídicos nacionales.²¹¹ Así, ésta legislación nacional puede afectar el procedimiento arbitral en numerosas formas.

Por ejemplo, incluso si las reglas procesales establecidas no se basan específicamente en el marco legal del arbitraje de un Estado en particular, el derecho nacional puede ser invocado como defensa al procedimiento de arbitraje en sí mismo o durante la ejecución del laudo arbitral. Diversas normas locales proveen posibles fundamentos a las Cortes y árbitros para permitir el derecho de participación o intervención de terceros, incluso sobre las objeciones que planteen las partes del arbitraje.²¹²

Asimismo, como una de las partes en disputa es un Estado, la legislación doméstica sobre transparencia y publicidad de los actos del Estado, podría ser invocada para forzar la entrega de antecedentes a terceros acerca de la existencia del procedimiento, su estado de tramitación y su resultado final.

Teniendo presente lo anterior, a continuación analizaremos el diferente estado que presenta la transparencia de los procedimientos y la participación de terceros en disputas relativas a inversión extranjera, comparando los derechos que en ambos casos se reconocen para estos efectos en las disputas relativas a inversiones, tanto en foros locales como en arbitrajes internacionales, centrándonos especialmente en las problemáticas que se plantean en este último tipo de procedimiento.

Bajo las normas de arbitraje del ICSID, el Tribunal debe decidir la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, aplicará la legislación del Estado que sea parte en

211 Lawrence Craig, *Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration*, 30 *Texas International Law Journal* 1, 16 (1995).

212 S.I. Strong, *Intervention and Joinder as of Right in International Arbitration: An Infringement of Individual Contract Rights or a Proper Equitable Measure?*, 31 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 915, 940 (1998).

la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables. Ello no impedirá al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*.²¹³

El Reglamento del Mecanismo Complementario del ICSID sigue otra regla en la materia. Aunque el Tribunal debe también aplicar las disposiciones legales que las partes determinen que son aplicables al fondo de la diferencia, a falta de tal determinación por las partes, el Tribunal aplicará la ley que determinen las normas sobre derecho internacional privado que el Tribunal considere aplicables y las normas de derecho internacional que el Tribunal considere aplicables. Asimismo, el Tribunal podrá decidir *ex aequo et bono* si las partes le han autorizado expresamente para hacerlo y siempre que la ley aplicable al arbitraje lo permita.²¹⁴

Bajo las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL, el Tribunal debe también utilizar las disposiciones legales que las partes determinen que son aplicables al fondo de la diferencia, tomando en consideración los usos de comercio aplicables a la transacción. Pero, a falta de tal determinación por las partes, el Tribunal aplicará la ley que determinen las normas sobre derecho internacional privado que el Tribunal considere aplicables. Los árbitros pueden decidir como amigable componedor o *ex aequo et bono* sólo si las partes lo han autorizado expresamente y si la ley aplicable a dicho procedimiento arbitral permite el arbitraje.²¹⁵

En las Reglas de Arbitraje de la ICC, las disposiciones que gobiernan el procedimiento son aquellas establecidas por esa institución y cuando ellas nada dicen, por cualquiera establecida por las partes. En ausencia de estas, el Tribunal podría considerar sobre si alguna referencia se hace o no a las reglas de procedimiento de una legislación nacional a ser aplicada en el arbitraje.²¹⁶ Bajo las Reglas de Arbitraje de la SCC, la manera de conducir los procedimientos será determinada por el tribunal arbitral, en cumplimiento de las condiciones establecidas en el acuerdo de arbitraje

213 Convención ICSID, Art. 42.

214 Reglas Arb. Mecanismo Adicional ICSID, Art. 54.

215 Reglas Arb. UNCITRAL, Art. 33.

216 ICC Arb. Rule, Art. 15

y en las mismas reglas, tomando en debida consideración los deseos de las partes.²¹⁷

Todas estas reglas, aplicadas adecuadamente, pueden llevar a terceras partes a utilizar leyes nacionales de las partes en conflicto para resolver los conflictos de transparencia e igualdad que pueden presentarse en el arbitraje internacional entre Estados e inversionistas. Por ejemplo, si una legislación interna dispone medidas de transparencia o igualdad procesal para un Estado parte en una disputa de inversiones, podría solicitarse la ejecución de dichas obligaciones por terceras partes o por el público en general, como vimos ocurre con la Freedom Information Act (FOIA) en Estados Unidos de América. Este principio podría extenderse a la aplicación de otras normas jurídicas.

Por ejemplo, en *Glamis Gold v. United States* los árbitros se encuentran decidiendo si una compañía minera canadiense tenía derecho a realizar explotaciones en un sitio sagrado para nativos americanos en California. Este fallo podría tener un gran impacto en la capacidad del gobierno para proteger el medio ambiente y probar cuán lejos se puede llegar en la apertura de los procedimientos arbitrales.²¹⁸ Notablemente, además de amicus curiae briefs presentados por Friends of the Earth y peticiones suplementarias efectuadas por terceros como la National Mining Association, Sierra Club y Earthworks, una solicitud similar fue presentada por la nación india Quechan el 16 de Octubre de 2006.²¹⁹

En el caso de Chile, desde hace algunos años se ha reconocido el principio de publicidad en el ámbito legal, concediendo acciones directas a los individuos para demandar el conocimiento de actos y resoluciones, siempre que no se encuentren exceptuados por ley.²²⁰ Dicho principio se elevó recientemente a rango constitucional al establecerse que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Asimismo, se dispuso que

217 SCC Arb. Rule, Art. 20(1)

218 Jordan Kahn, A Golden Opportunity for NAFTA, 2 NYU Environmental Law Journal Vol. XVI, 380 (2008).

219 Todos los documentos sobre este caso disponibles en: <http://www.state.gov/s/l/c/10986.htm> (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

220 Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, Art. 13.

sólo por una ley de quórum calificado se pueda establecer la reserva o secreto cuando la publicidad de los actos o resoluciones afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.²²¹

No obstante ello, la realidad chilena en materia de transparencia e igualdad sobre conflictos de inversión extranjera no guarda relación con el principio de publicidad que se pretende. Si bien hoy Chile ha sido demandado en tres procedimientos ante el ICSID,²²² no existe hasta la fecha un registro público de ellos a nivel nacional, debiendo recurrirse a algunos sitios web extranjeros²²³ para conocer públicamente su inicio, estado de tramitación y término (incluso de los laudos que han sido negativos), los que en ocasiones se encuentran en otro idioma o con información incompleta.

Con todo, y pese a algunos esfuerzos para licitar públicamente la defensa del Estado en estas materias (lo que hasta la fecha sólo ha ocurrido en un caso),²²⁴ lo más preocupante es que no existe ninguna información de fuente abierta acerca de los contenidos de los escritos de fondo y argumentos presentados por dicho Estado para su defensa. De esta manera, parece no resultar tan extraña la condena recientemente impuesta contra nuestro país por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de acceso a la información en el caso *Claude Reyes y otros v. Chile* el cual se originó precisamente por la negativa del Comité de Inversiones Extranjeras de entregar información ambiental respecto de un proyecto de inversión extranjera. La sentencia reconoció por primera vez el derecho de acceso a la información pública, como un derecho humano fundamental y componente esencial del fortalecimiento democrático, heredero del derecho a la libertad de expresión y de información,

221 Ley N° 20.050 Art. 1° N° 3.

222 *Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile* (Case No. ARB/98/2), *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile* (Case No. ARB/01/7) y *Sociedad Anónima Eduardo Vieira v. Republic of Chile* (Case No. ARB/04/7).

223 Por ejemplo, véase <http://www.investmentclaims.org>, <http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm> y <http://www.asil.org>. (fecha última visita: 30 de septiembre de 2008).

224 *Sociedad Anónima Eduardo Vieira v. Republic of Chile* (Case No. ARB/04/7).

consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.²²⁵

Este es uno de los desafíos que enfrentará la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública, cuando entre en vigencia el 20 de abril de 2009. Cabe señalar que su artículo 10° establece que el acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones establecidas en una ley de quórum calificado. Asimismo, en caso de que esta información sea negada o la solicitud efectuada no sea respondida, el requirente tendrá derecho a recurrir ante el Consejo para la transparencia, solicitando amparo a su derecho de acceso a la información.²²⁶

Sin embargo, es necesario destacar que no todo es negativo en el arbitraje internacional en materia de inversiones. De hecho, el explosivo crecimiento del sistema en estas últimas décadas nos demuestra que se trata de un mecanismo de solución de controversias efectivo y eficiente. Cuando es adecuadamente aplicado, se transforma en una pieza clave del proceso de toma de decisiones para el Estado y los particulares, pudiendo beneficiarse de reglas que impulsen la transparencia y permitan la participación de terceros en casos justificados, tanto en cuanto a su legitimidad social, como a la calidad de su resultado.

Las distintas consecuencias obtenidas en procedimientos como *Methanex* y *Aguas del Tunari*, nos demuestra que quizás la mejor opción para enfrentar los problemas de transparencia y acceso de los terceros a estos procedimientos es una combinación de las estrategias ascendente y descendente a las cuales hemos hecho referencia. Algunos autores han incluso avanzado la posibilidad de utilizar conceptos como el abuso del derecho o el *forum non conveniens* en el derecho internacional, de manera que cuando pueda ser demostrado que la discrecionalidad de una de las partes en disputa, al momento de elegir el foro o de plantear su de-

225 Claude Reyes y otros v. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf (fecha última visita 30 de septiembre de 2008).

226 Ley N° 20.285, Artículos 24 y siguientes.

fensa, ha sido ejercida de manera maliciosa o arbitraria, el tribunal arbitral podría verse facultado para declinar su jurisdicción.²²⁷

Entonces el dilema no consiste en oponerse a la solución de controversias de inversión extranjera por la vía del arbitraje internacional, como regla general. El punto es resistirse a su falta de transparencia y a su escasa consideración de los derechos de terceros, cuando los efectos del caso puedan afectarlos directa o indirectamente, o de toda la sociedad, en razón del interés público involucrado en la disputa.

¿Puede permitirse al Estado usar medios no transparentes de solución de controversias con particulares cuando otros medios transparentes están disponibles?

227 Yuval Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, 261-262 (2003).