

LOS ALCANCES DEL *AMICUS CURIAE* EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

THE SCOPE OF *AMICUS CURIAE* IN THE INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION

Christian G. Sommer (*)

Resumen: Los alcances del *amicus curiae* como una figura procesal de participación de sujetos, diferente a las posiciones de las partes, ha tenido en forma progresiva, un auge en la práctica en los tribunales nacionales e internacionales. Dentro del sistema arbitral sobre inversión extranjera, son pocas las oportunidades en las que se ha usado esta figura de origen romano. En parte, por lo hermético de los procesos arbitrales y por la reticencia de los tribunales en aceptar figuras que suelen estar excluidas de los procedimientos pautados del arbitraje.

Palabras claves: *Amicus curiae* – Arbitraje de inversión extranjera – Tratados internacionales – Derechos humanos.

Abstract: The scope of *amicus curiae* as a figure procedural participation of subjects different from the positions of the parties has been progressively a rise in national and international courts practice. Within the arbitration system on foreign investment, only in few opportunities was used this figure of Roman origin. In part, it sealed its proceedings, and by the reluctance of courts to accept figures that are often excluded from the arbitration procedures established.

Key words: *Amicus curiae* – International Investment Arbitration – International Treaties – Human Rights.

Sumario: I. Introducción. — II. Los alcances del *amicus curiae* en el proceso judicial – arbitral. — III. El arbitraje de inversión extranjera. — IV. El uso del *amicus curiae* en el arbitraje de inversión extranjera. — V. Conclusiones.

(*) Abogado (Universidad Nacional de Córdoba-UNC). Doctorando en Derecho (UNC). Profesor de Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Profesor de Derecho Internacional Público - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. (E- mail: sommer_g@hotmail.com).

I. Introducción

Los *amicus curiae* (tal su denominación anglosajona) o “amigos del tribunal”, constituyen presentaciones que pueden efectuar terceros ajenos a una disputa jurisdiccional -pero con un interés en la resolución del litigio-, a fin de expresar sus opiniones en torno al objeto de la disputa, a través de aportes jurídicos o técnicos para una mejor sustentación del proceso jurisdiccional, a fin de coadyuvar con el tribunal en el conocimiento y aplicación del derecho. (1)

La institución del *amicus curiae* es una figura jurídica cuyos antecedentes más remotos se encuentran en el derecho romano y paulatinamente fue incorporada a la práctica judicial de otras regiones, principalmente en los países de tradición anglosajona. Posteriormente, desde el sistema del common law, la figura del *amicus curiae* fue extendiéndose en forma notoria en occidente y ha influenciado a diversos sistemas jurídicos, principalmente al Civil law. La institución tuvo su auge en las más diversas instancias internacionales: presentaciones bajo el mecanismo de *amicus curiae* se efectúan ante sistemas regionales de protección de Derechos Humanos, ante tribunales sobre Derecho Penal Internacional o ante la Corte Internacional de Justicia.

Más recientemente con el incremento de los procesos de arbitraje por disputas sobre inversiones extranjeras, especialmente entre Estados e inversionistas, se han presentado ciertas ocasiones en que los tribunales arbitrales han permitido la presentación de *amicus curiae*, en particular donde se ventilan causas en las que están en juego implicancias relevantes para los Estados que pudieran ser condenados en causas relacionadas en temas de interés público (por concesiones del uso del agua, medio ambiente, tratamiento de residuos, obras de infraestructura, comunicaciones, etc.).

El presente texto realizará un abordaje sobre los aspectos esenciales del instituto y como se ha implementado en diversos casos sobre disputas por inversiones extranjeras.

II. Los alcances del *amicus curiae* en el proceso judicial - arbitral

Si bien los orígenes se remontan al derecho romano, esta institución es de amplia aplicación en países del sistema de common law, especialmente en Estados Unidos e Inglaterra (2). Esta postura de permitir a terceros no parte en un proceso a intervenir

(1) Cf. BLACK LAW DICTIONARY. “[latin for “friend of the court”]. A person who is not a party to a lawsuit but who petitions the court to file a brief in an action because that person has a strong interest in the subject matter”, Eighth Edition, 2007, p. 93.

(2) Puede destacarse como un precedente relevante para esta materia la intervención de Sir George Treby miembro del Parlamento inglés, en el Caso Horton & Ruesby (1686) para informar al tribunal sobre el contenido de una ley controvertida por las partes. Asimismo, el Caso Schooner Exchange v. McFaddon (1812) constituye uno de los primeros precedentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América donde se empleó una institución jurídica de naturaleza semejante al *amicus curiae*. Ahora bien, el reconocimiento definitivo y expreso de la institución del *amicus curiae* por parte del Tribunal Supremo se demoraría unos cuantos años más. En 1823, con ocasión del Caso Green v. Biddle, se solicitó la asistencia de un tercero -el Senador Henry Clay- para dilucidar la interpretación de una disposición normativa discutida por las partes en aquel litigio. Cf.

con sus opiniones técnicas, contrasta con las prácticas clásicas del sistema del civil law, en donde no suele estar arraigado como práctica, el permitir a terceros intervenir o participar en un procedimiento judicial, si no tienen un interés directo en el resultado de la disputa. Sin embargo en la actualidad, y por la influencia de la práctica de tribunales internacionales y la aplicación del derecho comparado, la figura del *amicus curiae* se va paulatinamente implementando en todas las legislaciones de los Estados (3).

Pero es en el ámbito internacional donde su práctica está enraizada en casi todos los sistemas de solución de disputas. De esta manera, *amicus briefs* (el documento en sí) se han presentado y aceptado por controversias existentes entre Estados, sometidas a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) o a paneles de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y en conflictos entre Estados y particulares, llevados ante las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos (4). Y como se apreciará más adelante, de manera más bien limitada, en arbitrajes internacionales en materia de inversión extranjera.

En principio, las presentaciones de *amicus briefs* consisten en postulaciones espontáneas de terceros (individuos, ONG's, Estados) dirigidas en colaborar con el tribunal y no con las posturas de las partes. Como sostuvo la propia Corte Internacional de Justicia, el *amicus curiae* desempeña una actividad de colaboración con el tribunal de carácter objetivo (5). Sin embargo, esta "imparcialidad" que se le atribuye al *amicus curiae* por

VIVES, FRANCISCO J. P., "El desarrollo de la institución del *amicus curiae* en la jurisprudencia internacional". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 21, España, 2011. Disponible en www.reei.org (19/07/2011).

(3) Como han sostenido COURTIS y ABREGÚ, si tal figura ha sido ampliamente aceptada en esferas internacionales, sería contradictorio denegarla en la instancia interna de los Estados. Cf. ABREGU, Martín y COURTIS, Christian. "Perspectivas del *amicus curiae* en el derecho argentino". En ABREGU, Martín - COURTIS, Christian (Comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales*, Editorial CELS-Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 388.

(4) Cf. ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa A., "Las ONG y su intervención como *amicii curiae* ante órganos jurisdiccionales internacionales", en *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público*, 2009. Disponible en <http://vlex.com/vid/57842136> (19/7/11); BARTHOLOMEUSZ, Lance. "The Amicus Curiae before International Courts and Tribunals", *Non-State Actors and International Law*, Vol. 5, n° 3, 2005, pp. 212; FOSTER, Caroline E. "Social Science experts and *amicus curiae* briefs in International Courts and Tribunals: The WTO Biotech case", *Netherlands International Law Review*, n° 52, Netherlands, 2005, pp. 433-459; VIÑUALES, Jorge. "Human Rights and Investment Arbitration: The role of *amicus curiae*", *International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional*, N° 8, Bogotá, junio-noviembre de 2006, pp. 231-274; SHELTON, Dinah. "The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings", *American Journal of International Law*, Vol. 88, n° 4, October 1994, pp. 611-642; MARCEAU, Gabrielle y STILWELL, Matthew. "Practical Suggestions for Amicus Curiae Briefs Before Adjudicating Bodies", *Journal of International Economic Law*, Vol. 4. N° 1 (Marzo 2001), pp. 155-187.

(5) CIJ, "Caso de la Plataforma Continental - (Túnez/Libia)", Sentencia del 14 de abril 1981, Recueil, 1981, pár. 32. El los alcances de la participación de terceros no Estados en los procedimientos de la CIJ han sido fluctuantes. Cabe recordar que la Corte solo podría permite la participación de ONG, haciendo una interpretación amplia del alcance del art. 66.2 de su Estatuto sobre las "Organizaciones Internacionales". Artículo 66.2 ECIJ: "El Secretario notificará también, mediante comunicación especial y directa a todo Estado con derecho a comparecer ante la Corte, y a toda *organización internacional* que a juicio de la Corte, o de su presidente si la Corte no estuviere reunida, puedan suministrar alguna

parte de los interesados en el proceso jurisdiccional, no siempre es acorde a la realidad de los acontecimientos. Es indudable que al presentar una postura jurídica o técnica, los interesados lo hacen a fin de aportar “indirectamente” mayores datos a la causa, que a la postre pueden favorecer a una de las partes. Al decir de Cueto Rúa, no se le pide a quien presente un *amicus briefs* que acredite neutralidad, sí se espera en cambio una inteligente contribución sobre los problemas planteados por el caso y su repercusión respecto a terceros y demás integrantes de una sociedad (6).

Si bien en algunos sistemas legales está regulado su proceso y requisitos para las presentaciones, siempre es potestad del tribunal autorizar o no su introducción a la causa, aún ante la oposición de las partes. A su vez, una vez recibidos los *amicus briefs*, será el tribunal el encargado de valorar sus aportes y descartar aquellos que no representen aportes de valía para el proceso o no se refieren a los tópicos del litigio, en especial en el sistema arbitral, donde los puntos controvertidos son más específicos o previamente fijados por las partes para evitar la aplicación ultra, infra o extra petita de un laudo. Más allá de las posturas asumidas sobre este instituto, es claro que representa un avance en la búsqueda (principalmente) de la sociedad civil de participar en procesos jurisdiccionales en donde el interés público está en debate y como lo resuelto por el tribunal, puede afectar intereses colectivos de una sociedad.

El rol de la sociedad civil, principalmente a través de las ONG’s, representa una tendencia hacia la búsqueda de mayor participación en controversias nacionales e internacionales en las que están afectados intereses de impacto social y económico. En este contexto, los órganos jurisdiccionales suelen ser propensos a permitir el acceso como “amicii” a estas instituciones.

información sobre la cuestión, que la Corte estará lista para recibir exposiciones escritas dentro del término que fijará el presidente, o para oír en audiencia pública que se celebrará al efecto, exposiciones orales relativas a dicha cuestión”. Según la doctrina, esto se materializó una vez. En el caso sobre el *Estatuto Internacional del Suroeste Africano (1950)*, en el que se autorizó a la Liga Internacional para los Derechos Humanos a presentar una comunicación escrita (CIJ, Avis consultatif du 11 juillet 1950, Statut International du Sud-Ouest Africain. Mémoires, plaidoiries et documents, pp. 324 y 346). Por el contrario, se rechazó su intervención en el asunto sobre el derecho de asilo (Colombia/Perú), por no tratarse de una organización pública internacional, en los términos del artículo 34.2 ECIJ (CIJ, Affaire du Droit d’Asile (Colombia/Pérou), arrêts des 20 et 27 Novembre 1950. Mémoires, plaidoiries et documents, Vol. II, p. 228). Cf. MACKENZIE, Ruth. “The *amicus curiae* in International Courts: towards common procedural approaches?”, en TREVES, Tullio (eds.), *Civil Society, International Courts and Compliance Bodies*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2005, p. 296. Más recientemente, la Corte dispuso un mecanismo para la participación del ONG en casos de Opiniones Consultivas. Las comunicaciones escritas y/o documentos que una ONG presente por propia iniciativa en el marco de un procedimiento consultivo no serán considerados parte del expediente del asunto, pero serán tratados como publicaciones fácilmente accesibles, de manera que los Estados y las organizaciones intergubernamentales podrán referirse a ellos al presentar sus comunicaciones escritas u orales. Además, serán colocados en una sala del Palacio de la Paz, designada a tal efecto, donde podrán ser consultados por los Estados y organizaciones intergubernamentales que presenten comunicaciones escritas u orales en virtud del artículo 66 del ECIJ (Disponible en Basic Document - Practice Direction n° XII). <http://www.icjci.org/documents/index.php?p1=4&p2=4&p3=0&PHPSESSID=ed22b4ebb128f37a681665bac041255d>

(6) CUETO RÚA, JULIO C. “*Acerca del amicus curiae*”, La Ley 1988-D, 721.

En el ámbito nacional, paulatinamente este instituto fue incorporándose en la práctica de los tribunales, en una primera etapa “de facto” y más recientemente a través de acordadas de los máximos Tribunales de Justicia o leyes locales (7).

III. El arbitraje de inversión extranjera

El auge del arbitraje de inversión extranjera, como un paliativo a la aplicación de la protección diplomática por parte de los Estados para proteger los intereses de sus nacionales, en particular desde la aprobación del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (Convenio de Washington) y otros convenios internacionales sobre la temática como las Reglas arbitrales de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI- UNCITRAL), representan un medio de solución de conflictos suscitados entre Estados y entre Estados e inversores nacionales de un tercer Estado, que se ha expandido como una práctica jurídica que no puede ser soslayada frente al vertiginoso mundo comercial y de las inversiones propio de la globalización imperante en la actualidad (8).

Este sistema de solución de controversias representa una forma flexible de solución de conflictos que proliferan a nivel internacional, dado que muchas veces, los sujetos que se desenvuelven en el ámbito de las inversiones extranjeras, optan por evitar procesos judiciales excesivamente prolongados, comunes en muchos sistemas procesales de los Estados.

Muchos de los sistemas de solución de diferencias, suelen estar referenciados en Tratados Bilaterales de inversión extranjera (TBI) o bien contienen cláusulas que remi-

(7) Ya desde 1995, los jueces argentinos del tribunal federal que juzgaban los hechos ocurridos en la causa ESMA, por delitos de lesa humanidad, autorizaron a ONG´s internacionales a presentar *amicus curiae* (CNCrimCorrFed, “Causa 761”, 18/5/95, ED, 164-213). La Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dictó en junio 2000 la ley 402, la que en su artículo 22 preveía la posibilidad de presentaciones de *amicus curiae*. En 2004 y 2006, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictó las acordadas n° 28 y 14 respectivamente, autorizando la intervención de terceros mediante *amicus curiae* en causas de trascendencia institucional y en 2007 dictó la acordada n° 30 en donde se permite presentar *amicus briefs* en las audiencias públicas del máximo tribunal nacional. En la ciudad de Córdoba, el primer *amicus curiae* se presentó en agosto de 2004 ante el Juzgado de 1° Instancia y 48° nominación, por parte de un grupo de ONG´s locales en un amparo presentado por el diario local La Voz del Interior contra el Ente Regulador de Servicios Públicos (ERSEP) al negarse este último a brindar información al diario. Sobre la aplicación local de instituto ver: KÖHLER, Ricardo C., *Amicus Curiae*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010; BAZAN, Víctor. “El *amicus curiae* en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n° 12, enero-junio de 2005, IJ, UNAM, México, 2005, pp. 29 a 71; BIDART CAMPOS, Germán J., “*Amicus curiae*”, *La Ley*, Buenos Aires, 26 de agosto de 2004; JIMENEZ, María Eugenia. “El *amicus curiae*. Vía y órgano de implementación. Libertad probatoria. Medidas para mejor proveer medios idóneos”, *La Ley Córdoba*, 2005, p. 823 y ss.; UZAL, María E., “La inmunidad de jurisdicción y ejecución de Estados extranjeros (el rol del Estado argentino como *amicus curiae*)”, *La Ley*, 2003-C, 1365 y ss.

(8) Convenio de Washington. Artículo 27. “(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo”.

ten a determinados mecanismos de arbitraje en caso de una disputa entre las partes. Los tratados internacionales de inversión son los principales instrumentos de derecho internacional que se utilizan para gestionar el vínculo de los inversionistas con los gobiernos anfitriones de la inversión. En los últimos años se han informado la existencia de más de 2.500 tratados bilaterales de inversión vigentes (9). Estos tratados procuran proteger a los inversionistas y sus inversiones que puedan ser objeto de injerencias arbitrarias o discriminatorias por parte los gobiernos anfitriones y establecer normas mínimas, según la cual el tratamiento de los gobiernos a los inversionistas extranjeros puedan ser evaluados. Los tratados de inversión tratan de fomentar un clima favorable a la inversión al proporcionar los recursos que el inversionista o la inversión necesita para no sufrir hechos de discriminación, trato injusto o expropiación directa o indirecta de sus bienes (10).

El arbitraje debe en gran parte su popularidad al hecho que suelen eliminarse los diversos recursos de apelación o revisión de las decisiones de los tribunales (propio de los códigos procesales nacionales) y por lo cual el laudo del tribunal es exigible en forma directa frente al Estado y en algunos casos, como bajo el mecanismo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), el laudo es considerado como si se tratara de una sentencia nacional. Sin embargo en caso de aplicarse otras normas arbitrales (UNCITRAL- ICC- LCA), la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York) -posibilita que los tribunales de los Estados miembros puedan examinar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales hecho en otros Estados miembros.

Una de las características de los procesos arbitrales se refiere a la privacidad y confidencialidad. Tradicionalmente, el mayor nivel de privacidad y confidencialidad disponibles en el arbitraje (en comparación con el litigio en los tribunales de un Estado nacional) fue uno de los principales temas de relevancia para elegir al arbitraje, en conjunto con la celeridad de los procesos (11). Y ello es uno de los mayores escollos que encuentra la aplicación del *amicus curiae* en los sistemas arbitrales. En particular en el arbitraje sobre inversión extranjera, ya que si bien, como se expresó, la confidencialidad es una característica del arbitraje, -principalmente en el comercial-, debemos hacer notar que en el arbitraje de inversión el rol que representa el Estado y los intereses que están en juego, conlleva a que deban ser analizados estos límites de otra perspectiva, en

(9) Ver UNCTAD. Word Investment Report 2008. Disponible en http://www.unctad.org/en/docs/wir2008p1_en.pdf (19/7/11).

(10) Para un específico estudio sobre los Tratados de Inversión Extranjera, ver: DOLZER, Rudolf y STEVENS, Margrete. *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Pub., Londres, 1995; UNITED NATIONS CENTRE ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Bilateral Investment Treaties*, United Nations, New York, USA. 1992; SACERDOTI, Giorgio. "Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection", *Recueil des Cours*, Academia de La Haya de Derecho Internacional, 1997; YMAZ VIDELA, Esteban, *Protección de Inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales. Sus efectos en las contrataciones administrativas*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1999.

(11) Cfr. DE TRAZEGNIES, Fernando. "Publicidad o confidencialidad en el arbitraje: Un reñido debate", *La Ley* 2010-B, 1121 y ss.

particular, por los efectos sobre el futuro de las políticas públicas de ese Estado ante un laudo adverso. En este contexto, la participación de terceros en procesos de disputas por inversiones, posibilita instancia de transparencia en cuanto a las posiciones abordadas por la partes y como los abordajes sobre mismos hechos y aplicación del derecho nacional e internacional, pueden ser valoradas por los tribunales para una mejor resolución de la disputa (12).

IV. El uso del *amicus curiae* en el arbitraje de inversión extranjera

Dadas las particularidades del arbitraje de inversión extranjera, el utilización del *amicus briefs* como un mecanismo de participación de terceros en procesos arbitrales, ha implicado que los tribunales arbitrales, en diversos casos que se han ventilado en la última década, analicen con atención la conveniencia o no de sumar a estos terceros al proceso arbitral (13). En algunos casos, los tribunales arbitrales han reconocido la posibilidad que ciertas ONG's, puedan participar mediante la presentación de *amicus curiae*, aportando sus observaciones y experiencias sobre el objeto del diferendo. (14). En otros casos, han rechazado la posibilidad que terceros participen en el caso (15).

Casos en los que se aceptó la participación de terceros

Algunos de los casos relevantes en donde por primera vez se aceptaron la presentación de *amicus curiae*, los podemos enmarcar en dos procesos arbitrales bajo las reglas

(12) Cfr. LEVINE, Eugenia. "Amicus curiae in International Investment Arbitration: The implications of an increase in third-party participation", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 29, 1, 2011, pp. 200-224. Disponible en HeinOnline databases (15/7/2011); MOURRE, Alexis. "Are amicus curiae the proper response to the public's concerns on transparency in investment arbitration?", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, n° 5, Leiden, 2006, pp. 257-271; WÄLDE, Thomas. "Transparency, amicus curiae briefs and third party rights", *The Journal of World Investment and Trade*, 2004, n° 2, pp. 337 y ss.

(13) Cfr. VAN HARTEN, Gus. *Investment treaty Arbitration and Public Law*, OUP, Oxford University Press, 2007; ISHIKAWA, Tomoko. "Third party participation in investment treaty arbitration". *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, Issue 02, Cambridge University Press, 2010. pp. 373-412; Disponible en <http://journals.cambridge.org>; MEDINA CASAS, Héctor M. "Las partes en el arbitraje CIADI", *International Law Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 15, Bogotá, 2009, pp. 231-242; VIÑUALES, Jorge E., "Amicus intervention in Investor-State Arbitration", *Dispute Resolution Journal, American Arbitration Association*, November 2006 - January 2007, pp. 72-81.

(14) *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL (NAFTA), Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as Amici Curiae dated 15 January 2001; *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada* (UNCITRAL/NAFTA), Decision on Petitions for Intervention and Participation of Amici Curiae, dated 17 October 2001; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., and Vivendi Universal, S.A.* (Aguas Argentinas, S.A.), c. República Argentina (ICSID case No. ARB/03/19), Decisión sobre amicus del 19 de mayo de 2005; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A.* (Aguas Provinciales de Santa Fe S.A.), c. República Argentina (ICSID case No. ARB/03/17), decisión del 17 de marzo de 2006.

(15) CIADI. "Aguas del Tunari S.A. (Bechtel) c. República de Bolivia" (ICSID case No. ARB/02/3); Carta del Presidente del Tribunal sobre la respuesta de solicitud. 23 de enero de 2003; CIADI. "Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. c. República de Ecuador". Caso ARB/2009-23. Decisión del 18 de abril de 2011.

arbitrales de la CNUDMI- UNCITRAL, dentro del procedimiento establecido en el capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN- NAFTA) (16). El primero de ellos Methanex Corp. C. Estados Unidos de América, en el cual se demandó al Estado americano por haber prohibido el Estado de California, la utilización de un producto químico esencial para la producción de combustible que efectuaba el inversionista (metanol), lo que le ocasionaba un grave daño económico (17). La decisión del Estado de California se habría basado en los efectos negativos que dicho químico producía en la salud pública y el ambiente.

Atento los alcances ambientales que el caso conllevaba, el tribunal sostuvo en su decisión, que era plausible la aceptación de opiniones de terceros en el proceso, atento el interés público del litigio (18). Particularmente, este caso abrió el debate sobre los alcances que las decisiones de un tribunal arbitral podrían tener, en donde no solo se discutía las consecuencias económicas de la prohibición de un producto industrial al inversor, sino las implicancias en la salud y en la seguridad de los habitantes del Estado de California.

Como se señaló, el Tribunal justificó la participación de diversas ONG's ambientales, haciendo una interpretación amplia del artículo 15 del Reglamento de arbitraje CNUDMI, al sostener que "tales reglas dan un amplio margen de discrecionalidad para decidir, pero siempre con sujeción a los requisitos de igualdad procesal y lealtad hacia las partes del litigio", haciendo mención también que tales posturas eran concordantes con las prácticas de otros tribunales tales como el Tribunal de reclamaciones Iran - USA y en el ámbito de la OMC (19).

Ese mismo año, otro panel arbitral bajo las reglas CDNUDMI-UNCITRAL, en el caso United Parcel Service of America (UPS) Inc. c. Gobierno de Canadá, por supuestas prácticas monopólicas del correo estatal canadiense, confirmó la postura iniciada en el anterior caso. Sostuvo el Tribunal que "acorde los alcances del artículo 15.1, era parte de sus poderes el llevar a cabo el arbitraje del modo más apropiado" (20).

A su vez, tanto en el asunto Methanex como en UPS, los tribunales aludieron a los alcances interpretativos del artículo 1128 del TLCN, sobre la posibilidad que terceros Estados puedan hacer presentaciones en un asunto determinado, como vía general para introducir *amicus curiae* de otros sujetos legitimados. Expresó el Tribunal que "(...) los derechos de las partes contendientes en el arbitraje en virtud del artículo 1128 del

(16) Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (versión revisada en 2010). Artículo 17.1. "Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos".

(17) UNCITRAL. "Methanex Corporation c. United States of America", (NAFTA), Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as Amici Curiae, dated 15 January 2001.

(18) Ibid. Párr. 49.

(19) Ibid. Párrs. 25, 26, 31.

(20) UNCITRAL/NAFTA, "United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada" Decision on Petitions for Intervention and Participation of Amici Curiae dated 17 October 200, párr. 61.

TLCAN, no son adquiridos por una tercera persona. Sus derechos, tanto de procedimiento como de fondo, siguen siendo jurídicamente exactamente iguales antes y después de la recepción de los *amicus briefs*, y la tercera persona no adquiere derechos en absoluto sobre el proceso. La naturaleza jurídica del arbitraje sigue siendo la misma” (21).

En el ámbito del CIADI, cabe aludir a las causas Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Vivendi Universal S.A. c. República Argentina y Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. (Aguas Provinciales de Santa Fe) c. República Argentina (22). Particularmente, el artículo 44 del Convenio de Washington, deja abierta la posibilidad de discrecionalidad del tribunal para efectuara aquellas medidas conducentes a un mejor procedimiento del asunto a tratar (23). En el primer caso, varias organizaciones de usuarios, consumidores y de derechos humanos presentaron ante el CIADI una petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*, en el marco de una demanda presentada por las empresas Aguas Argentinas, Suez y Vivendi. Estas empresas reclaman al Estado argentino una indemnización por los daños causados a las inversiones a raíz del congelamiento de las tarifas de los servicios públicos luego de que Argentina abandonara la paridad cambiaria con el dólar en 2001. El CIADI permitió que las organizaciones puedan participar en carácter de *amicus curiae*, con el fin de proporcionar sus perspectivas, argumentos, o conocimientos especializados sobre la controversia. El tribunal arbitral internacional destacó que este caso en particular reviste “especial interés público” debido a que la disputa relativa a inversiones gira en torno a los sistemas de distribución de agua y alcantarillado de una extensa zona metropolitana: la ciudad de Buenos Aires y los municipios que la rodean. Según los árbitros del tribunal, esos sistemas proporcionan servicios públicos básicos a millones de personas y, en consecuencia, podrían plantear una amplia gama de cuestiones complejas en materia de derecho público e internacional, incluidas consideraciones relativas a derechos humanos. Sostuvo el tribunal del CIADI, que la aceptación de las presentaciones *amicus briefs* también tendría como consecuencia beneficiosa adicional el incremento de la transparencia en el procedimiento de arbitraje entre inversores y Estados. De acuerdo a la decisión del tribunal, las organizaciones presentantes deben solicitar permiso para ser aceptados en calidad de *amicus curiae* y deben brindar información entre otros, respecto de su identidad y antecedentes, la naturaleza de su interés en el caso; las razones por las cuales el Tribunal debería aceptar el briefs. Esta decisión resultó un precedente fundamental en tanto era la primera vez que un tribunal arbitral

(21) UNCITRAL. “Methanex Corporation v. United States of America”, *Ibid.* párr. 30.

(22) CIADI. “Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Vivendi Universal S.A. c. República Argentina”. Caso N° ARB/03/19. Decisión de respuesta del 19 de mayo de 2005; “Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. “Aguas Provinciales de Santa Fe c. República Argentina”, Caso N° ARB/03/17. Decisión de respuesta del 17 de marzo de 2006.

(23) Artículo 44. “Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal”.

que funciona bajo las reglas del CIADI decidió aceptar la participación de organizaciones de la sociedad civil en calidad de *amicus curiae* aun cuando las partes lo hayan objetado (en este caso, las empresas).

Posteriormente, en mayo de 2006, en el caso Suez - Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. (Aguas Provinciales de Santa Fe) c. República Argentina, el mismo tribunal ratificó el criterio expuesto en el caso Aguas Argentinas (Vivendi) para aceptar presentaciones de terceras personas en calidad de *amicus curiae* (24). Debe mencionarse que en ambas presentaciones las ONG's, habían solicitado su participación, no solo para brindar su opinión técnica-jurídica sobre el caso, sino la posibilidad de participar en las audiencias y acceder a documentos ofrecidos por las partes. El tribunal, si bien tuvo en cuenta los antecedentes que las ONG's plantearon en los casos Methanex y UPS, sobre la autorización de participación en audiencias, sostuvo que en el caso del proceso mediante reglas CIADI, son las partes las únicas que pueden autorizar tal participación (artículo 32 inc. 2) de las reglas de arbitraje), postura que se mantendría en casos futuros (25). Al aceptar la presentación de los *amicus briefs*, el tribunal enfatizó que "(...) los tribunales han aceptado tradicionalmente la intervención de *amicus curiae* en litigios ostensiblemente de carácter privado por que esos asuntos están relacionados con cuestiones de interés público y porque las decisiones que se aborden afectan potencial o directamente a más personas que las partes en el litigio" (26).

Hacia 2007, en el asunto Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República de Tanzania, (27) por la cancelación de una concesión del servicio de agua y alcantarillado en la ciudad de Dar es Salaam, el tribunal tuvo que resolver el pedido de ONG's que habían solicitado la participación en el proceso, requiriendo se les brindara acceso a la documentación aportada por las partes y poder asistir a las audiencia del proceso, todo ello argumentado en que el caso representaba de interés para los ciudadanos de Tanzania como así también para el resto de los países en desarrollo que habían privatizado los servicios de agua y alcantarillado. Para ello hizo alusión a los alcances del artículo 37 inc. 2) de las reglas procesales de aplicación a procedimientos de arbitraje, modificadas en 2006 (reglas de arbitraje) de CIADI (28). La postura del Tribunal fue el aceptar la presentación del *amicus*

(24) CIADI. "Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. (Aguas Provinciales de Santa Fe) c. República Argentina" Caso CIADI ARB/03/17. Decisión de respuesta del 19 de mayo de 2006.

(25) Idem. Párr. 17-29.

(26) Idem. Párr. 19.

(27) CIADI. "Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República de Tanzania", caso No. ARB/05/22, Procedural Order No. 5. Decisión del 2 de febrero de 2007.

(28) Artículo 37 inc. 2): (...) Después de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia (en esta regla "parte no contendiente") que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia. Al determinar si permite dicha presentación, el Tribunal deberá considerar, entre otras cosas, en qué medida: (a) la presentación de la parte no contendiente ayudaría al Tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva,

briefs, ya que con ello se posibilita una mayor confianza de terceros en el asunto, pero rechazó la posibilidad que las ONG's pudieran acceder a la documentación solicitada o a las audiencias del proceso, ya que, al igual como ya se había expresado en anteriores casos, para ello se requiere el consentimiento de las partes (29).

Más recientemente, un tribunal CIADI aceptó por primera vez la petición como *amicus curiae* de una Organización Internacional, como lo es la Unión Europea, a través de la Comisión Europea, en el asunto AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Er?m? Kft. c. República de Hungría (30). La disputa se originó, según el inversionista, por el incumplimiento en el acuerdo por parte de Hungría en la compra a largo plazo de energía eléctrica a la empresa AES (Electrabel) por parte de una entidad nacional (Magyar Villamos Muvek). El pedido de la Comisión Europea fue planteado por un interés de la Unión en la aplicación del derecho de la competencia. Cabe señalar que la celebración de este contrato entre el inversor y el Estado se efectuó antes de la incorporación de Hungría a la Unión Europea, por lo que se generó una divergencia entre las normas que regulaban la compra de energía antes de la entrada al espacio comunitario (que posibilitaban cierto monopolio) y las normas de la Unión Europea que protegen la libre competencia de servicios.

Esta práctica de presentación de *briefs* por parte de terceros interesados en procesos de disputas por inversiones con alto impacto público o social, progresivamente también se va afianzando en acuerdos de los Estados en el ámbito de regímenes económicos o a través de los nuevos TBI. En una declaración conjunta de los Estados Partes del TLCAN de 2003, se acordó que las futuras presentaciones de *amicus curiae*, deberían ser consideradas como parte integrante del proceso previsto en el capítulo 11 del tratado, aun cuando las partes de la disputa no lo hubiesen pactado expresamente (31). Por su parte en el Tratado de Libre Comercio entre USA y Singapur y en el Tratado de Libre Comercio entre USA y Chile, se contempla la posibilidad de que terceros puedan entregar su opinión al Tribunal Arbitral acerca de una controversia entre el inversionista y Estado receptor de la inversión, encontrándose el tribunal facultado para aceptar y considerar sus informes. 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

un conocimiento o una visión particulares distintos a aquéllos de las partes en la diferencia; (b) la presentación de la parte no contendiente se referiría a una cuestión dentro del ámbito de la diferencia; (c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento. El Tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente. Disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp> (22/7/11).

(29) CIADI. "Bewater Gauff (Tanzania) Ltd. C. República de Tanzania". Idem. Párrs. 62-68.

(30) CIADI. "AES Summit Generation Ltd. and AES-Tisza Er?m? Kft. c. República de Hungría", Caso No. ARB/07/22, noviembre de 2008.

(31) FTC. Statement of the Free Trade Commission on non-disputing party participation. Disponible en: www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Nondisputing-en.pdf (21/7/2011).

u organización, que ha proveído o proveerá cualquier asistencia financiera o de otro tipo en su preparación (32).

Por otra parte, aunque algunos tribunales fueron receptivos en permitir la participación de terceros a través de “*briefs*”, no han sido tan abiertos en posibilitar la participación de terceros en las audiencias de las partes, o facilitar el acceso a las posiciones de las partes. Los tribunales ha considerado que para ello, sí es requerimiento que las partes (ambas) acepten tal intromisión de terceros en el proceso. Es decir, en tales actos procesales, el “tercero” ocupa un rol determinado junto con las partes. La reticencia de los tribunales, los casos aquí mencionados, ha estado enmarcada en los alcances del artículo 28 inc. 3) del Reglamento de la CNUDMI y del artículo 32 inc. 2) y 41 inc. 2) del Convenio de Washington (33).

Casos en los que se rechazó la participación de terceros

Uno de los primeros casos en donde se negó la incorporación de *amicus briefs* a un proceso arbitral sobre inversión, se manifestó en el caso ante el CIADI, Aguas del Tunari, SA C. República de Bolivia (34). La disputa surgió a raíz de la privatización por parte de Bolivia de los servicios de agua potable y alcantarillado en la ciudad de Cochabamba. El demandante que había recibido la concesión del servicio, comenzó sus actividades, entre ellas efectuando obras de infraestructuras y el cobro por el servicio de acceso al agua y alcantarillado, pero pronto enfrentaron la oposición las protestas de los ciudadanos por el cobro de los servicios. Finalmente el inversionista abandonó las obras y demandó al Estado boliviano por violación del TBI entre los Países Bajos y Bolivia por la consecución de diversos actos del Estado y por la rescisión de la concesión. En agosto de 2002, varias organizaciones no gubernamentales del medio ambiente presentaron solicitudes ante el tribunal para presentar diversos *amicus briefs*. El tribunal rechazó tal participación, argumentando que no consideraba factible darle curso al pedido porque no estaba expresamente estipulado en el acuerdo entre las partes (TBI) y a su vez, que en esa etapa del proceso jurisdiccional no era necesario contar con información complementaria a la aportada por las partes (35).

(32) POLANCO L., Rodrigo. “*El rol de terceros en el arbitraje internacional de inversión*”, *Revista del Abogado*, “*Amicus Curiae*”, n° 35, noviembre de 2005, Santiago de Chile. Disponible en <http://www.colegioabogados.cl> (19/7/2011).

(33) Reglas arbitraje CNUDMI-UNICTRAL (2010). Artículo 28 inc.3). “Las audiencias se celebrarán a puerta cerrada a menos que las partes acuerden lo contrario. El tribunal arbitral podrá requerir a todo testigo o perito que se retire durante la declaración de otros testigos, salvo que, en principio, no deberá requerirse, a un testigo o perito que sea parte en el arbitraje, que se retire”. Convenio de Washington. Artículos. 32 inc. 2) y 41 inc. 2) “Toda alegación de una parte que la diferencia cae fuera de los límites de la jurisdicción del Centro, o que por otras razones la Comisión no es competente para oírla, se considerará por la Comisión, la que determinará si ha de resolverla como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión”. Ver CIADI. “*Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*”. Caso N° ARB/03/19. Sentencia del 19 de mayo de 2005, párrs. 5-6; CIADI. “*Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. y otros c. República Argentina*” Caso CIADI ARB/03/17. Sentencia del 19 de mayo de 2006. Párrs. 6-7.

(34) CIADI. “*Aguas del Tunari, SA v República de Bolivia*” Caso. ARB/02/3. Carta del Presidente del Tribunal sobre la respuesta de solicitud. 29 de enero de 2003.

(35) CIADI. “*Aguas del Tunari, SA v República de Bolivia*”. Párrs. 7.

Recientemente, en abril de 2011, un tribunal arbitral en el caso “Chevron c. República de Ecuador”, rechazó el pedido de dos ONG’s, dedicadas a la promoción ambiental, en un caso de gran repercusión pública y ambiental (36). Los peticionarios argumentaron que dicha participación era crucial en el caso con el fin de destacar la dimensión de los derechos humanos de la controversia, y para proporcionar un punto de vista y argumentos jurídicos no previstos por las propias partes.

Cabe recordar que bajo el TBI entre Estados Unidos y Ecuador, se viene realizando un proceso entre la inversionista petrolera Chevron (ex Texaco) y el estado ecuatoriano, al haberse cancelado los contratos de la empresa por acusaciones de contaminación ambiental, y daños contra la población aborigen que vive en el Amazonas (Zona Lago Agrio). A su vez, existen diversas demandas contra Chevron, tanto en Ecuador como en USA por daños ambientales y contra las personas. El tribunal rechazó el pedido en base a que si bien consideró el carácter de interés público del caso, ello no implica que se pueda brindar acceso a toda la información pertinente sobre la disputa a terceros no partes y en razón que por su lado no todas las partes estaban de acuerdo con la presentación del *amicus curiae* y que el mismo no aportaría datos relevantes al tribunal, en particular en la etapa para resolver cuestiones de jurisdicción.

Consideramos que el denegar la posibilidad a representantes de la sociedad civil de expresar sus opiniones en una etapa de decisiones sobre la jurisdicción, constituye un error, ya que ésta es una etapa procesal donde se puedan plantear temas de relevancia. En este caso, la cuestión de la competencia es clave para el alcance y significado de los tratados bilaterales de inversión y su relación con otras áreas del derecho, tales como el derecho ambiental o el derecho internacional de los derechos humanos, temas así abordados en las fases de fondo de otros casos de arbitraje sobre inversiones aquí aludidos. Estas cuestiones no son de una menor importancia en la fase jurisdiccional.

V. Conclusiones

El auge en la utilización del *amicus curiae* en los procesos jurisdiccionales, constituye un avance en la participación de la sociedad civil (como un tercero no-parte) en disputas comerciales o de inversiones que por su envergadura, tendrán importantes efectos en las comunidades afectadas.

El uso de esta herramienta participativa, posibilita una mayor transparencia a los asuntos abordados por los tribunales arbitrales, en particular, porque no solo se trata, de que los árbitros analicen los posibles vulneraciones de derechos contractuales o devenidos de un tratado, sino también conocer en qué contexto económico y social se han producido las disputas y que efectos tendría una sentencia contra una de las partes, en particular sobre la que recae en el Estado.

Asimismo, la participación de terceros en casos de disputas por inversión, también permite que el tribunal pueda contar, para su conocimiento, con información y documentación que el Estado o el inversor no han llevado a la controversia, muchas veces

(36) CIADI. “Chevron Corp. & Texaco Petroleum Co. c. República de Ecuador”. Caso ARB/ 2009-23. Decisión del 18 de abril de 2011.

por considerarlas irrelevantes o que no hacen a su interés. A través de los *amicus curiae*, se proporcionan elementos de juicio que coadyuvan al debido y justo proceso, en particular, frente a casos donde el interés público y las consecuencias sociales y económicas tendrán un gran impacto en la sociedad de un Estado en particular. ♦