

LA NECESIDAD DE ARMONIZACIÓN DE CONCEPTOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INTERNACIONALES: DESARROLLANDO UN PRINCIPIO SUSTANTIVO DE TRANSPARENCIA Y DE OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL ÁMBITO TRANSNACIONAL

Pedro José Martínez-Fraga*

*“La gente che per li sepolcri giace potrebbesi veder? Già son levati tutt’i coperchi, e nessun guardia face”**.*

*“Così com’ io del suo raggio resplendo, sì, riguardando ne la luce eterna, li tuoi pensieri onde cagioni apprendo”***.*

Si bien la diversidad de conceptos jurídicos es muy atractiva para efectos académicos, lo cierto es que dicha diversidad trae consigo indefectiblemente un gran obstáculo cuando se intenta aplicar una solución común a relaciones que traspasan el ámbito nacional, toda vez que los conceptos diferirán si se tiene en cuenta uno u otro sistema jurídico. En el presente artículo, el autor advierte la necesidad de armonizar conceptos jurídicos a fin de armonizar una solución en controversias internacionales, enfocándose en dos sistemas jurídicos: El Civil Law y el Common Law.

* Abogado. Socio de DLA Piper Global Law Firm y Coordinador Internacional de Asuntos Litigiosos para las regiones de Latinoamérica y del Estado de Florida de la misma Firma. Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York. Ha participado como árbitro en la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

** ALIGHIERI, Dante. “La Divina Comedia”. pp. 132-133. Nota del Traductor: “La gente que en los sepulcros yace ¿podráse ver? Ya están alzadas todas las losas, y no hay quien guarde”.

*** Ibíd. pp. 162-163. Nota del Traductor: “Así como yo de su rayo esplendo. así, contemplando en la luz eterna, tus pensamientos, donde nacen, aprendo”.

I. INTRODUCCIÓN

Quando hablamos del ámbito de resolución de disputas internacionales, quizás el reto mayor sea el referido a la conciliación entre los sistemas de obtención de prueba del Derecho Civil romano-germánico –*civil law*– y su contraparte, el procedimiento de “*Discovery*”, en el Derecho anglosajón –*common law*–. Las diferencias existentes entre ambos sistemas en relación a la obtención de la prueba, cuando menos superficialmente, aparentan ser irreconciliables. Uno de los más recientes trabajos de la International Bar Association denominado “Reglas de la International Bar Association sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional”¹ es un trabajo emblemático en los esfuerzos de sintetizar cuestiones fundamentales de *common law* y *civil law*². Las diferencias que separan a estos sistemas jurídicos –*common law* y *civil law*– en este delimitado aspecto de la resolución de disputas internacionales conlleva a la identificación y desarrollo de normas legales capaces de cubrir dichos esfuerzos, tales como las Reglas de la International Bar Association, pero con argumentos sustantivos fundacionales más extensos, en caso de que estos continúen, para desarrollar y satisfacer las expectativas que surjan de las diferencias entre ambos sistemas legales³.

El humilde objetivo del presente artículo es servir como un pequeño paso hacia la identificación y desarrollo de normas internacionales necesarias, en caso de que la conciliación de sistemas en lo que se refiere a la obtención de la prueba sea tomada seriamente como un objetivo en el campo de resolución de disputas internacionales. En tal sentido, el presente trabajo ha sido estructurado en cuatro secciones. La primera se centra en “explicar las razones” de porqué la transparencia –la cual será posteriormente denominada “norma de transparencia privativa”– es una norma/regla necesaria que conceptualmente galvaniza

la convergencia en asuntos transfronterizos en lo que respecta a la obtención de la prueba. Como parte de tal premisa, dicha sección se concentra en la articulación del ámbito de privacidad/confidencialidad que históricamente ha envuelto a los Arbitrajes Comerciales Internacionales, y en menor medida a los arbitrajes inversor-Estado (AIS)⁴. La segunda parte analiza las distintas aplicaciones y significados que se han tejido sobre la transparencia mediante el análisis de documentos de derecho internacional, tratados y algunos laudos arbitrales de manera que se permita delimitar los parámetros para una norma/regla de transparencia futura y que se llegue a un entendimiento de trabajo común de tal concepto cuando se aplica a la obtención de la prueba. La tercera parte identifica un “principio de incertidumbre” que es endémico en la configuración de los Arbitrajes Comerciales Internacionales y AIS. La parte final subyace sobre los trabajos de desarrollo de una norma de transparencia aplicable a las bases fundacionales de la obtención de evidencia, utilizando para ello términos que formen parte de las Reglas de la International Bar Association .

II. RAZONES PARA EXPLICAR LA TRANSPARENCIA COMO UNA NORMA/REGLA QUE SEA APLICABLE EN LA OBTENCIÓN DE PRUEBA EN ASUNTOS DE ÍNDOLE TRANSNACIONAL

A. El Ámbito de Privacidad/Confidencialidad que cubre al Arbitraje Comercial Internacional (ACI)

Los Arbitrajes Comerciales Internacionales ha desarrollado una cultura de privacidad que es usualmente considerada erróneamente como una confidencialidad absoluta, y que ha sufrido en su aceptación dadas las desmesuradas expectativas de sus clientes. La naturaleza privativa de los Arbitrajes Comerciales Internacionales resulta de

¹ En: <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=3599492E-8BC6-4E3D-A205-B86B69A42593>.

² Véase MARTÍNEZ-FRAGA, Pedro. “Good Faith, Bad Faith, But not Losing Faith: A Commentary on the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration”. 2011-2012. pp. 387, 389.

³ Para propósitos del presente artículo se ha puesto énfasis solamente en los sistemas del *civil law* y *common law*. Si la resolución de disputas internacionales tuviera que ser verdaderamente internacional se debe considerar también a otros sistemas legales, como los del Medio Oriente por ejemplo, para la estructuración de reglas transnacionales referentes a la obtención de prueba.

⁴ Debe de señalarse que el “elemento de privacidad” es eminentemente detectable en AIS, como parte del legado estructural que subyace al mismo.

espacio único y distinto que subyace dentro del Derecho Internacional Privado. A diferencia de su contraparte judicial, los Arbitrajes Comerciales Internacionales se encuentra totalmente libre de los procedimientos judiciales precisamente porque los Arbitrajes Comerciales Internacionales no es una manifestación del ejercicio de soberanía por parte de un Estado en fomento de lo que pretende ser una administración de justicia equitativa. La resolución de controversias comerciales privadas, como criaturas resultantes de un contrato, se ejecuta fuera de la estructura adjudicativa del Estado, y, por ende, cierra cualquier prerrogativa actual o potencial a un acceso público a la información⁵.

La privacidad y la confidencialidad que caracterizan a los Arbitrajes Comerciales Internacionales se mantienen como características atractivas para su masa de consumidores que hace uso de dicha herramienta legal⁶. A pesar de la ausencia de autoridad para la proposición de **confidencialidad** como opuesta a la **privacidad**, como característica sobresaliente de los Arbitrajes Comerciales Internacionales, el referido principio es visto como implícito o como una inferencia de un acuerdo/contrato para resolver una determinada controversia a través de arbitraje⁷.

El Arbitraje Privado Internacional fue creado sobre fundamentos que han tenido en mente

una controversia **privada**. Estos fundamentos deliberadamente tuvieron una carencia de transparencia o privacidad, lo que a su vez generó un “déficit democrático”⁸. Aun cuando connotados autores opinan que los Arbitrajes Comerciales Internacionales ha tenido grandes logros en materia de transparencia, ellos también consideran que los Arbitrajes Comerciales Internacionales no son totalmente transparente⁹. El más reciente esfuerzo sobre reglas arbitrales sugiere que no existe ningún requerimiento por parte de las instituciones arbitrales para publicar institucionalmente información de cualquier tipo relativa a un procedimiento arbitral, salvo que exista un acuerdo entre las partes que determine lo contrario¹⁰. Las reglas institucionales sobre las que se estructuran los procedimientos de Arbitrajes Comerciales Internacionales subrayan la dicotomía **privacidad-confidencialidad** conjuntamente con el “déficit democrático” presente en dichos procedimientos. Los más emblemáticos pronunciamientos ciertamente obligan a una revisión.

B. La dicotomía Privacidad-Confidencialidad que alimenta a las Instituciones Arbitrales: Un “Déficit Conceptual”

Como una cuestión general y en claro contraste con los procedimientos judiciales, se tiene que las instituciones arbitrales a viva

⁵ Véase *United Steelworkers of America v. American Manufacturing Co.* 363 U.S. 564, 570. 1960. “El arbitraje como una criatura del contrato”.

⁶ En un estudio realizado en el año 2010 por la Escuela de Arbitraje Internacional de la Universidad Queen Mary de Londres, se tuvo que el 84% de las personas entrevistadas señalaron que habían elegido el arbitraje, al menos en parte, “por su confidencialidad”. Remy Gerbay, Deputy Registrar, “London Court of International Arbitration, Confidentiality vs. Transparency in International Arbitration: The English Perspective”, Conferencia dada en la Universidad de Varsovia (February 9, 2011).

⁷ Véase Fulvio Fracassi. “Confidentiality and NAFTA Chapter 11 Arbitrations”. *Chicago Journal of International Law* 213. 2001. It is not within the scope of this writing to address the confidentiality/privacy dichotomy in international commercial arbitration. On this point, suffice it to observe that generally any confidentiality is subordinated to the principle of party-autonomy, such that by agreement of the parties confidentiality under certain circumstances would never attach.

⁸ BARSTOW MCGRAW, Daniel. “Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration”. En: *Journal of International and Comparative Law* 15. 2008-2009. pp. 337, 342. “Indeed, one of the major draws of arbitration in the commercial field was (and still is) the lack of transparency due to the ability of the parties to decide most aspects of the process. Partly because these disputes were perceived as being purely private, public interest did not play a key role in setting procedures in these institutions. Nevertheless, given the permeation of public disputes into a typically private forum, there is a need for identifying democracy deficits within the system, whether on a private institutional level or an international level”.

⁹ Véase, por ejemplo: ROGERS, Catherine. “Transparency in International Commercial Arbitration”. *University of Kansas Law Review* 54. 2005-2006. pp. 1301, 1325.

¹⁰ Véase, por ejemplo: International Chamber of Commerce Rules of Arbitration. “The ICC Rules”. Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Rules. “The SCC Rules”; The International Centre for Dispute Resolution Arbitration Rules. “The ICDR Rules”; and the London Court of International Arbitration Rules. “The LCIA Rules”.

voz publicitan que las audiencias son **privadas**, salvo que las partes o alguna ley aplicable determinen lo contrario. La presunción de privacidad que subyace a los procedimientos de Arbitrajes Comerciales Internacionales no necesita ser explícitamente expresada en las reglas arbitrales de las diversas instituciones, porque su propia naturaleza es privada¹¹.

Ninguna de las reglas de las principales instituciones arbitrales define "privacidad" o "confidencialidad". Es conceptualmente problemático que los dos términos se suelen utilizar indistintamente¹². Sin embargo, se tiene que a la "confidencialidad" se le otorga una mayor deferencia y es mayormente señalado en el contexto de que debe ser confidencial de acuerdo a la ley sustantiva aplicable¹³. La falta de esfuerzos por parte de las instituciones arbitrales para distinguir entre privacidad y confidencialidad es desconcertante y acentúa la cultura del malamente definido estatus de privacidad-confidencialidad que permea los Arbitrajes Comerciales Internacionales. En tal sentido,

además del "déficit democrático", se tiene que hay un **déficit conceptual**.

C. El Laudo y las deliberaciones en la "Caja Negra"

La cultura de opacidad que define a la estructura de los Arbitrajes Comerciales Internacionales también se encuentra enraizada en (i) los fundamentos de hecho y conclusiones de derecho que se esperan de cualquier adjudicación razonada, (ii) la propia publicación del laudo, y (iii) las deliberaciones ocurridas en el procedimiento. Las principales instituciones arbitrales evitan clasificar los laudos como **privados** o **confidenciales**. En vez de ello enfatizan en las cuestiones de no-revelamiento o no-comunicación a terceras partes de material que sea privativo a las partes¹⁴. Todas las "decisiones", un término que no se encuentra explicado ni definido en las reglas arbitrales, comparte el mismo destino que en los laudos¹⁵. Aun cuando no sean tratados como **confidenciales** ni **privados**, las cuestiones que abarcan estos términos

¹¹ Las Reglas del LCIA, en su artículo 19.4, por ejemplo, establecen: "All meetings and hearings shall be in **private** unless the parties agree otherwise in writing or the arbitral tribunal directs otherwise".

¹² Para un análisis más detallado de ambos términos, véase Michael Collins, "Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings". En: Texas International Law Journal 30. 1995. p. 121.

¹³ Las Reglas de ICDR, en su artículo 20(6), establecen: "The tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality, and weight of the evidence offered by any party. The tribunal shall take into account applicable principles of legal privilege, such as those involving **confidentiality** of communications between a lawyer and a client". Sin ninguna referencia adicional al significado de confidencialidad, más allá que el uso de dicho término, se tiene que el artículo 34 de las Reglas de ICDR explícitamente se refieren al control y revelación de información confidencial:

"Confidential information disclosed during the proceedings by the parties or by witnesses shall not be divulged by an arbitrator or by the administrator. Except as provided in art. 27, unless otherwise agreed by the parties, or required by applicable law, the members of the tribunal and the administrator shall keep confidential all matters relating to the arbitration or the award".

¹⁴ El no-revelamiento se encuentra subordinado a la autonomía de parte. Reglas de ICDR, Art. 27(2), establece: The tribunal shall *state the reasons* upon which the award is based unless the parties have agreed that no reasons need be given. El artículo 27(4) de las Reglas ICDR establece que "[a]n award may be made public only with the consent of all parties or as required by law." Más adelante, las propias Reglas del ICDR, en su artículo 27(6) requieren que la registración del laudo también se mantenga como privada o confidencial dependiendo de la ley aplicable:

"If the arbitration law of the country where the award is made requires the award to be filed or registered, the tribunal shall comply with such requirement". Las Reglas ICDR también tocan el tema de la publicación parcial de laudos en su art. 27(8):

"Unless otherwise agreed by the parties, the administrator **may** publish or otherwise make publicly available selected awards, decisions and rulings **that have been edited to conceal the names of the parties or other identifying details** or that have been made publicly available in the course of enforcement or otherwise."

El art. 34(2) de las Reglas de CCI, sobre Notificación, Depósito y Ejecución de Laudos, establecen que:

"Additional copies certified true by the Secretary General shall be made available on request and at any time to the parties, **but to no one else**".

El art. 26.1 de las Reglas de LCIA establece:

"The Arbitral Tribunal shall make its award in writing and, unless all parties agree in writing otherwise, shall state the reasons upon which its award is based".

¹⁵ El término "decisión" es usualmente referenciado en la mayoría de reglas arbitrales de diversas instituciones, pero nunca es definido o ni siquiera contextualizado. Véase, por ejemplo: ICC Rules, Artículos 6(6), 29(2), 35, y 37.

simplemente no deben de ser objeto de revelación, salvo consentimiento de las partes.

La privacidad y la confidencialidad encuentran su más robusto pronunciamiento en los Arbitrajes Comerciales Internacionales en el ámbito de las deliberaciones que realizan los tribunales arbitrales. Las culturas de los Arbitrajes Comerciales Internacionales y del AIS proporcionan un peso considerable a una virtual doctrina no-escrita que subyace en la absoluta confidencialidad de las deliberaciones. Los trabajos sobre la confidencialidad de las deliberaciones en el arbitraje internacional van en tono con la arquitectura que caracteriza a la metodología de la resolución de controversias, la misma que enfatiza sobre **ejecutabilidad** de los laudos en vez de **responsabilidad**, o una revisión en segunda instancia.

En esta línea, los encargados de realizar las decisiones arbitrales se mantienen en procedimiento impenetrable similar a una "caja negra". A pesar de que ha habido desarrollos significativos en pro de la transparencia, se tiene que lo que concierne a deliberaciones aún se mantiene en un escenario oscuro por su propio diseño y práctica, esto por la propia finalidad de minimizar el ámbito de intervención judicial en la etapa de ejecución que el arbitraje conlleva. Muchas fuerzas con encendidos toques mercantilistas que incluyen (i) la competencia entre las instituciones arbitrales, (ii) un escenario de mayor competencia entre los árbitros, (iii) mayor conocimiento por parte de los consumidores respecto a reglas y servicios arbitrales, y (iv) un incremento en la proliferación de laudos arbitrales publicados por decisión voluntaria no han conllevado a una reestructuración de las bases del arbitraje institucional, de manera que se proporcione, ya sea por diseño o pragmáticamente mayor transparencia, con la finalidad de que se reduzca el denominado "déficit democrático" de acceso a información arbitral. En la medida en que se revisa la normativa, se tiene que el concepto de transparencia no ha sido incorporado en la rúbrica procedimental y en la cultura jurídica de los Arbitrajes Comerciales Internacionales. El fino comentario que se ha originado con respecto a si los Arbitrajes Comerciales Internacionales carece de un deseo de transparencia, a pesar de su

naturaleza privada, ha llevado a conclusiones que pueden ser sustentadas en base a una fenomenología, pero que no explican los principios subyacentes responsables de explicar a fondo dicho fenómeno en primera instancia.

En vez de concluir que los Arbitrajes Comerciales Internacionales se está reinventando en sí mismo basado en un sistema de incorporación de principios que conllevan a una mayor transparencia, para los propósitos del presente artículo que busca desarrollar una norma/regla de transparencia aplicable a obtención de prueba en procedimientos arbitrales transnacionales, se tiene que dicho fenómenos es susceptible de una explicación causal que encuentra su fundamento conceptual en los preceptos que subyacen a los Arbitrajes Comerciales Internacionales, y no en las fuerzas invisibles del mercado. Mayor transparencia en de los Arbitrajes Comerciales Internacionales ha sido logrado porque el principio de autonomía de parte ha ganado mayor capacidad tanto estructural como normativamente. Este ajuste superlativo del principio de autonomía de parte explica (i) la proliferación de publicaciones relativas a laudos arbitrales previamente depurados, (ii) mayor revelación de los fundamentos sobre los que se sustentan las objeciones/apelaciones arbitrales, y (iii) un mayor acceso a las razones que subyacen al proceso decisorio arbitral.

Mientras que modificaciones estructurales a las reglas necesariamente deban de ser desarrolladas, todos estos desarrollos todavía son relativamente exigüos para que se considere que se ha llegado a un nivel que represente una transformación sustantiva. Los Arbitrajes Comerciales Internacionales es privativo por sus propios fundamentos que subyacen al mismo, dado que surge de un contrato privativo dentro del marco del derecho internacional privado y en el que se aplica la ley sustantiva de una jurisdicción determinada, y se relaciona sólo con un evento microeconómico que limita cualquier argumento o prerrogativa de acceso público. Aun cuando el número de laudos arbitrales en este campo de los Arbitrajes Comerciales Internacionales ha aumentado significativamente¹⁶, la jurisprudencia de dichos

¹⁶ Una revisión de los laudos publicados por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en su anuario "Yearbook Commercial Arbitration". Ediciones 1992-2011. Allí se refleja el crecimiento en el número de laudos de este

laudos en el Derecho Internacional Privado es limitada, dado que no son de observancia obligatoria sino que sólo son documentos de autoridad persuasiva, a diferencia de lo que ocurre en los AIS. Raramente los laudos emitidos en los Arbitrajes Comerciales Internacionales contienen una cita de otros laudos, ya sea como precedentes de observancia obligatoria o como precedentes meramente persuasivos que sean la base del análisis en la emisión del laudo.

Los Arbitrajes Comerciales Internacionales solamente puede sacrificar su cultura de confidencialidad y privacidad bajo pena de desnaturalizarse y transformarse a sí mismo en una metodología de resolución de controversias internacionales que a la fecha no existe y para la cual no existe una demanda cautiva de consumidores. Una norma/regla de transparencia puede encontrar resonancia en los Arbitrajes Comerciales Internacionales y Arbitrajes Inversor-Estado sólo si (i) es desarrollada como una norma sustantiva de derecho internacional público y privado, y (ii) su aplicación se limita a los aspectos discrecionales de la resolución de disputas internacionales, tal como sería la etapa de obtención de prueba. Esta aplicación selectiva de una norma/regla puede ser sustantivamente armonizada y conciliada con las características privativas que subyacen a la resolución de disputas internacionales, sin desnaturalizarla ni transformarla.

D. El Arbitraje Inversor-Estado (AIE), herencia de una cultura privatista del Arbitraje Comercial Internacional

El sistema de los Arbitrajes Comerciales Internacionales adjudica primariamente sobre controversias de índole privado, sobre la base de causas legales de origen privado dentro de un marco que se encuentra limitado de cualquier rúbrica geopolítica y que generalmente se encuentra administrado por una institución arbitral privada. Sin embargo, dicho sistema ha servido de base para el Arbitraje Inversor-Estado¹⁷. La configuración de las partes en un Arbitraje Inversor-Estado se incluye a una entidad privada que interpone sus reclamaciones en contra de una soberanía. Las causas de la acción sobre las que se fundamenta la reclamación subyacen en un tratado, el mismo que eminentemente se encuentra dentro del dominio del Derecho Internacional Público¹⁸. Dado que las reclamaciones surgen de un tratado de inversiones, ya sea bilateral o multilateral, dichos tratados usualmente tratan sobre intereses en la relación inversor-Estado y las obligaciones del Estado receptor de las inversiones. En consecuencia, el objeto de la controversia se torna público en su naturaleza, a pesar de que la reclamación haya sido interpuesta por una parte privada, el inversionista¹⁹. El Arbitraje Inversor-Estado usualmente trasciende la mera asignación de recursos entre partes privadas, porque en parte involucra oponerse al ejercicio del

tipo. La extensión de los laudos publicados durante el periodo de 1992 a 2001 oscila entre las 5,892 palabras. Esta cifra se ha casi duplicado a 10,881 en la década posterior (2002-2011). Debe resaltarse que estos resultados son limitados, en virtud de la publicación selectiva de laudos que realizan los editores del anuario de la CCI "Yearbook Commercial Arbitration", además de que la publicación de muchos de los laudos se hacen sólo a manera de resumen. No obstante ello, asumiendo que otros factores permanecen constantes, es notable que el número de laudos publicados haya crecido significativamente durante las últimas décadas.

¹⁷ Statement by the OECD Investment Committee, Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures. Junio 2005. En: <http://www.oecd.org/investment/investmentpolicy/34786913.pdf>. "The system of investment dispute settlement has borrowed its main elements from the system of commercial arbitration".

¹⁸ Aun cuando las reclamaciones se realicen sobre la base de un tratado en específico, los AIE generalmente se basan en reclamaciones que surgen producto de violaciones al (i) tratamiento justo y equitativo, (ii) expropiación realizada sin justificación de interés público y para la cual no se ha otorgado una pronta y adecuada indemnización, (iii) tratamiento otorgado por el país receptor de las inversiones que no se adecúa a los estándares mínimos internacionales, (iv) acciones que afectan a los estándares de trato nacional, (v) denegación de justicia, (vi) tratamiento discriminatorio y arbitrario contra el inversor, (vii) violaciones sustantivas a los principios del derecho internacional y que no cumplen con el estándar de Nación Más Favorecida (NMF), y (viii) incumplimiento de obligaciones resultante de otras inversiones, las que pueden ser relevantes para una controversia en función de la extensión de la "cláusula paraguas".

¹⁹ No es del todo claro en la "jurisprudencia inversor-Estado" si una reclamación puramente contractual puede justificarse bajo la rúbrica de una arbitraje basado en un tratado. Véase por ejemplo, Karen Halverson Cross. "Investment Arbitration Panel Upholds Jurisdiction to Hear Mass Bondholder Claims against Argentina". INSIGHTS. American Society of International Law. Washington, D.C. Nov. 21. 2011. En: <http://www.asil.org/pdfs/insights/insight111121.pdf>.

poder soberano de un Estado a través de la imposición de mandatos regulatorios. Asimismo, es común que los Arbitrajes Inversor-Estado se focalicen en sectores económicos específicos, lo cual conlleva a que en los Arbitrajes Inversor-Estado usualmente se dé lugar a cuestiones tanto macro como micro económicas²⁰.

El interés público internacional que conlleva a la protección de inversionista, ya sea entre países exportadores de capital –Estados industrializados– y países importadores de capital –Estados en economías de desarrollo–, se encuentra directamente formado y transformado en base a los procedimientos de arbitraje inversor-Estado. Los Arbitrajes Comerciales Internacionales generalmente no afecta a la economía pública ni a las políticas públicas de un Estado²¹. El Arbitraje Inversor-Estado se ha desarrollado sobre una “cultura de laudos escritos” y de publicación de los mismos, esto en virtud de la naturaleza *ad hoc* y de la corta vida de los tribunales que se constituyen²² y en que se limita la intervención judicial en este tipo de procedimiento, pero es relevante señalar que dichos laudos no se constituyen tampoco como precedentes de

observancia obligatoria²³. Las decisiones de los tribunales arbitrales que se constituyen para los Arbitrajes Inversor-Estado (i) son utilizados como documento persuasivo por parte de los tribunales, y (ii) con frecuencia dan lugar a elaboradas opiniones en contrario²⁴.

Independientemente de las diferencias y contrastes que existen entre los Arbitrajes Comerciales Internacionales y los Arbitrajes Inversor-Estado, se tiene que el Arbitraje Inversor-Estado ha adoptado las características de privacidad-confidencialidad de los Arbitrajes Comerciales Internacionales. Esta influencia estructural es verdaderamente interesante por la configuración de derecho internacional público que define al Arbitraje Inversor-Estado. En este tipo de procedimientos arbitrales el acceso público y la transparencia se encuentra ampliamente justificados y son necesarios, a la luz de la naturaleza pública del derecho internacional de inversiones y del interés público que rodea a esta área arbitral y que redundan inmediatamente en las reclamaciones inversor-Estado, y usualmente en la esfera regulatoria del Estado receptor de las inversiones. A pesar de la prominencia de

²⁰ Usualmente se ha afirmado que a diferencia de los procedimientos ante la OMC, que surgen de cambios en las políticas, reglas o legislaciones de los países miembros y que usualmente tratan sobre la aplicación de tarifas o cuestiones arancelarias, los procedimientos de AIE se encuentran limitados a un modelo de análisis microeconómico. En relación a ello los AIE se focalizan en un inversión en específica con énfasis en periodos relevantes relativos a la previa entrada de la inversión como a su posterior entrada, y se limitan a la petición de medidas procesales que cautelen los daños y perjuicios sufridos en una inversión determinada, razón por la cual se dice que el ámbito económico de éstos arbitrajes es microeconómico. Véase: SCHLEYER, Glen. “Power to the People: Allowing Private Parties to Raise Claims before the WTO Dispute Resolution System”. En: *Fordham Law Review* 65. 1996-1997. p. 2275.

²¹ Sin embargo, es importante observar que no es fuera de lo común, aun cuando no sea la regla general, el hecho de que las instituciones arbitrales privadas procesen reclamaciones de inversores contra soberanías dentro de un marco de reglas del derecho internacional privado que aplica tanto reglas del derecho nacional como internacional a tales reclamaciones. Las acciones basadas en incumplimiento de obligaciones contractuales en relación, por ejemplo, a concesiones otorgadas, forman parte del firmamento del arbitraje internacional. De hecho, no es nada fuera de lo común que en tales tipo de casos existan controversias sobre la elección de la ley aplicable. Específicamente, no es nada fuera de lo común para las partes que se discuta hasta que medida el derecho internacional público es superior a la ley sustantiva que las partes eligieron aplicar en un determinado contrato. Véase: VAN HARTEN, Gus. “The Public—Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State”. En: *International and Comparative Law Quarterly* 56. April 2007. p. 371.

²² El término de “corta vida” es definitivamente relativo. Un gran número de AIE bajo los auspicios del CIADI han durando más de cinco años. Los componentes de **oportunidad** y **eficiencia** del arbitraje internacional, tanto en el comercial como en el inversor-Estado, se están tornando en verdaderas reliquias de museo.

²³ Véase: CHENG, Tai-Heng. “Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration”. En: *Fordham Law Journal* 30. 2006-2007. pp. 1014, 1016.

²⁴ De hecho, las opiniones en contrario emitidas en los AIE han causado un prolongado diálogo entre los expertos, los ejercientes y los propios árbitros. Véase al respecto: MARTÍNEZ-FRAGA, Pedro y Harout SAMRA. “A Defense of Dissents in Investment Arbitration”. En: *Interamerican Law Review* 43; VAN DEN BERG, Albert. “Dissenting Opinions by Party-Appointed Arbitrators in Investment Arbitration”. En: *Looking to the future: Essays on international law in honor of W. Michael Reisman*. pp. 821-843; REDFERN, Alan. “Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad, and the Ugly”. *American Review of International Arbitration* 20. pp. 223, 224.

estas cuestiones, se tiene que sin embargo el carácter privativo permanece como una cuestión estructural en los Arbitrajes Inversor-Estado.

E. Elementos para la revelación de información

La revelación de hechos que pudieran conllevar a cuestiones sobre la imparcialidad e independencia del árbitro se constituyen como una cuestión central que merece una atención particular. El estándar que regula la obligación de revelar determinada información que los árbitros deben de seguir se encuentra contenida en las Directrices de la International Bar Association sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional –las “Directrices de la International Bar Association”²⁵.

El problema persistente, sin embargo, concierne a las cuestiones de privacidad y revelación de información que aquí se analizan, encuentra sus “vestigios de privacidad” en el máximo escrutinio que se realiza sobre opiniones arbitrales que no han sido objetadas pero que reflejan cuestiones objetables. Los ejemplos más útiles son aquellos donde, como en el caso *SGS v. Pakistán*²⁶, caso en el cual los árbitros que no fueron objeto de objeción alguna, decidieron sobre el asunto litigioso, pero lamentablemente fallaron al no proporcionar suficientes argumentos que justificara su competencia sobre el caso.

Una recitación detallada de los hechos en el caso de *SGS v. Pakistán* no es necesaria. Es suficiente observar que la parte demandante objetó sobre la base de que el abogado de la parte demandada había presidido un tribunal arbitral en otro asunto en el que se había emitido un laudo favorable para el demandado

en dicho procedimiento. La proposición subyacente bajo la reclamación de la parte demandante subyace en que el árbitro sobre quién se objetaba su imparcialidad tenía en cierto modo un rasgo de inmoralidad para otorgar una decisión favorable tal como lo señaló el abogado en el caso *SGS v. Pakistán*, al indicar que dicho letrado presidió el tribunal en el caso *Azinian v. United Mexican States*²⁷.

Al rechazar la objeción de acuerdo a lo establecido en los artículos 57 y 14(1) del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), los árbitros observaron que “[t]he party challenging an arbitrator must establish facts, of a kind or character as reasonably to give rise to the inference that the person challenged clearly may not be relied upon to exercise independent judgment in the particular case where the challenge is made”²⁸. El centro del análisis de opinión sirve como un paradigma ejemplificativo de lo que denominamos el “vestigio privatista”:

“It is commonplace knowledge that in the universe of international commercial arbitration, the community of active arbitrators and the community of active litigators are both small and that, not infrequently, the two communities may overlap, sequentially if not simultaneously. **It is widely accepted that such an overlap is not, by itself, sufficient ground for disqualifying an arbitrator**”²⁹. [El énfasis es nuestro]

El recurso del tribunal al término “conocimiento general” o “*commonplace know-ledge*” quebranta su propia legitimidad y conlleva a concluir que sus razonamientos se hicieron sin mucha fortuna. La referencia que se hace en el caso antes mencionado sobre el “universo de los Arbitrajes Comerciales Internacionales”

²⁵ En: <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=59C60328-61F3-4F0A-9A92-78F4F67C1C50>.

²⁶ *SGS. Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*. Caso ICSID. ARB/01/13. Decision on Claimant’s Proposal to Disqualify Arbitrator. 2002. 8 ICSID Rep. 398. 2005. “*SGS v. Pakistan*”.

²⁷ Robert Azinian v. United Mexican States. Caso ICSID No. ARB/AF/97/2. 1999.

²⁸ Traducción libre: “La parte que objeta la neutralidad de un árbitro debe de establecer los hechos que sean determinativos para dar lugar a la inferencia de que la persona objetada claramente no puede ser confiable para el ejercicio independiente de la determinación de justicia en el particular caso en el cual la objeción ha sido realizada”.

²⁹ Traducción libre: “Es de conocimiento general que en el universo del arbitra comercial internacional, la comunidad de árbitros activos y de litigantes activos son tan pequeñas que frecuentemente ambas comunidades coinciden, ya sea de manera secuencial o simultánea. **Es aceptado generalmente que tal coincidencia o solapamiento no es, por si mismo, un argumento suficiente para descalificar a un árbitro**” [El énfasis es nuestro].

es igualmente desconcertante. Ello, porque el procedimiento *sub judice* surge de una controversia inversor-Estado sobre la base de un Tratado Bilateral de Inversiones (“TBI”) suscrito entre las República Islámica de Pakistán y Suiza. Por tanto, la referencia apropiada debió haber sido al “universo del Arbitraje Inversor-Estado”. En otras palabras, existen elementos sustanciales en los artículos 57 y 14 de la Convención CIADI que podrían haber sido garantizados, y haber sido materia de valoración en un laudo que concierne sobre cuestiones de interés público y que debe satisfacer las expectativas públicas que atañen al mismo y que van más allá de los propios intereses de confidencialidad de las partes. El escudarse sobre el noble concepto de “conocimiento general” o *commonplace knowledge* perteneciente al universo del arbitraje comercial internacional evidencia el carácter privativo al referirse al universo que no puede ser compartido, más allá de comunicaciones orales que muchas veces no tienen la fuerza ni el sustento que irroga el elemento escrito. Aun peor, aun asumiendo que los conceptos de “conocimiento general” y lo que denominamos como “universo del Arbitraje Comercial Internacional” existen con suficiente rigor y claridad, de manera que premisas culturales que circundan a las normas/reglas legales pueden ser inferidas de éstos, se tiene que la opinión que emite el tribunal en el caso SGS hace poco más que establecer el estatus quo de la práctica arbitral, el mismo que es una razón más que suficiente para evitar un análisis detallado.

F. El “Vestigio Privativo” en la redacción del Laudo

El carácter privativo en la redacción de un laudo es un legado de los Arbitrajes Comerciales Internacionales. Ese carácter privativo se refiere a la renuencia de involucrarse en un denso análisis jurídico, en virtud del cual una conclusión sea el resultado de una detallada premisa. Tal aproximación es especialmente inapropiada en aquellos escenarios, como es el caso del Arbitraje Inversor-Estado, en que (i) la cuestión o interés público sea notorio y (ii) la jurisprudencia arbitral que es frecuentemente utilizada como fundamento persuasivo y como una caja de pandora de posiciones jurídicas que a su vez pueden contribuir a implementar los

principios básicos del arbitraje, en virtud de los cuáles tanto de los Arbitrajes Comerciales Internacionales como el Arbitraje Inversor-Estado se sustentan, y que son: la uniformidad, la predictibilidad, el estándar de transparencia, y la autonomía de parte.

Mientras que podría encontrarse en consonancia con los mecanismos formales y estructurales de los Arbitrajes Comerciales Internacionales el hecho de que los laudos sean abreviados, en parte producto de la protección de las instituciones arbitrales al emitir decisiones limitadas basadas en el fondo del asunto con la clara finalidad de evitar que éstas sean recurridas ante una segunda instancia, lo mismo no se puede decir de los Arbitrajes Inversor-Estado en los que las cuestiones de interés público son relevantes. En tal sentido, análisis legales abreviados, a pesar de lo extensivo de las páginas de algunos de los laudos que se focalizan excesivamente en una narración detallada de los hechos y una exposición extensa de las posiciones de las partes, en detrimento de un riguroso análisis jurídico, especialmente en las cuestiones de derecho internacional público que dan soporte a las conclusiones del tribunal arbitral, solamente puede ser explicado por una exportación de la cultura privatista del Arbitrajes Comerciales Internacionales hacia el Arbitraje Inversor-Estado.

III. LA BÚSQUEDA DE TRANSPARENCIA EN EL ARBITRAJE INVERSOR-ESTADO, PERO NO UNA NORMA/REGLA DE TRANSPARENCIA

El vestigio privativo de los Arbitrajes Comerciales Internacionales es evidente en el Arbitraje Inversor-Estado, a través de los esfuerzos por incorporar diferentes normas de transparencia sobre una gama de cuestiones que van desde el acceso público a los procedimientos, la publicación de laudos, la capacidad jurídica de terceras partes (*amicus*), la participación de terceras partes (*amicus*) en los procedimientos, y el acceso público a documentos de trabajo³⁰.

El CIADI se ha confrontado con el reto de tener cuestiones de orden público en favor de la transparencia y el acceso. El cumplir con tales

³⁰ Véase, por ejemplo: *Methanex Corporation v. United States of America*. Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*. 2001.

demandas es particularmente difícil dada la poca probabilidad de modificar los términos del propio Convenio CIADI. Asimismo, el propio CIADI como institución, al adoptar sus políticas debe de hacerlo preservando un escenario de juego en el que se entremezclan los intereses de los países exportadores de capital y los intereses de los países importadores. La adopción de reglas, políticas y regulaciones por parte de CIADI debe lograr un balance que armonice los intereses de sus potenciales demandantes, mientras que al mismo tiempo se debe salvaguardar las cuestiones clásicas inherentes a la soberanía del Estado receptor de la inversión, usualmente países en desarrollo, las mismas que han sido reclamadas por dichos Estados³¹.

A. La perspectiva del CIADI

En los documentos de trabajo de la Secretaría del CIADI, por ejemplo, aquel de Mayo 12 de 2005, se tiene que se sugirieron varios cambios sustantivos, entre estos algunos referidos a mayor acceso a los procedimientos por terceras partes, publicación de los laudos, entre otros, al señalarse por ejemplo:

“The Discussion Paper suggested changes concerned preliminary procedures, publication of awards, access by third parties to the proceedings and disclosure requirements of arbitrators”³².

Mientras que el referido documento de trabajo describe de manera favorable los cambios propuestos, se tiene que en lo que respecta al acceso de terceras partes al procedimiento presentó ciertos cuestionamientos no tan favorables. Los cuestionamientos se expresaron sobre la

base de que cualquier medida o forma por la cual se permita el acceso a terceras partes a un procedimiento arbitral, debería de encontrarse sujeta a determinadas condiciones, asegurando, por ejemplo, que las terceras partes por medio de su participación no afecten la participación de las partes en un procedimiento. Es menester resaltar, que ninguna de las reglas sobre transparencia que se ilustran en el documento de trabajo de CIADI mencionan de modo alguno las palabras **confidencial** o **privado** en alguna forma.

B. Re análisis del caso Methanex y la necesidad de una Transparencia Normativa

En lo que respecta a partes que no son parte de un procedimiento, pero tienen interés en el mismo, se tiene que en los tribunales americanos existe la figura del *amici curiae*, en virtud de la cual un determinado Juez o Tribunal Judicial puede admitir las peticiones de dichas partes. Como casos relevantes de estas figuras para la materia que aquí atendemos, se encuentran las decisiones de admisión de *amici curiae* emitidas en el año 2001 en los casos *Methanex Corp. v. United States of America*³³ y *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada*.³⁴ En ambos casos, particularmente el de Methanex porque atañe a cuestiones de interés público en los campos de la salud y seguridad, en aspectos netamente regulatorios en el campo de medidas medioambientales, que fue objeto de considerables desarrollos literarios³⁵. Para los propósitos del análisis no será necesario revisar los contornos fácticos de los casos antes mencionados.

³¹ La reciente denuncia al Convenio CIADI por parte de Venezuela, Bolivia y Ecuador, así como el hecho de que Brasil no sea miembro de dicha convención, resaltan la delicada posición procedimental y la importancia sustantiva que cualquier política, regla o regulación que el CIADI adopte debe de tener en cuenta a efectos de que sea un Convenio aplicable en su totalidad. Véase, por ejemplo: COE, Jack. “Transparency in the Resolution of Investor-State Disputes – Adoption, Adaption, and NAFTA Leadership”. En: Kansas Law Review 54. 2006. “Addressing this very issue and contextualizing it as part of a new generation of texts consolidating, clarifying, and promoting transparency practice”.

³² ICSID Secretariat, Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations. 2005. En: www.icsid.worldbank.org.

³³ *Methanex v. United States*. Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*. 2001.

³⁴ *United Parcel Service of America, Inc. v. Government of Canada*. Decision of the Tribunal on Petitions for Intervention and Participation as *Amici Curiae*. 2001.

³⁵ Véase, por ejemplo: DOUGHERTY, Kara. “*Methanex v. United States*: The Realignment of NAFTA Chapter 11 with Environmental Regulation”. En: Northwestern Journal of International Law and Business 27. 2006-2007; LAWRENCE, Jessica. “Chicken Little Revisited: NAFTA Regulatory Expropriations after Methanex”; YEE,

En la búsqueda de “desarrollar el caso” con la finalidad de configurar una normativa sustantiva de transparencia que pueda ser incorporada al muy limitado campo de la resolución de disputas internacionales en el aspecto que se refiere a la obtención de prueba, será suficiente incorporar un estudio analítico sobre las bases sobre las cuales subyace el caso Methanex, el mismo que en sólo una ocasión hace referencia a la transparencia³⁶ pero que a la vez minimiza el escrutinio de normas sustantivas de derecho internacional a favor de un rigor procedimental que resulte del lenguaje textual de las reglas procedimentales aplicable. De hecho, el tribunal del caso Methanex³⁷ cuando se enfrentó a las objeciones presentadas contra las peticiones de *amici curiae*, bajo la teoría que se podría desobedecer el artículo 25(4) de las Reglas de Arbitraje de CNUDMI³⁸ que contempla que las audiencias sean realizadas “en puerta cerrada” consideró que el ámbito de extensión de la confidencialidad del arbitraje no era una materia sobre la cual debería decidir dicho tribunal³⁹. Pero la discusión sobre este particular elemento sobre el cual el tribunal no decidió, y la transitoria referencia al beneficio general que redundaba del Capítulo 11 referido a procedimientos arbitrales en la que se hace alusión a procedimientos más abiertos y transparentes⁴⁰, la decisión es carente de consideraciones y normas sustantivas de derecho internacional que (i) podrían definir al arbitraje internacional como “privado” o

“confidencial”, o (ii) que tengan algún efecto en los futuros procedimientos arbitrales. El tribunal del caso Methanex consideró que ni NAFTA⁴¹ ni las Reglas de CNUDMI limitaban la participación de los terceros denominados como *amici curiae*. Al desarrollar esta regla, se sustentaron sobre el principio de autonomía de parte, aun cuando la referencia al principio no se encontraba planificada. Una revisión al razonamiento del tribunal es muy útil.

La naturaleza pública del caso Methanex, referida a cuestiones de seguridad, salud y regulaciones medioambientales nos conlleva a hacer una breve narración para contextualizar el análisis de las peticiones de los *amici curiae*, las mismas que originaron cuestiones clásicas sobre lo que es el acceso público. Methanex bajo sus reclamación en la producción y venta de un recurso a base de metanol para que fuera utilizado en las gasolinas, el mismo que es conocido por su denominación en inglés como methyl tertiary-butyl ether (“MTBE”). Se afirmó que el MTBE era un producto seguro, efectivo y económico. El demandante alegó que el MTBE tenía beneficios medioambientales y que no generaba riesgo alguno a la salud humana o al medioambiente⁴². También se señaló que el demandante no se involucró en la producción y venta de MTBE, sino que sólo se limitó a la producción, transporte y marketing del metanol⁴³. La cuestión central de la demanda era que (i) no habían plantas

Marisa, “The Future of Environmental Regulation after Article 1110 of NAFTA: A Look at the Methanex and Metalclad Cases”. En: Northwestern Journal of Environment and Policy 9. 2002-2003.

³⁶ *Methanex v. United States*. Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*. 2001. p. 49 (“There is an undoubtedly public interest in this arbitration. The substantive issues extend far beyond those raised by the usual transnational arbitration between commercial parties. This is not merely because one of the Disputing Parties is a State: There are of course disputes involving States which are of no greater general public importance than a dispute between private persons. The public interest in this arbitration arises from its subject matter, as powerfully suggested in the Petitions. There is also a broader argument, as suggested by the Respondent and Canada: the Chapter 11 arbitral process could benefit from being perceived as more open or transparent; or conversely be harmed if seen as unduly secretive. In this regard, the Tribunal’s willingness to receive amicus submissions might support the process in general and this arbitration in particular; whereas a blanket refusal could do positive harm”).

³⁷ El panel se encontraba inicialmente constituido por William Rowley QC, Warren Christopher Esq, and V.V. Veeder QC (Presidente del Tribunal), y posteriormente fue reconfigurado tras la renuncia de Warren Christopher, quien fue sustituido por el Profesor W. Michael Reisman. Véase *Methanex v. United States*, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits. 2005. p. 5.

³⁸ Artículo predecesor del actual Artículo 28.3.

³⁹ *Methanex v. United States*, Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*. 2001. p. 46.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, NAFTA, por sus siglas en inglés “North American Free Trade Agreement”. 1993.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibid.* pp.1-2.

de producción de metanol localizadas en el Estado de California, y (ii) durante el periodo de 1993 a 2001, solo una fracción de metanol fue consumida en California y el resto producida en distintos Estados de los EE.UU. (un promedio de 20.2 toneladas métricas a comparación del consumo total que era de 185.5 toneladas métricas)⁴⁴.

Las reclamaciones se interpusieron en base a lo establecido en el Artículo 116(1) del NAFTA, en base a los incumplimientos por parte de los EE.UU. de dos provisiones establecidas en la Sección A del Capítulo 11 del NAFTA: el artículo 1105(1) y el artículo 1110(1), en virtud de las pérdidas causadas por el Estado de California como resultado de la prohibición de venta y utilización de MTBE, la misma que tenía programada entrar en efecto el 31 de Diciembre de 2002⁴⁵.

Visto como un posible caso bandera con implicaciones de seguridad pública, salud y regulaciones medioambientales, el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible ("International Institute for Sustainable Development, por sus siglas en ingles) ("el Instituto") fue la primera organización no gubernamental que interpuso una petición de *amicus curiae*, en su calidad de tercero interesado, señalando una argumentación a favor de un Estado receptor de inversiones, que en el ejercicio de su poder soberano a través del dictado de medidas regulatorias en pro del bienestar social en áreas relativas a la salud, seguridad y objetivos regulatorios, las

mismas que fueron dictadas sobre una base no discriminatoria⁴⁶. Las ONG involucradas señalaron que bajo ningún análisis tales medidas podían constituir una violación al derecho internacional y que constituían prerrogativas de un Estado receptor de inversiones, dentro de sus potestades regulatorias⁴⁷. Dos preceptos adicionales que el Instituto señaló en su petición fueron (i) que la interpretación del Capítulo 11 de NAFTA debería reflejar los principios legales sobre los que se fundamenta el concepto de desarrollo sostenible, y (ii) que la participación de un tercero interesado no parte en el procedimiento, como la figura del *amicus*, podría calmar las inquietudes públicas en línea con la naturaleza hermética de los procedimientos arbitrales que se suscitan bajo el Capítulo 11 del NAFTA⁴⁸.

Al inicio de su opinión el tribunal arbitral no artículo del todo un pronunciamiento general referente a la naturaleza privada o confidencial del arbitraje. No se hizo tampoco ninguna presunción de este tipo ya sea incluida en la cultura práctica del arbitraje internacional (ya sea comercial o inversor-estado) o que sea discernible del derecho internacional. En vez de ello, el tribunal optó por una construcción muy limitada de la cuestión sin tocar los elementos de privacidad o confidencialidad como elementos estructurales de la estructura total del arbitraje.

El punto de quiebre fue cuando el tribunal observó que no existe precepto alguno en

⁴⁴ Ibid. p. 2.

⁴⁵ Véase *Methanex v. United States*, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits. 2005. p. 1. Methanex ultimately challenged three legislative texts:

- (i) The 1999 California Executive Order certifying that "on balance, there is significant risk to the environment from using MTBE in gasoline in California";
- (ii) California Code of Regulations Title 13, §§2273 requiring gasoline pumps containing MTBE to be labeled in California as follows: "Contains MTBE. The State of California has determined that use of this chemical presents a significant risk to the environment." §§2262.6 provided at sub-section (a)(1) that: "Starting December 31, 2002, no person shall sell, offer for sale, supply or offer for supply in California gasoline which has been produced with the use of methyl tertiary-butyl ether (MTBE)"; and
- (iii) Amended California Regulations of May 2003, expressly banning the use of methanol as an oxygenate in California.

Ibid. p. 7.

⁴⁶ Las peticiones fueron eventualmente interpuestas por las siguientes organizaciones: (i) El *International Institute for Sustainable Development*, (ii) Communities for a Better Environment, (iii) The Bluewater Network of Earth Island Institute, y (iv) The Center for International Environmental Law.

⁴⁷ Véase *Methanex v. United States*. Petitioner's Final Submission Regarding the Petition of the International Institute for Sustainable Development to the Arbitral Tribunal for Amicus Curiae Status. 2000, en 10-18. Véase también *Methanex v. United States. Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as Amici Curiae*. 2001. p. 5. (The Institute's petition sought leave "(i) to file an *amicus* brief (preferably after reading the parties' written pleadings), (ii) to make oral submissions, (iii) to observe status at oral hearings.")

⁴⁸ Ibidem.

la Reglas del CNUDMI o en el Capítulo 11, Sección B del NAFTA que expresamente le confieran al tribunal la prerrogativa de aceptar una petición de *amicus* o que expresamente establezca que el tribunal no deba tener dicha prerrogativa⁴⁹. De hecho, el Tribunal arbitral se distanció de lo establecido en la Demanda Arbitral dado que el antiguo Artículo 25(4) de las Reglas de CNUDMI (actual Artículo 28(3)) que establece que las audiencias deben de realizarse a **puerta cerrada**, se tiene que la confidencialidad se incorpora a los documentos preparados en anticipación o en preparación para las audiencias⁵⁰.

No habiéndonos involucrados en consideraciones de privacidad o confidencialidad con respecto al arbitraje internacional o en buscar inferencias sobre lo que significa el concepto de **puerta cerrada** contenido en el Artículo 28(3) de las Reglas del CNUDMI, se tiene que el Tribunal inteligentemente buscó normativasobre laques sustentelos principios procedimentales de confidencialidad, los cuáles discrecionalmente los encontró en el antiguo Artículo 15(1) (actual Artículo) 17 de las Reglas de CNUDMI⁵¹. El antiguo Artículo 15(1) otorga al Tribunal Arbitral una vasta discrecionalidad para conducir y/o administrar un arbitraje, claro está que sujeto a los controles que derivan de la igualdad

procedimental y la justicia que debe existir hacia las partes del litigio arbitral⁵².

Habiéndose encontrado argumentos en un principio procedimental, el Tribunal se encontraba habilitado para dispensarse con cualquier petición que podría tener el efecto de incorporar nuevas partes a un procedimiento arbitral o que conduzca a que terceros que no sean parte de un procedimiento arbitral pueden tener acceso a los derechos sustantivos, prerrogativas y demás de una parte de un procedimiento arbitral, bajo lo establecido en el NAFTA. El propio Tribunal indicó que habiéndose recibido las peticiones/solicitudes escritas de algún tercero que no es considerado parte en el procedimiento, no equivale a decir que tal tercero sea considerada parte en el arbitraje⁵³.

Esta distinción es particularmente verdadera, en aquellos casos, como el de Methanex, en el que no se cuestionó la autoridad del tribunal arbitral para recibir solicitudes/peticiones de *amicus curiae*, pero en vez de ello se señaló que el Tribunal a través de su ejercicio de su discrecionalidad determinó primeramente que tales escritos podrían contribuir a que el tribunal se considere competente sobre el caso mientras que no se vulnerara el derecho de las partes con otras cuestiones referentes a terceros que no son parte, dado que estos últimos no pueden ser interpelados⁵⁴.

⁴⁹ Ibíd. p. 24.

⁵⁰ Ibíd. p. 12. En el caso Methanex también se mencionó en la Orden del 7 de Septiembre de 2000, que las partes habían acordado que las transcripciones, documentos escritos, declaraciones de testigos, entre otros, debían de ser considerados confidenciales.

⁵¹ Véase también "*Methanex v. United States*, Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*. 2001. En: 25-34.

⁵² Ibíd. p. 26.

⁵³ Ibíd. p. 30.

⁵⁴ Methanex puso en tela de juicio cuatro argumentos principales. El primero referente a la jurisdicción y competencia, en el que se señaló que el tribunal carecía de competencia para incorporar a un tercero a un procedimiento, al menos que las partes acuerden lo contrario. En relación a este punto, Methanex afirmó que el tribunal carecía de competencia para que en virtud de lo que establece el Capítulo 11 de NAFTA se otorgara las prerrogativas de una parte a terceros no interesados y que en caso discrecionalmente se estableciera ello, tal cuestión estaría fuera del ámbito establecido en el artículo 15 de las Reglas del CNUDMI. En segundo lugar, el demandante mantuvo que las cuestiones de interés público se encontraban ampliamente protegidas en base al Artículo 1128 de NAFTA, el mismo que establece una metodología para los grupos privados de interés, como las ONG, NAFTA, para transmitir sus informaciones a las partes de un procedimiento bajo el marco del NAFTA, quienes a su vez tienen legitimidad para intervenir si de hecho hubiera una cuestión en base a NAFTA que deba de ser interpretada. A su vez, las partes objeto de la controversia tendrían el derecho de recurrir a peticionarios como las ONG, para que actúen como testigos. Si estos peticionarios se apersonarían como *amici curiae*, las partes de la controversia estarían impedidos de interpelar y/o conainterrogar a los testigos en lo que respecta a los fundamentos de hecho actuales sobre los que subyace la operación de remisión de peticiones de terceros. Tercero, en el caso *Methanex*, tal como hizo México en su calidad de parte del NAFTA, se indicó que era "inapropiado" desarrollar una práctica que robusteciera la participación de los denominados *amici curiae* en arbitrajes inversor-Estado. Mientras que los EE.UU. y Canadá por ejemplo desarrollan la práctica de permitir la participación de *amicis curiae* de forma rutinaria en sus procedimientos judiciales, México por ejemplo no permite ello. En cuarto lugar y finalmente, el

Cuatro cuestiones fundamentales fueron alcanzadas al indicarse que el Artículo 15(1) permitía recibir peticiones escritas como las referenciadas⁵⁵. El tratamiento otorgado por el Tribunal Arbitral a estas cuatro subtemas referentes al ámbito de aplicación del antiguo artículo 15 y si dicho articulado otorga al Tribunal la discrecionalidad para aceptar la remisión de peticiones de parte de terceros que no son parte de un procedimiento, como el caso de los *amicus curiae*, involucraba un análisis técnico y comprensivo pero que ciertamente no se relacionaba con el derecho internacional y la búsqueda de una norma sustantiva de transparencia. El Tribunal Arbitral en su análisis (i) delimitó los contornos de las reclamaciones del tribunal del caso Irán-Estados Unidos de Norteamérica, la Organización Mundial de la Salud, y la práctica de la Corte Internacional de Justicia al encontrar que no se vulnera la práctica de arbitraje internacional por el hecho de recibir peticiones/solicitudes por parte de terceros que no son parte de un procedimiento⁵⁶;

(ii) observó que cualquier límite que resultara de las solicitudes/peticiones escritas remitidas por aquellos peticionarios que no son parte de un procedimiento podrían ser igualmente compartidas con las partes del procedimiento, y, por ende, no podrían ser calificadas como necesariamente excesivas para los intereses de las partes involucradas en el asunto litigioso⁵⁷; (iii) los artículos que fueron considerados fueron el 1126(10), 1128, 1133, and 1137(4) del Tratado NAFTA y se concluyó que ninguno de dichos artículos ni ninguna provisión del Capítulo 11 del NAFTA indicaba expresa y directamente mención alguna para que el Tribunal Arbitral tuviera la prerrogativa de aceptar peticiones de *amicus curiae*⁵⁸; y (iv) se analizó el ámbito de aplicación del antiguo artículo 25(4) (actual artículo 28(3)) de las Reglas del CNUDMI determinándose que el artículo es irrelevante a los efectos de la recepción de solicitudes/peticiones de terceros no-partes de un procedimiento, pero es pertinente a los efectos de atender las peticiones de tales peticionarios en audiencias y en el acceso a

demandante solicitó al Tribunal Arbitral a que desestimara la práctica de la OMC por considerarla irrelevante. Asimismo añadió que aun cuando la práctica de la OMC podría ser adoptada como útil desde la perspectiva analítica, el precedente que la OMC tiene en relación con dicha cuestión reveló que el Tribunal Arbitral o mejor dicho el Tribunal de Apelaciones rutinariamente ha dictaminado que tales remisiones de peticiones por parte de terceros no-partes no deberían ser tomadas en consideración y que el poder que resulta del Artículo XIII de la Sección referida a Entendimientos en los Acuerdos de Resolución de Disputas (*Dispute Settlement Understanding*), en lo que respecta a la obtención de información respecto a los recursos utilizados por terceros que no son parte de un procedimiento no ha sido aplicada en estas cuestiones de transparencia y confidencialidad.

⁵⁵ Específicamente cuatro cuestiones fueron desarrolladas y mencionadas:

- (i) Si la aceptación por parte del tribunal de las peticiones de *amicus curiae* se encontraba dentro del ámbito del sub-párrafo [2] del antiguo artículo 15(1),
- (ii) Si la aceptación de las peticiones de *amicus* podría afectar el trato justo otorgado entre las partes objeto de la controversia y la oportunidad para que cada una de ellas presenta de manera completa su caso, de acuerdo a lo establecido en el sub-párrafo [3] del antiguo artículo 15(1);
- (iii) Si existe alguna provisión en el Capítulo 11, Sección B de NAFTA que modificara la aplicación del Artículo 15(1) para los propósitos del asunto; y
- (iv) Si alguna otra provisión de las Reglas de Arbitraje de CNUDMI de manera similar modificara la aplicación del antiguo artículo 15(1) en relación al referido asunto, teniendo en cuenta las palabras introductorias del sub-párrafo del antiguo artículo 15(1).

Ibíd. p. 27-28.

⁵⁶ *Methanex v. United States*. Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*. 2001. En: 32-34. En relación con ello, el Tribunal Arbitral enfatizó que la práctica de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) refleja que solicitudes escritas que fueron recibidas por la CIJ, de manera no oficial, en el "Caso Referente a Gabčíkovo-Nagymaros Project". ICJ Reports. 1997. Ibíd. p. 34. El Tribunal adicionó que "the ICJ's practices provides little assistance to this case. Its jurisdiction in contentious cases is limited solely to disputes between states; its Statute provides for intervention by States; and it would be difficult in these circumstances to infer from its procedural powers a power to allow a non-state third person to intervene".

⁵⁷ Ibíd. p. 36. El Tribunal enfatizó, "[i]n theory, a difficulty could remain if a point was advanced by a Petitioner to which both Disputing Parties were opposed; but in practice, that risk appears small in this arbitration. In any case, it is not a risk the size or nature of which should swallow the general principle permitting written submissions from third persons.

⁵⁸ Ibíd. p. 38-39. Expresamente se indicó lo siguiente, "There is nothing relevant in these provisions for present purposes. As the tribunal has already concluded, there is no provision in Chapter 11 that expressly prohibits acceptance of *amicus* submissions but likewise nothing that expressly encourages them".

copias de los materiales proporcionados por el Tribunal Arbitral⁵⁹.

Methanex acertadamente ha sido distinguido como un asunto que contribuye a un régimen más transparente en la resolución de controversias⁶⁰. Dicho reconocimiento se encuentra muy bien justificado desde nuestro punto de vista. La vasta riqueza de la referida opinión en relación terceras partes, en la que se trata la extensión del ámbito de aplicación de medidas locales en campos referentes a la salud pública, seguridad y medioambiente, y su potencial afectación al derecho internacional que protege a los inversores extranjeros, explorando el role conceptual de la figura de *amici curiae*, y finalmente tocando la dicotomía de privacidad/confidencialidad, es loablemente resaltante. Este fino razonamiento fue posteriormente mejorado dado que el Laudo Final fue objeto de análisis en documentos interpretativos del Tratado NAFTA, así como en varios trabajos académicos relacionados a la transparencia⁶¹. Precisamente porque la decisión en el caso Methanex involucra múltiples facetas de transparencia (i) acceso público a la información, (ii) peticiones/solicitudes de terceros que no son parte del procedimiento, (iii) participación de terceros que no son parte del procedimiento en las diligencias procesales del procedimiento, (iv) acceso de terceros que no parte del procedimiento a las documentaciones arbitrales, y (v) la incorporación de notas interpretativas (como las de la Comisión de Libre Comercio). El referido caso es de una ayuda considerable al ayudarnos a enfatizar el vestigio de la privacidad que los Arbitrajes Inversor-Estado heredaron de los Arbitrajes Comerciales Internacionales. Adicionalmente, ha ayudado a ejemplificar las correcciones estructurales que el Derecho Internacional Público debe de tener en cuenta en los ajustes que se deban de

realizar sobre el legado dejado por el Derecho Contencioso Privado Internacional.

Tanto la revisión a las Reglas CIADI del año 2006 como el análisis del caso Methanex contribuyen a la justificación para el desarrollo de una norma sustantiva de transparencia privativa que pueda ser articular sin realizar una modificación fundamental a los trabajos desarrollados en el Derecho Internacional Privado y Público de la resolución de controversias. El desarrollo de una norma de transparencia privativa de tal tipo podría servir como un principio de convergencia capaz de armonizar tradiciones jurídicas disímiles. Una norma de transparencia es particularmente necesaria en la obtención de la prueba y puede proporcionar una participación más vibrante, acceso a mayor información, mayor supervisión sobre los actores involucrados incluyendo a los árbitros, y celeridad sin la necesidad de articular reglas de obtención de prueba que contengan definiciones técnicas que a su vez podrían conllevar a objeciones basadas en su falta de universalidad. Los principios generales de transparencia ya adoptados en documentos de derecho internacional podrían servir como las premisas fundacionales conceptuales para este cambio necesario.

IV. EL PRINCIPIO DE INCERTIDUMBRE EN LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS INTERNACIONALES Y LA NECESIDAD POR UNA NORMA ARMONIZADA DE TRANSPARENCIA

A. Cuestiones estructurales en el Arbitraje Inversor-Estado

El vestigio privativo antes mencionado es solo un elemento de la resolución de disputas

⁵⁹ *Ibid.* pp. 40-42. El Tribunal subrayó que no se encontraba del todo claro que el antiguo artículo 25(4) de las Reglas CNUDMI impusiera una obligación de confidencialidad, y en caso de hacer ello, podría irrogar autoridad al Tribunal en base al caso de la Corte Suprema de Justicia de Suecia *Bulgarian Foreign Trade Bank, Ltd. v. A.I. Trade Finance Inc* (2000), en el que se señaló: "a privacy rule in an arbitration agreement does not give rise under Swedish law to a separate duty of confidentiality, at least as regards the award." Asimismo, se subrayó que la aproximación en tal caso era "supported by the decision of the High Court of Australia in *Esso/BHP v. Plowman* (1993) and 183 CLR 10, distinguishing between confidentiality and privacy, particularly as subsequently applied by the New South Wales court in *Commonwealth of Australia v. Cockatoo Dockyard Pty. Ltd.* En: New South Wales Law Review 36. 1995. p. 662.

⁶⁰ MANN, Howard. The Final Decision in *Methanex v. United States*: Some New Wine in Some New Bottles. International Institute for Sustainable Development. 2005. En: http://www.iisd.org/pdf/2005/commentary_methanex.pdf.

⁶¹ La Nota Interpretativa de la Comisión de Libre Comercio del Tratado NAFTA establece expresamente: "Nothing in the NAFTA imposes a general duty of confidentiality under disputing parties to a Chapter 11 Arbitration [or] precludes the Parties from providing public access to documents submitted to, or issued by, a

internacionales que sugiere la necesidad de que exista una norma de transparencia privativa. El Arbitraje Inversor-Estado, y en menor medida los Arbitrajes Comerciales Internacionales, estructural y sustantivamente se encuentran entrelazados con un deseo de ser una estructura uniforme. Esta ausencia de uniformidad da lugar a lo que se denomina “principio de incertidumbre”⁶². Asimismo, aspectos críticos del Arbitraje Inversor-Estado carece de un valor predictivo. El Arbitraje Inversor-Estado se constituye por un sistema fragmentado de aproximadamente 3,000 tratados bilaterales de inversión que no están del todo interconectados, ni conceptualmente organizados, o que no contienen cláusulas materiales monolíticas⁶³. El universo multilateral, regional y bilateral de los tratados de inversiones es completamente ausente de estructura, jerarquías o de cualquier otro principio comparativo aplicable.

En un nivel menos formalístico pero más sustantivo, se tiene que preceptos rudimentarios del Arbitraje Inversor-Estado aún permanecen materialmente sin ser tomados en cuenta. Por ejemplo, quizás el elemento más importante que es usualmente referido en los Arbitrajes Inversor-Estado es el trato justo y equitativo

(TJE) que se debe de otorgar a las inversiones extranjeras. Asimismo, se ha discutido mucho sobre el hecho de si el TJE es un principio o un estándar. De manera similar, la relación que existe entre el TJE y el Estándar Mínimo Internacional (EMI) también ha dado lugar a que se elucubren un número de teorías con consecuencias prácticas para la resolución de controversias internacionales⁶⁴. Por tanto, es incierto si el EMI es el mismo o diferente para el caso del TJE. En caso sea sustantivamente diferente, no se sabe cuál es la diferencia. Y tampoco, no hay certeza en si esas diferencias tienen algún efectos en el cálculo de los daños.

De similar manera, no se encuentra bien definido si una cláusula paraguas en un Arbitraje Inversor-Estado debería de permitir incorporar reclamaciones no basadas en un tratado en un procedimiento arbitral de éste tipo. Los casos principales que tratan sobre si una cláusula paraguas automáticamente otorga un estatus de tratado sobre reclamaciones contractuales permanecen desafortunadamente sin resolver⁶⁵.

Consideraciones fundamentales en relación al concepto de Nación Más Favorecida

Chapter 11 tribunal.

[...]

Each Party agrees to make available to the public in a timely manner all documents submitted to, or issued by, a Chapter 11 tribunal, subject to redaction of: (i) Confidential business information; (ii) information which is privileged or otherwise protected from disclosure under the Party's domestic law; and (iii) information which the Party must withhold pursuant to the relevant Arbitral Rules, as applied.

Véase Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions of the NAFTA Free Trade Commission. 2001. En: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/nafta-interpr.aspx?lang=eng&view=d>. Methanex contended that the Interpretive Note was an amendment and not a viable interpretation of Article 1105, and, therefore, not binding of the tribunal pursuant to article 1131(2) NAFTA. The tribunal, in part, emphasized that “Methanex cites no authority for its argument that far-reaching changes in a treaty must be accomplished only by formal amendment rather than by some form of agreement between all of the Parties”. *Methanex v. United States*. Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits (August 3, 2005). p. 10.

⁶² El **principio de incertidumbre** primeramente se refiere al AIE. Sin embargo, este principio encuentra considerable resonancia en el ACI en virtud a la amplia discrecionalidad que se le otorga al tribunal arbitral en este tipo de arbitrajes, el mismo que no tiene precedente alguno en el derecho internacional privado. El ACI también presenta incertidumbres relativas a cuestiones estructurales, tales como (i) la completa ausencia de una estructura de obtención de prueba que transfiera esta cuestión a una incontrolada discrecionalidad arbitral, (ii) indefinición respecto al ámbito en el que la interpelación podría ser permitida, (iii) obtención de prueba que muchas veces es excesivamente restrictiva, (iv) la aplicación de la equidad que muchas veces conlleva a la inaplicación de derecho sustantivo, y (v) dificultades generales en lo que respecta a causas de acción no-contractuales. Todos estos componentes del ACI colisionan con los principios básicos que el arbitraje internacional pretende fundarse: autonomía de parte, uniformidad, estándar de transparencia, y predictibilidad.

⁶³ Es como un plato de tallarines (“spaghetti bowl”) de alrededor de 3,000 tratados bilaterales y regionales que se solapan entre ellos, decenas de miles de contratos transnacionales, y un número indeterminado de leyes locales cuyo propósito es estimular el desarrollo económico atrayendo inversiones extranjeras.

⁶⁴ Véase por ejemplo TUDOR, Ioana. “The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment”. 2011.

⁶⁵ Merece resaltarse que los casos que tratan sobre este punto tienen al mismo demandante, *SGS v. Pakistán* y *SGS v. Filipinas*. Así, en *SGS v. Pakistán* el tribunal consideró que de adoptarse la interpretación de la

(NMF) también carecen de certeza. No es del todo claro si una cláusula de NMF aplica solo a terminologías sustantivas, más no procedimentales de un Tratado. Si a ello se adiciona la incertidumbre que existe por parte de los demandantes al abusar de sus derechos para buscar obtener una indemnización segura en virtud al ejercicio del poder soberano de un determinado Estado en cuestiones de salud pública, seguridad y medidas medioambientales, o si bajo la premisa de interés público una determinada soberanía ejecuta su poder regulador y dicho poder se encuentra exento del marco del derecho internacional de las inversiones. Los Arbitrajes Inversor-Estado toman en consideración considerables preceptos normativos de laudos arbitrales dictados por otros tribunales, los mismos que carecen de efecto vinculante para constituirse como precedentes de observancia obligatoria.

El principio de incertidumbre en el arbitraje surge de la ausencia de un valor predictivo que es endémico a los elementos estructurales procedimentales y a la doctrina sustantiva que configura al Arbitraje Inversor-Estado. Este principio de incertidumbre, unido al vestigio privativo, configuran los argumentos más persuasivos y motivadores para que se dictamine una norma de transparencia apropiada que sea sustantiva en naturaleza y mucho más que una regla general que establezca el revelamiento de información, el monitoreo o el acceso a la información. Identificar elementos de normas de transparencia sustantiva en los tratados, en documentos de derecho internacional y en otras fuentes principales, es una condición

precedente para la aplicación de una normativa de este tipo a los aspectos discrecionales de la resolución de controversias internacionales, tales como la obtención de prueba, eso sí, si la resolución de controversias internacionales mantiene su promesa de armonizar las culturas y sistemas jurídicos existentes en el mundo.

V. UNA NORMA DE TRANSPARENCIA SUSTANTIVA Y LA OBTENCIÓN DE PRUEBA

A. En búsqueda de un principio de transparencia en Derecho Internacional

El trabajo fundacional necesario para el desarrollo de un principio sustantivo holístico de transparencia en Derecho Internacional debe de ser visto como la búsqueda de los primeros principios. La transparencia como un concepto general ha atraído la atención de académicos quienes han apreciado la necesidad de comunicar o de mostrar las características estructurales públicas de la resolución internacional de controversias. De manera más expansiva, el término transparencia ha sido identificado como (i) relevante para el desarrollo del derecho internacional económico⁶⁶, (ii) un principio fundamental del gobierno corporativo aplicable a las empresas multinacionales⁶⁷, (iii) un precepto central que define el derecho de los ciudadanos al acceso a la información gubernamental pública⁶⁸, y (iv) un principio organizador en las relaciones entre instituciones y regímenes de Derecho Internacional y los Estados Miembros⁶⁹. El concepto de transparencia como un principio

demandante de que la cláusula paraguas del artículo 11 del TBI entre Suiza y Pakistán incluía su reclamación contractual, se encontraba totalmente fuera del ámbito del referido artículo. Por tanto, este caso trae al ruedo una fuerte presunción de que las cláusulas paraguas de los TBI no aplican a obligaciones que resulten de contratos entre inversores y Estados. Sin embargo, en claro contraste, en el caso *SGS v. Filipinas*, el tribunal consideró que la cláusula paraguas sí aplica a todos los incumplimientos relevantes que pudieran haber en un contrato entre un inversor y un Estado, aunque al final el referido tribunal declinó en ejercer competencia dado que el contrato materia de análisis contenía una cláusula específica de selección de foro.

⁶⁶ Véase por ejemplo: ZOELLNER, Carl-Sebastian. "Transparency: An Analysis of An Evolving Fundamental Principle of International Economic Law". *Michigan Journal of International Law* 27.

⁶⁷ Véase: BACKER, Larry Catá. "Multinational Corporations, Transnational Law: The United Nations' Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations as a Harbinger of Corporate Social Responsibility in International Law". En: *Columbia Human Rights Law Review* 37. 2006. pp. 387, 304.

⁶⁸ Véase: *Marcel Claude Reyes y otros. v. Chile*. Caso 12.108. Interamerican Commission on Human Rights. Report. 60/03. OEA/Ser.L/V/II.118, doc. 70 rev. 2 (2003).

⁶⁹ Véase ACEVES William. "Institutionalist Theory and International Legal Scholarship". En: *American University Journal of Gender, Social Policy and Law*. 1997; ABBOTT, Kenneth. "Trust but Verify: The Production of Information in Arms Control Treaties and Other International Agreements". *Cornell International Law Journal* 26. 1993. p. 1.

indefinido ha encontrado una voz y una cierta definición como un criterio por el cual se puede medir la legitimidad que buscan los procesos democratizadores políticos⁷⁰, e inclusive como un elemento esencial de los Derechos Humanos⁷¹.

A pesar de la especializada proliferación de escritos en relación al término transparencia en casi todos los principales aspectos del Derecho Internacional, se tiene que la transparencia como un principio de Derecho Internacional aún se mantiene en un escenario elusivo⁷². Un principio universal sustantivo o una norma de transparencia en Derecho Internacional simplemente no existe.

La utilización de la transparencia en el Derecho Internacional también se encuentra presente de manera negativa, en el sentido que el acceso a la información o la revelación de la misma requiere una afirmación sustantiva en función al objeto materia de acceso o revelación. Estas utilidades de la transparencia son susceptibles de ser categorizadas en nueve formas: (i) apertura de actos procedimentales y acceso a los espectadores⁷³, (ii) Apertura y acceso a las fuentes de los materiales documentarios⁷⁴, (iii) apertura y acceso a los que monitorean el procedimiento⁷⁵, (iv) apertura y acceso a una participación plena⁷⁶, (v) revelación de información como una

producción positiva de información⁷⁷, (vi) apertura y acceso a la remisión de solicitudes y peticiones de terceros⁷⁸, (vii) apertura procedimental que conlleve a la legitimidad de los procedimientos⁷⁹, (viii) responsabilidad política⁸⁰, y (ix) apertura y acceso para corroborar la paridad y/o cumplimiento con la reciprocidad⁸¹.

Teniendo en cuenta estas necesidades múltiples estructurales para que de alguna forma o permutación del concepto de transparencia requiera un acto correspondiente de apertura para acceso o publicación, se tiene que el término ha sido tratado sin un verdadero desarrollo conceptual. El ambiente multifacético en virtud del cual la transparencia de alguna forma encuentra su espacio en el derecho internacional no se corresponda en forma alguna con las nueve referencias señaladas en el párrafo anterior.

B. La Transparencia en selectas fuentes del Derecho Internacional

Un tratado emblemático es la Carta de la Energía (*Energy Charter Treaty*, ECT por sus siglas en inglés), que engloba el modelo soberano de **interdependencia** en contraste con la **independencia** de las naciones. La ECT explícitamente hace referencia a la transparencia en conexión los principios

⁷⁰ Véase, por ejemplo: DIAMOND, Larry. "Democratic Rollback: The Resurgence of the Predatory State". 87 *Foreign Affairs*. 2008. ("Poorly performing democracies need better, stronger, and more democratic institutions-political parties, parliaments, and local governments-linking citizens to one another and to the political process [...] Reform requires the internal democratization of political parties through the improvement of their transparency and accessibility and the strengthening of other representative bodies").

⁷¹ Véase, por ejemplo: HATHAWAY, Oona. "Do Human Rights Treaties Make a Difference?". En: *Yale Law Journal* 111. 2002. pp. 1935, 1957-1958. (Underscoring the importance of transparency to compliance with international human rights treaties and the efficacy of international law).

⁷² Véase, por ejemplo: LORD, Kristin. "War and Peace in an Age of Transparency". 2003. (international security); CHARNOVITZ, Steve. "Transparency and Participation in the World Trade Organization". *Rutgers* 56; MCCORMALLY, Timothy. "Responding to the New Age of Transparency". *International Tax Review* 2003.

⁷³ Véase por ejemplo. *Methanex v. United States*. Decision of the Tribunal on Petition from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*. 2001. Explaining that the United States consented to the "open and public hearing of all hearings before the Tribunal".

⁷⁴ Véase *Ibid.* (explaining that Canada "supported public disclosure of arbitral submissions, orders and awards to the fullest extent possible").

⁷⁵ Véase *Ibidem.* (explaining that the United States consented to the "open and public hearing of all hearings before the Tribunal").

⁷⁶ Véase *Ibidem.*

⁷⁷ Véase *Ibid.* (explaining that Canada "supported public disclosure of arbitral submissions, orders and awards to the fullest extent possible").

⁷⁸ Véase *Ibidem.* (explaining the differing approaches of Mexico and Canada with respect to the standing of amicus petitions under NAFTA).

⁷⁹ Véase *Ibidem.*

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ *Ibidem.*

sustantivos del Derecho Internacional de las inversiones como los referidos a TJE, práctica no discriminatoria, entre otros⁸². La ECT menciona transparencia conjuntamente con términos como estabilidad, equidad, y trato favorable, como adjetivos que circundan a las condiciones que los inversores deben de gozar en cada uno de los Estados contratantes que a su vez incluyen el meollo del estándar del Derecho Internacional de las Inversiones que los Estados receptores de inversión deben de respetar y proporcionar a los inversores extranjeros.

La aplicación del concepto de transparencia a una amplia gama de condiciones referidas a inversión, implícitamente sugiere que la forma de transparencia que la ECT contempla como predicadora de la aplicación de los estándares sustantivos de la protección de inversiones para inversores extranjeros, debe por si misma ser privativa, por ejemplo, incorporando todas las nueve (9) categorías de transparencia anteriormente referenciadas. Esta visualización de la transparencia dentro del ámbito del Artículo 10(1) de la ECT no sólo comporta una variación y multiplicidad de condiciones de inversión que dan lugar a cuestiones de TJE y estándares mínimos para proteger a la inversión, sino que también se correlacionan con la propia naturaleza de un tratado, cuya ejecución y aplicación generalmente necesita de transparencia política y procedimental, máxime si los recursos públicos y cuestiones de interés general se encuentran presentes, tal como sucede en los Arbitrajes Inversor-Estado.

Aun cuando el término transparencia no figure de ninguna manera en el Capítulo 18 del Tratado NAFTA, se tiene que todos los elementos prácticos de dicho concepto han sido identificados bajo una “transparencia privativa”. Los miembros del NAFTA tienen la obligación de cumplir con estrictos y rigurosos requisitos de publicidad de sus normas, regulaciones, procedimientos y directrices administrativas, asó como de otras cuestiones que puedan de ser de interés para sus ciudadanos⁸³. Además, medidas propuestas y acceso a la participación se encuentran incluidos en dicho capítulo⁸⁴. La participación actual en los procedimientos también ha sido extendido a aquellas partes que no son miembros del NAFTA, conjuntamente con la transparencia procedimental⁸⁵ que es afirmada en dichos procedimientos. La ausencia de referencia explícita a la transparencia en el Capítulo 18 del Tratado NAFTA no amengua de ninguna forma la transparencia privativa de la norma que se permea a través de las provisiones institucionales y administrativas. Una referencia explícita a la transparencia, aun cuando sea bienvenida, no es necesario dado que el Preámbulo mismo incluye ello al señalar: “Clear and mutually advantageous rules governing [the trade of the NAFTA parties] [and to] ensure a predictable commercial framework for planning and investment.”⁸⁶.

La Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) establece en sus comentarios acerca del gradual pero significativo progreso

⁸² La ECT, en su Artículo 10(1) establece:

“Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favorable and **transparent** conditions for investors of other Contracting Parties to make Investments in its area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times, to Investments, of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment, or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favorable than that required by international law, including treaty obligations”.

⁸³ Véase NAFTA, Art. 1802.1.

⁸⁴ Véase *Ibíd.* artículo 1802.2.

⁸⁵ Véase *Ibíd.* artículo 1804.a y 1804.b:

(a) wherever possible, persons of another Party that are directly affected by a proceeding are provided reasonable notice, in accordance with domestic procedures, when a proceeding is initiated, including a description of the nature of the proceeding, a statement of the legal authority under which the proceeding is initiated and a general description of any issues in controversy;

(b) such persons are afforded a reasonable opportunity to present facts and arguments in support of their positions prior to any final administrative action, when time, the nature of the proceeding and the public interest permit [...].

⁸⁶ Véase NAFTA. Preámbulo.

cuantitativo que el principio de transparencia ha logrado en los tratados bilaterales de inversión. El resumen de las conclusiones de UNCTAD en este punto en específico merece leerlas por completo, aun cuando su texto sea en inglés:

“A minority of BITs include **transparency** provisions. However gradual, yet significant qualitative progress has been made with regard to the rationale and content of such rules. While there has been a trend towards viewing transparency as an obligation imposed on countries to exchange information, new approaches also deem it to constitute a reciprocal obligation involving host-countries and foreign investors. Transparency obligations are also no longer exclusively geared towards fostering exchange of information; rather they relate to transparency in the process of domestic rule-making aimed at enabling interested investors and other stakeholders to participate in that process⁸⁷”.

Las observaciones de UNCTAD evidencian el desarrollo y ascendencia no solo en el limitado campo de la transparencia en los TBIs, sino que más importante, hace énfasis en las múltiples esferas de la transparencia como principio de referencia, aun cuando no haya sido sistemáticamente definido ni adoptado por el Derecho Internacional. La referencia también es hecha a la transparencia como principio que se incorpora más que una revelación recíproca de obligaciones, sino que en vez de ello también se ocupa del espacio de desarrollo legislativo doméstico en cada país,

así como la participación real en el proceso de participación legítima⁸⁸.

Más allá de los parámetros del Derecho Internacional de Inversiones, la transparencia en términos generales ha sido identificado como un principio necesario. La ONU ha hecho un llamado hacia la transparencia en una serie amplia de asuntos, para que medidas sean implementadas en una serie de asuntos, como controlar y poner fin al tráfico ilícito de armas⁸⁹, erradicación y eliminación de la pobreza⁹⁰, entre otros. La ONU ha reiterado la primacía de la transparencia en la Declaración del Milenio llevada a cabo en el Consenso de Monterrey sobre cuestiones Financieras para el Desarrollo⁹¹. Como parte del esfuerzo de otorgar una respuesta global a los retos en el financiamiento para el desarrollo, el texto final de los acuerdos y compromisos adoptados en la Conferencia Internacional para el Financiamiento de Desarrollo (*International Conference on Financing for Development*) declara:

“Recognizing that peace and development are mutually reinforcing, we are determined to pursue our shared vision for a better future, through our individual efforts combined, with vigorous multilateral action. Upholding the Charter of the United Nations and building upon the values of the Millennium Declaration, we commit ourselves to promoting national and global economic systems based on the principles of justice, equity, democracy, participation, *transparency*, accountability, and inclusion⁹²”.

⁸⁷ U.N. Conference on Trade and Development (“UNCTAD”), “Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rule-Making”, UNCTAD/ITE/IIT/2006/5. 2007. En (i)-(iii), and (x).

⁸⁸ UNCTAD expresa que “[m]ost other approaches used in its BITs however, do not focus on transparency concerning investment opportunities, but rather on laws, regulations and administrative practices applicable to foreign investment in the host country. Transparency is conceived as a tool to foster a more predictable investment climate, in which investors can clearly assess the conditions and rules applying to their investments. *Ibid.* p. 77. It is also reported that certain BITs, such as the 2004 Canadian model BIT expands transparency with respect to investment-related rule-making to apply “not only to existing legislation, but also to draft laws and regulations.” *Ibid.* p. 78.

Finalmente, el Informe de UNCTAD explica que “[t]he emphasis of some BITs on using transparency provisions to strengthen the concept of due process of law is underlined by some supplementary obligations included in other agreements”.

⁸⁹ Véase “United Nations Millennium Declaration”. G.A. Res. 55/2. p. 3. U.N. Doc. A/RES/55/2. 2000. En: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b00f4ea3.html>.

⁹⁰ *Ibid.* p. 4 (“Success in meeting these objectives depends, *inter alia*, on good governance within each country. It also depends on good governance at the international level and on *transparency* in the financial, monetary, and trading systems. We’re committed to an *open*, equitable, rule-based, *predictable*, and non-discriminatory multilateral trading and financial system”).

⁹¹ International Conference on Financing for Development, Monterrey, Mexico, March 18-22, 2002, “Monterrey Consensus on Financing for Development”. pp. 9, 25, 53. U.N. Doc. A/CONF.198/11. 2003.

⁹² *Ibid.* p. 9.

De forma más específica, el texto de la ONU en el Consenso de Monterrey identificó la necesidad de un principio de transparencia en sectores tales como (i) la movilización de recursos públicos y su administración por parte de los gobiernos⁹³, (ii) la mejora de los mercados domésticos de acuerdo al desarrollo de los sistemas financieros⁹⁴, y (iii) en lo que respecta a inversiones extranjeras directas en países en desarrollo⁹⁵. En el mismo sentido, el Informe del Consejo de Seguridad de la ONU tiene como objetivo una transparencia legal y procedimental como regla de Derecho⁹⁶.

C. La aplicación de la norma de transparencia al proceso internacional de obtención de prueba

Tras analizar los instrumentos selectos del Derecho Internacional, se tiene que un principio general de transparencia puede ser rápidamente discernido. El término que se discierne, aparenta sugerir, u ordenar, una obligación afirmativa a que su pronunciamiento sea en la esfera privativa, y, por ende, hace un llamado por la ausencia universal de cualquier cuestión que pudiera conllevar a la confidencialidad. Sin embargo, si un principio de transparencia merece ser desarrollado y maximizar su contribución al Derecho Internacional, el mismo debe de estar investido con particularidades de un estándar. Basados en los múltiples usos de la transparencia en el Derecho Internacional, estas particularidades deben de estar impresas

en dos partes, la primera que consiste de los nueve elementos antes referenciados. La primera categoría conceptual sobre la cual debería estar investida una norma privativa de transparencia es una orden imperativa afirmativa de apertura/revelación/acceso a la información. Los nueve elementos de esta categoría han sido vistos por fuentes universalmente aceptadas del Derecho Internacional, que fueron anteriormente referenciadas.

La segunda categoría que constituye la norma de transparencia es la reciprocidad/paridad afirmativa. La teoría sobre la que se basa este primer paso embrionario estructural estriba en proporcionar un estándar por el cual la norma de transparencia pueda ser de aceptación universal a un nivel teórico, mientras que también preserve una aptitud práctica. Un estándar investido de ningún valor podría ser más conductivo hacia una cultura jurídica de convergencia. Adicionalmente, podría proporcionar, por ejemplo, reglas procedimentales transnacionales respecto a la obtención de prueba que puedan ser más uniformes en su aplicación, mediante la introducción simultánea de contenido sustantivo a sus términos principales.

Las Reglas de la IBA sirven como un modelo funcional útil⁹⁷. Quizás el estándar más importante de las Reglas IBA es el que se refiere a la relevancia del caso y del resultado del mismo⁹⁸. El estándar aparece en toda la arquitectura de las Reglas como un criterio

⁹³ *Ibíd.* p. 15.

⁹⁴ *Ibíd.* p. 17.

⁹⁵ *Ibíd.* p. 21 (“To attract and enhance in-flows of productive capital, countries need to continue their efforts to achieve a transparent, stable and predictable investment climate, with proper contract enforcement and respect for property rights, embedded in sound macroeconomic policies and institutions that allow businesses, both domestic and international, to operate efficiently and profitably and with maximum development impact [...]”).

⁹⁶ Véase THE SECRETARY GENERAL. “Report of the Secretary General on the Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies”. p. 6. Delivered to the Security Council. U.N. Doc. S/2004/616. 2004. (“The ‘rule of law’ is a concept at the very heart of the Organization’s mission. It refers to a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced, even independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and **procedural and legal transparency**”). [El énfasis es nuestro].

⁹⁷ No está dentro del ámbito el comentar extensivamente sobre las Reglas del IBA. En vez de ello, el objetivo es resaltar los aspectos estructurales de dichas Reglas, solamente como un modelo, en el cual la transparencia normativa puede dar lugar a una más comprensiva y universal aplicación de dichas reglas.

⁹⁸ Encontramos en las Reglas de la IBA, artículo 2.3.a: “The Arbitral Tribunal is encouraged to identify to the Parties, as soon as it considers it to be appropriate, any issue: (a) That the Arbitral Tribunal may regard as **relevant to the case and material to its outcome**” [El énfasis es nuestro].

recurrente⁹⁹. La utilización estratégica y uniforme del estándar de la relevancia al caso y a su aplicación material en su resultado (“relevant to the case and material to its outcome”), a la consulta, revelación de información por decisión propia de una de las partes, y a los procedimientos de revelación de información, enfatiza su importancia. Así, el estándar, parece representar una síntesis fundamental de las cuestiones referentes a los sistemas principales de derecho —el *civil law* y el *common law*¹⁰⁰—, y en ninguna parte se define dichos términos, principalmente los referidos a “relevante” y “material”.

De manera similar, los términos “evidencia” o “experto” no se encuentran definidos del todo. Mientras que el término “informe de experto” es definido como un escrito presentado por un experto designado por el Tribunal Arbitral o por una de las partes del proceso, se tiene que dentro de los términos incluidos en las Reglas IBA¹⁰¹ no existe un predicado significativo del que se pueda inferir el contenido del término de “experto”, dentro del propio régimen de las Reglas IBA. La calificación de un testigo como un experto es relegado, si no es del todo, a la potestad discrecional del tribunal arbitral.

En paralela importancia a la relevancia del caso y a la materialidad del resultado, se encuentra la introducción del requerimiento de **buena fe**, el cual es nuevo en la Reglas IBA 2010¹⁰². En relación a los términos “relevancia”, “materialidad” y “testigo experto”, se tiene que el término “**buena fe**” no se encuentra tampoco definido.

Ya sea por coincidencia o diseño, la ausencia de definiciones sustantivas, ya sea conceptualmente o en virtud a un estándar, enfatiza los retos que se tienen para legitimizar una congruencia cultural jurídica. Términos como **buena fe** o **relevancia** varían abruptamente dependiendo de la estructura legal que los acoja. El llegar a definiciones o estándares sustantivos para estos términos, en una perspectiva intercultural, conllevará

a cuestiones difíciles y que carecerán de utilidad.

Una aspiración más realista sería recurrir a la normativa de transparencia que probablemente pueda tener los parámetros de aplicabilidad en relación a conceptos como **materialidad** y **relevancia**. Los estándares categóricos que configuran la normativa de transparencia privativa y que el presente escrito propone como un esfuerzo preliminar podrá permitir a un tribunal poder testear los requisitos de accesibilidad y revelación de información. De manera similar, consideraciones de reciprocidad y paridad podrán facilitar análisis de **buena fe**. Podrá redundar en el mejor de los intereses de la comunidad del Derecho Internacional el estructurar una norma privativa de transparencia que comande los compromisos afirmativos, que en efecto resultan de la costumbre y uso convencional de la transparencia en el Derecho Internacional. Mientras que la utilización *ad hoc* de la palabra carente de un significado particular ha servido bien a las intenciones del Derecho Internacional, los beneficios que derivan del mismo producto de las múltiples aplicaciones del término general conllevan a que se conceptualice en la forma de una norma singular.

VI. CONCLUSIÓN

La demanda por una unificación o armonización entre las tradiciones jurídicas distintas nunca antes ha tenido tanta importancia como la tiene ahora por consecuencia de la globalización económica e informacional. A diferencia de su contraparte el Derecho Internacional del Comercio, se tiene que el Derecho Internacional de Inversiones, y particularmente el Derecho Internacional de Resolución de Controversias, se encuentran en proceso de desarrollo con la finalidad de mantener el paso con las necesidades económicas e informacionales que demanda la globalización. En consecuencia, los Arbitrajes Comerciales Inter-

⁹⁹ Véase IBA 2010 Rules. artículos 3, 3(a)-(b); 3, 11; 4, 9; 8, 5; y 2, 3(a).

¹⁰⁰ IBA 2010 Rules. Preámbulo. 2010. p. 1.

¹⁰¹ *Ibid.* p. 5 (defining “expert report”).

¹⁰² El término “Buena fe” aparece solamente dos veces en las Reglas IBA — en el Preámbulo y luego al último párrafo — la simetría en la ubicación de dicho término en solo dos ocasiones es importante y sugestiva. Véase IBA 2010 Rules. Preámbulo. artículo 9, 7.

nacionales y el Arbitraje Inversor-Estado permanecen como soluciones interesantes, hasta que se lleguen a constituir tribunales judiciales transnacionales que puedan tener competencia sobre controversias que se susciten tanto en los contextos internacionales públicos y/o privados.

Quizás el más pronunciado hecho que divide a los dos principales sistemas –*common law* y *civil law*– y las culturas jurídicas que lo acogen, se encuentran en la diferencia entre el estilo de obtención de prueba del Derecho Civil y el estilo americano denominado *Discovery*. A pesar de los innumerables esfuerzos, tales como las Reglas IBA, que buscan acomodar ambas tradiciones y que representan avances materiales en este campo, se tiene que la división aún continúa y se vislumbra en un sentido de polarización. Una aproximación en el intento de armonizar las concepciones de ambos sistemas estriba en incorporar una norma que se base en la transparencia, la misma que a su vez ayudará a reconciliar estas diferencias. Una norma basada en la transparencia parece ser particularmente apropiada porque la estructura privativa/confidencial de los Arbitrajes Comerciales Internacionales, el mismo que tiene un legado histórico y una influencia dantesca en el Arbitraje Inversor-Estado. Las incertidumbres endémicas y estructurales sobre los Arbitrajes Comerciales Internacionales y los Arbitraje

Inversor-Estado también crean un espacio para esta normativa. A mayor abundamiento, numerosas fuentes de Derecho Internacional referentes a diversos campos que van desde los Derechos Humanos a la Protección de Inversiones Internacionales han adoptado de alguna u otra forma el concepto de transparencia, pero nunca lo han elevado al *status* normativo o de principio del Derecho Internacional. La transparencia normativa privativa delinea los propósitos para representar el primer paso hacia el esfuerzo de comprimir dos categorías conceptuales, ambas que surgen del uso general *ad hoc* de la transparencia, como término que aparece en las fuentes de Derecho Internacional. Árbitros, jueces, y demás actores del campo legal podrían llegar a acuerdos para lograr una mayor uniformidad y predictividad a los fundamentos internacionales, como los resultantes de las Reglas IBA, que de otra manera podrían dejar de lado las indefiniciones en este campo que al final del día tienen consecuencias prácticas en la resolución de conflictos.

Irónicamente, el uso habitual de la palabra transparencia en el contexto del Derecho Internacional es menos que claro. Su propia naturaleza conlleva a proporcionar una normativa teórica con la finalidad de maximizar una transparencia uniforme y de aplicación práctica.