

La institución del *amicus curiae* y el arbitraje de inversiones

Amicus curiae and Investment Arbitration

RECIBIDO EL 28 DE MARZO DE 2011 / ACEPTADO EL 20 DE JULIO 2011

Francisco José PASCUAL VIVES

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

Universidad de Alcalá

f.pascualvives@uah.es

Resumen: En los últimos años se viene consolidando la intervención del individuo en el arbitraje de inversiones en calidad de *amicus curiae*. Este proceso se gestó en el ámbito institucional del TLCAN, donde varias decisiones arbitrales establecieron los primeros precedentes sobre la materia y, con posterioridad, tras la reforma de las reglas procesales y de los APPRI norteamericanos se ha desarrollado una jurisprudencia homogénea que permite, bajo determinadas condiciones, la presentación de observaciones escritas, el acceso a ciertos documentos procesales y la presencia en las audiencias públicas. La última modificación de las Reglas de Arbitraje del CIADI ha reconocido todas estas posibilidades en este ámbito, después de que un tribunal arbitral llamado a resolver los casos *Aguas de Barcelona I* y *III* ya las hubiera admitido con anterioridad. Sin embargo, en la práctica se aprecian algunas diferencias sustanciales entre la intervención de los terceros como *amicus curiae* en el TLCAN y en el CIADI. A nuestro juicio ello se debe no sólo a la mayor uniformidad del primero, sino también a que los árbitros designados para resolver litigios en el TLCAN poseen una formación jurídica más completa en el common law.

Palabras clave: *amicus curiae*; arbitraje de inversiones; TLCAN; CIADI; interés significativo; confidencialidad del procedimiento; acceso a los documentos.

Abstract: The individual's intervention in investment arbitration as *amicus curiae* has been recently strengthened. This process was initiated in NAFTA, where several arbitral decisions established the initial precedents and, subsequently, a homogeneous jurisprudence accepting, under certain conditions, the presentation of written observations, the access to documents and the presence in the public hearings has been developed after the reform of both the NAFTA procedural rules and the North-American BITs. The latest revision of ICSID Rules of Procedure has recognized the said options also in this legal regime, after the tribunal called upon to decide the *Aguas de Barcelona I and III* cases had already admitted them. However, several substantial differences can be perceived between NAFTA and ICSID practice. In our opinion, this is due not only to the greater uniformity of the former regime, but also as a result of the more comprehensive legal formation in common law of NAFTA arbitrators.

Key words: *amicus curiae*; investment arbitration; NAFTA; ICSID; significant interest; confidentiality of proceedings; access to documents.

Résumé: L'intervention de l'individu dans l'arbitrage d'investissement en tant qu'*amicus curiae* a été récemment renforcée. Ce processus a été initié dans l'ALENA où plusieurs décisions arbitrales ont établi la jurisprudence initiale et, ultérieurement, une jurisprudence homogène qui permet sous certaines conditions, la présentation d'observations écrites, l'accès aux documents et la présence aux audiences publiques. Elle a été élaborée après la réforme des règles de procédure de l'ALENA et des accords bilatéraux d'investissement nord-américains. La dernière modification des Règles de procédure du CIRDI a aussi reconnu ces possibilités, après leurs mise en pratique par un tribunal appelé à statuer sur l'affaire des *Aguas de Barcelona I et III*. Cependant, plusieurs différences importantes peuvent être perçues entre la pratique de l'ALENA et celle du CIRDI. Cela est dû, selon nous, non seulement à une plus grande uniformité de l'ALENA, mais aussi en raison d'une formation juridique plus complète des arbitres de l'ALENA au sein du common law.

Mots Clés: *amicus curiae*; arbitrage d'investissements; ALENA; CIRDI; intérêt significatif; confidentialité de la procédure; accès aux documents.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL RECONOCIMIENTO DE LA INSTITUCIÓN DEL *AMICUS CURIAE* EN SEDE ARBITRAL: 1. Los primeros precedentes formulados en el ámbito del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. 2. Los intentos por extender el alcance de tales precedentes al ámbito del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones. III. LA PROGRESIVA CODIFICACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DEL *AMICUS CURIAE*: 1. Los modelos estadounidense y canadiense de Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. 2. La aceptación de la institución del *amicus curiae* por un tribunal constituido en el ámbito del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones. IV. LA DEFINITIVA CODIFICACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DEL *AMICUS CURIAE* EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES: 1. La modificación de las reglas procesales del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones. 2. La aplicación de las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones en la práctica arbitral más reciente. V. CONSIDERACIONES FINALES.

* La presente investigación se enmarca dentro del Proyecto «La protección de las inversiones exteriores españolas en materia de energía (Estudio de la práctica arbitral sobre disputas de petróleo y gas natural)» (Ref. DER2008/04174/JUR), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

I. INTRODUCCIÓN

El *amicus curiae* constituye una institución procesal creada en el seno de la tradición jurídica anglosajona que en los últimos años viene cobrando protagonismo en el Derecho Internacional (DI) público. En otro trabajo ya hemos estudiado la evolución de esta institución en algunos sectores del ordenamiento internacional y, en particular, ante ciertos órganos jurisdiccionales que protegen tanto intereses económicos y comerciales como los derechos humanos y el DI penal¹.

En ese trabajo se concluye la existencia de una serie de caracteres comunes a la institución del *amicus curiae* en el DI público. En primer lugar, se afirma que los tribunales internacionales poseen una facultad discrecional para admitir las observaciones escritas y alegaciones orales formuladas por los *amici curiae*. En segundo lugar, consideramos que aquellos órganos jurisdiccionales requieren que los terceros acrediten un interés objetivo y general en el litigio. Por último, en tercer lugar, subrayamos que la intervención de los terceros como *amici curiae* se somete a un procedimiento de solicitud y, en su caso, de posterior presentación de las observaciones escritas y/o alegaciones orales que pueden versar sobre cuestiones jurídicas y/o fácticas, según la naturaleza del tribunal internacional que conozca la controversia. Así, hemos podido constatar cómo aquellos tribunales dotados de un órgano encargado de examinar e investigar los hechos en los casos ante ellos planteados, como es el caso de la Corte Penal Internacional, son completamente reacios a aceptar cuestiones fácticas entre las alegaciones de los *amici curiae*.

En el presente trabajo nos proponemos analizar el desarrollo de esta institución procesal en el DI económico, a través del estudio del arbitraje de inversiones. Conviene advertir que este trabajo se centra exclusivamente en la intervención de los particulares como *amici curiae* tanto en el ámbito del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) como en el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)².

¹ PASCUAL VIVES, F.J., «El desarrollo de la institución del *amicus curiae* en la jurisprudencia internacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 21 (2011).

² Por tanto no haremos referencia alguna a otras normas procesales por las que también se podría regir el arbitraje de inversiones (por ejemplo, Cámara de Comercio Internacional, Cámara de Comercio de Estocolmo o Cámara de Arbitraje Internacional de Londres), ni tampoco a las intervenciones de los Estados como terceros en el arbitraje de inversiones: *vid.* ALEXANDROV, S.A. y CARLSON, M., «The Opportunity to be Heard: Accommodating *Amicus Curiae* Participation

A resultas de la flexibilidad que caracteriza al arbitraje de inversiones³, debe examinarse la evolución de esta figura procesal distinguiendo principalmente tres etapas⁴. En la primera etapa (parte II del trabajo) tiene lugar su reconocimiento en sede arbitral, pese a la inexistencia de normas convencionales que admitieran la intervención de aquellos particulares en tales procedimientos. En la segunda etapa (parte III del trabajo) se produce una codificación progresiva de esta institución impulsada por los Estados miembros del TLCAN, quienes la incorporaron en la práctica institucional de esta organización, así como en sus respectivos modelos de Acuerdos para la promoción y la protección recíproca de las inversiones (APPRI). Mientras que en la tercera etapa (parte IV del trabajo) se asiste a la definitiva codificación del *amicus curiae* en las Reglas de Arbitraje del CIADI, así como en el Reglamento del Mecanismo Complementario para la administración de procedimientos por el Secretariado del CIADI.

II. EL RECONOCIMIENTO DE LA INSTITUCIÓN DEL *AMICUS CURIAE* EN SEDE ARBITRAL

Para examinar este apartado vamos a distinguir los primeros precedentes formulados en el ámbito del TLCAN y el posterior intento por aplicar tales precedentes en el ámbito del CIADI.

1. *Los primeros precedentes formulados en el ámbito del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*

En un primer momento el acceso de los particulares al arbitraje de inversiones en calidad de *amicus curiae* fue admitido por algunos tribunales

in Investment Treaty Arbitration», en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.Á. y ARIAS, D. (eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley/Wolters Kluwer, Madrid 2010, 49-64, pp. 53 y 62-63.

³ PARRA, A.R., «Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment», *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, vol. 12, nº 2 (1997), 287-364, pp. 298-299.

⁴ Debe indicarse que este trabajo no se ocupa de estudiar la utilización del *amicus curiae* por la Comisión Europea en aquellos procedimientos arbitrales iniciados por un inversor contra un Estado miembro de la Unión Europea. Para un análisis de esta cuestión: *vid.* PASCUAL VIVES, F.J., «El subsistema de integración comunitario ante el régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 36 (2010), 467-495, pp. 480-485.

arbitrales, pese a no contar ni el TLCAN ni el Convenio de Washington de 1965 por el que se establece el CIADI (Convenio CIADI)⁵ con disposiciones que previeran expresamente tal opción. Para adaptar esta institución jurídica al DI económico y al arbitraje de inversiones los órganos arbitrales realizaron no sólo una interpretación sistemática de aquellos tratados, sino también se valieron de los precedentes dictados por otras jurisdicciones y aplicaron algunos principios generales procedentes del Derecho anglosajón. No puede resultar casual que los Presidentes de los tres tribunales arbitrales que acometieron inicialmente la tarea de definir el alcance de esta institución en este sector del DI –y la mayoría de los restantes miembros que componían tales órganos arbitrales– procedieran de la tradición jurídica del *common law*.

La cuestión fue planteada por primera vez en el caso *Methanex*, una controversia iniciada en el año 1999 en el marco del TLCAN por una compañía canadiense dedicada a la producción y comercialización de metanol, a resultas de la prohibición impuesta por el Estado de California de eliminar de la gasolina una sustancia derivada del metanol comercializada principalmente por dicha empresa en los Estados Unidos de América; medida que la demandante consideraba como equivalente a una expropiación y, por tanto, contraria a las normas del Capítulo 11 del TLCAN.

El segundo litigio que interesa resaltar es el caso *UPS*, suscitado en el año 2000 por una empresa estadounidense dedicada al envío internacional de correo y mensajería, que consideraba que la empresa encargada de gestionar el servicio postal en Canadá se estaba aprovechando de su posición de monopolio para proporcionar otros servicios postales abiertos a la competencia y, por tanto, que tal medida resultaba contraria al estándar mínimo de trato y a la obligación de trato nacional consagradas en el Capítulo 11 del TLCAN.

En tercer lugar, aunque esta vez en el marco del CIADI, destaca el caso *Aguas del Tunari*, interpuesto contra Bolivia en el año 2001 por una empresa participada por inversores holandeses, norteamericanos y españoles, para quien los diversos actos y omisiones de dicho Estado que habían conducido a la rescisión de su contrato como concesionaria del servicio de distribución de agua potable y de alcantarillado sanitario en la ciudad de Cochabamba, resul-

⁵ BOE 13-9-1994.

taban contrarios a las disposiciones establecidas en el APPRI celebrado entre Bolivia y Holanda firmado el 10-3-1992⁶.

Los dos primeros litigios se ventilaron mediante las reglas procesales de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), mientras que el tercero conforme a las Reglas de Arbitraje del CIADI. Pese a que ninguna de las referidas normas procesales disponía en ese momento de previsiones que reglamentaran el estatuto de *amicus curiae*, una serie de Organizaciones no gubernamentales (ONG) y representantes de la sociedad civil solicitaron intervenir en las tres controversias citadas, obteniendo sus pretensiones un resultado dispar. En efecto, mientras que los tribunales del TLCAN que resolvieron el caso *Methanex* y el caso *UPS* aceptaron su intervención en el proceso, el órgano del CIADI encargado de resolver el caso *Aguas del Tunari* no atendió dicha petición.

Debemos estudiar primero los dos casos planteados en el marco del TLCAN, cuyo procedimiento discurrió de manera paralela desde el año 2000, y que constituyen los primeros precedentes que admiten la intervención del *amicus curiae* en este sector normativo⁷. Interesa advertir que las entidades peticionarias en ambos litigios tenían una diversa naturaleza. En el caso *Methanex* se trataba de organizaciones sin ánimo de lucro y cuyo objeto social era la defensa y protección del medio ambiente, mientras que en el caso *UPS* fueron asociaciones de carácter civil y sindical quienes solicitaron la participación en el procedimiento en primer lugar, si bien en una fase posterior la Cámara de Comercio de los Estados Unidos de América también presentó sus observaciones⁸.

En ambas controversias las entidades justificaron su petición de intervención en las actuaciones procesales alegando principalmente razones de interés público. Los solicitantes señalaron, en primer lugar, que los asuntos dirimían cuestiones que trascendían la esfera de las relaciones comerciales privadas y que se proyectaban hacia aspectos de interés público como la protección del

⁶ VANDEVELDE, K.J., «International Decisions: Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia», *American Journal of International Law*, vol. 101, n° 1 (2007), 179-184, pp. 180-181 y 183.

⁷ Para acceder a todos los documentos presentados por los particulares que se citan en las siguientes notas al pie del trabajo conviene revisar: *vid.* <http://www.naftalaw.org/disputes.htm> (consultada el 11-2-2011).

⁸ «*Amicus Curiae* Submissions by the United States Chamber of Commerce in the UPS Arbitration», de 20-10-2005.

medio ambiente y la salud⁹. Asimismo, en segundo lugar, también pusieron de relieve la necesidad de dotar de transparencia¹⁰ a los procedimientos de solución de controversias entablados en el seno del TLCAN¹¹. En el caso *UPS* el sindicato canadiense de trabajadores de los servicios postales alegaba, además de los anteriores, un interés directo¹²; circunstancia que como comprobamos en nuestro anterior trabajo sobre esta institución procesal no parece estar reñida con la autorización para intervenir como *amicus curiae*, siempre que aquel interés directo no se confunda con el de las partes¹³.

Los solicitantes también coincidieron a la hora de fundamentar su intervención de acuerdo con el Reglamento de la CNUDMI¹⁴. Al carecer de una reglamentación expresa sobre la materia, invocaron la facultad del órgano arbitral para dirigir el arbitraje¹⁵ prevista en el Artículo 15 de dicho Reglamento:

«1. Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos».

⁹ «Amended Petition of Communities for a better Environment, The Bluewater Network of Earth Island Institute, and The Center for International Environmental Law to Appear Jointly as *Amici Curiae*», de 13-10-2000, pár. 12; «*Amicus Curiae* Submissions by the International Institute for Sustainable Development», de 9-3-2004; y «Submission of Non-Disputing Parties Bluewater Network, Communities for a better Environment and Center for International Environmental Law», de 9-3-2004.

¹⁰ «Petition to the Arbitral Tribunal submitted by the International Institute for Sustainable Development in the Methanex Arbitration», de 25-8-2000, pár. 3.7.

¹¹ Un arbitraje de inversiones resuelto en el año 2000 ya había insistido sobre la necesidad de dotar de transparencia a la actividad de los Estados partes en el marco del TLCAN: *vid. Metaclad c. México* (Caso CIADI N° ARB(AF)/97/1, Laudo de 30-8-2000, párs. 76 y 88).

¹² «Submissions of the Canadian Union of Postal Workers and the Council of Canadians in the UPS Arbitration», de 8-11-2000, párs. 36-49; y «*Amicus Curiae* Submissions by the Canadian Union of Postal Workers and the Council of Canadians in the UPS Arbitration», de 20-10-2005.

¹³ PASCUAL VIVES, F.J., «El desarrollo...», *loc. cit.*, pp. 31-33.

¹⁴ ODUMOSU, I.T., «Revisiting NGO Participation in WTO and Investment Dispute Settlement: From Procedural Arguments to (Substantive) Public Interest Considerations», *Canadian Yearbook of International Law*, vol. XLIV (2006), 355-394, p. 377.

¹⁵ «Petition to the Arbitral Tribunal submitted by the International Institute for Sustainable Development in the Methanex Arbitration», de 25-8-2000, párs. 4.1-4.2; «Amended Petition of Communities for a better Environment, The Bluewater Network of Earth Island Institute, and The Center for International Environmental Law to Appear Jointly as *Amici Curiae*», de 13-10-2000, párs. 15 y 18; y «Submissions of the Canadian Union of Postal Workers and the Council of Canadians in the UPS Arbitration», de 8-11-2000, pár. 62.

Interesa señalar que, siguiendo el mismo procedimiento que en otros sectores normativos, las organizaciones peticionarias se dirigieron en primer lugar a los tribunales solicitando la correspondiente autorización y solo cuando ésta fuera concedida expresamente por el tribunal procederían a remitir sus observaciones escritas. No obstante, mientras que en el caso *Methanex* simplemente se requería intervenir como *amicus curiae*¹⁶, en el caso *UPS* los particulares presentaron esta petición de manera alternativa, sólo si el tribunal no les otorgaba el estatuto de parte¹⁷. Además, en ambos litigios los particulares solicitaron el acceso a las audiencias como observadores, ciertos documentos relacionados con el procedimiento y la posibilidad de presentar observaciones escritas y alegaciones orales¹⁸. Todo ello porque:

«(...) the presentation of information concerning the impact that the determination of the case will have on nonparties is a primary function of an *amicus* brief»¹⁹.

Conforme al procedimiento establecido por el TLCAN, antes de pronunciarse definitivamente sobre un incidente procesal el tribunal arbitral puede recibir observaciones de las partes procesales y de los Estados miembros. Como era de esperar todos ellos presentaron sus pareceres jurídicos, dado el carácter novedoso de las peticiones formuladas por los particulares en los citados litigios. Canadá y los Estados Unidos de América²⁰, en línea con la posición que habían mantenido en el seno de la Organización Mun-

¹⁶ «Petitioners Response to the Submissions of the claimant, Methanex Corp., in the Petition of the International Institute for Sustainable Development to the Arbitral Tribunal», de 6-9-2000, párs. 10-11.

¹⁷ «Submissions of the Canadian Union of Postal Workers and the Council of Canadians in the UPS Arbitration», de 8-11-2000, párs. 50 y ss.

¹⁸ «Petition to the Arbitral Tribunal submitted by the International Institute for Sustainable Development in the Methanex arbitration», de 25-8-2000, punto 5; y «Amended Petition of Communities for a better Environment, The Bluewater Network of Earth Island Institute, and The Center for International Environmental Law to Appear Jointly as *Amici Curiae*», de 13-10-2000, pár. 26.

¹⁹ «Petitioner's Final Submissions regarding the Petition of the International Institute for Sustainable Development to the Arbitral Tribunal for *Amicus Curiae* Status in the Methanex Arbitration», de 16-10-2000, pár. 37.

²⁰ «Submissions of the Government of Canada in the Methanex Arbitration», de 10-11-2000, pár. 3; y «USA Submissions pursuant to Article 1128 of the NAFTA in relation to the Petitions to file *Amicus Curiae* Briefs in the UPS Arbitration», de 11-6-2001, pár. 3.

dial del Comercio (OMC)²¹, se mostraron favorables a la intervención de los terceros:

«Therefore, upon a showing by a non-disputing party of knowledge or expertise, and upon a determination by the Tribunal that the submission would be both relevant and helpful to the Tribunal –yet would not prejudice the rights of the parties or interfere with the efficient advancement of the proceedings– the Tribunal should permit such non-disputing party to make a submission as *amicus curiae*»²².

Mientras que –aunque por distintas razones– tanto las demandantes como México se opusieron a dicha intervención. Las primeras alegaban principalmente cuestiones relacionadas con la confidencialidad de las actuaciones²³ y la salvaguarda de los derechos procesales de las partes²⁴. México por el contrario adoptó una posición institucional conservadora, pues se mostraba poco convencido en admitir una interpretación de las normas del TLCAN en demasiada sintonía con la tradición jurídica del *common law*²⁵.

En el año 2001 los tribunales arbitrales dictaron sendas decisiones preliminares en las que se admitía la posibilidad de que los terceros participaran con un estatuto distinto a las partes procesales y les conferían la posibilidad de presentar exclusivamente observaciones por escrito²⁶. En definitiva, ambos órganos admitieron la intervención de los particulares en calidad de *amici cu-*

²¹ «Petition to the Arbitral Tribunal submitted by the International Institute for Sustainable Development in the Methanex Arbitration», de 25-8-2000, párs. 4.1-4.2; y «Amended Petition of Communities for a better Environment, The Bluewater Network of Earth Island Institute, and The Center for International Environmental Law to Appear Jointly as *Amici Curiae*», de 13-10-2000, párs. 20-22.

²² «Statement of Respondent United States of America regarding Petitions for *Amicus Curiae* Status in the Methanex Arbitration», de 27-10-2000, p. 15.

²³ «Submissions of the Claimant respecting Petition of the International Institute for Sustainable Development in the Methanex Arbitration», de 31-8-2000.

²⁴ «Further Submission by the Claimant to the Petition of the International Institute for Sustainable Development and the Joint Petition of Communities for a better Environment, The Bluewater Network of Earth Island Institute, and The Center for International Environmental Law», de 27-10-2000, pár. 8.

²⁵ «Submissions pursuant to Article 1128 of the NAFTA in relation to the Petitions to file *Amicus Curiae* Briefs in the Methanex Arbitration», de 10-11-2000, p. 4; y «Mexico Submissions pursuant to Article 1128 of the NAFTA in relation to the Petitions to file *Amicus Curiae* Briefs in the UPS Arbitration», de 11-6-2001, p. 5.

²⁶ *Methanex c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI, Decisión del Tribunal arbitral sobre la solicitud de terceros de intervenir como *amicus curiae* de 15-1-2001); y *United Parcel Service*

riae. Los tribunales tomaron en consideración principalmente la existencia de un interés público en ambas controversias:

«There is undoubtedly public interest in this arbitration. The substantive issues extend far beyond those raised by the usual transnational arbitration between commercial parties (...). The public interest in this arbitration arises from its subject-matter, as powerfully suggested in the Petitions. There is also a broader argument (...) 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»²⁷.

En la última parte del párrafo citado se constata el deseo por investir con la mayor transparencia a las actuaciones procesales desarrolladas en el marco del arbitraje de inversiones, otorgándoles una dimensión pública²⁸ y, por tanto, distinta de los arbitrajes comerciales referidos estrictamente a cuestiones de carácter privado²⁹. Además, el tribunal que resolvió el caso *Methanex* se preocupó por concretar en su decisión la diferencia entre el concepto de experto y de *amicus curiae*; un argumento que resulta fundamental para acotar las facultades de este último desde una perspectiva procesal y a través del cuál se incidía en las funciones que aquellos podían realizar en el marco del arbitraje de inversiones³⁰:

«*Amici* are not experts; such third persons are advocates (in the non-pejorative sense) and not «independent» in that they advance a particular case to the tribunal»³¹.

c. *Canadá* (Caso CNUDMI, Decisión del Tribunal arbitral sobre la solicitud de intervención y participación como *amicus curiae* de 17-10-2001).

²⁷ *Methanex...* (Caso CNUDMI, Decisión del Tribunal arbitral sobre la solicitud de terceros de intervenir como *amicus curiae* de 15-1-2001, párr. 49).

²⁸ MOÏSE MBENGUE, M. y TIGNINO, M., «Transparency, Public Participation and *Amicus Curiae* in Water Disputes», en BROWN WEISS, E., BOISSON DE CHAZOURNES, L. y BERNASCONI-OSTERWALDER, N. (eds.), *Fresh Water and International Economic Law*, Oxford University Press, Oxford 2005, 637-405, pp. 388-389.

²⁹ STERN, B., «Civil Society's Voice in International Economic Disputes», *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, vol. 22, n° 2 (2007), 280-348, p. 299.

³⁰ MOURRE, A., «Are *Amici Curiae* the Proper Response to the Public's Concerns on Transparency in Investment Arbitration», *Law & Practice of International Courts & Tribunals*, vol. 5 (2006), 257-271, pp. 267-269.

³¹ *Methanex...* (Caso CNUDMI, Decisión del Tribunal arbitral sobre la solicitud de terceros de intervenir como *amicus curiae* de 15-1-2001, párr. 38).

Durante el desarrollo de ambos procedimientos, además, tuvo lugar un acontecimiento que resultó trascendental para la consolidación definitiva de esta institución procesal en el seno del TLCAN. La Comisión de Libre Comercio del TLCAN dictó una comunicación oficial el 7-10-2003, donde se reconoció la facultad de los terceros para presentar observaciones escritas ante los tribunales arbitrales constituidos en dicho ámbito institucional.

En este mismo documento se establecieron una serie de directrices para ejercer tal facultad que, en líneas generales, fijan un procedimiento de dos etapas –solicitud de intervención y posterior presentación de observaciones–³², en línea con otros órganos jurisdicciones internacionales. Dicho procedimiento ya había sido previsto por el tribunal encargado de resolver el caso *UPS* en una decisión preliminar sobre la participación de terceros³³.

En su solicitud de intervención el particular debería presentar, en la forma indicada, la siguiente información al tribunal:

«(a) be made in writing, dated and signed by the person filing the application, and include the address and other contact details of the applicant; (b) be no longer than 5 typed pages; (c) describe the applicant, including, where relevant, its membership and legal status (e.g., company, trade association or other non-governmental organization), its general objectives, the nature of its activities, and any parent organization (including any organization that directly or indirectly controls the applicant); (d) disclose whether or not the applicant has any affiliation, direct or indirect, with any disputing party; (e) identify any government, person or organization that has provided any financial or other assistance in preparing the submission; (f) specify the nature of the interest that the applicant has in the arbitration; (g) identify the specific issues of fact or law in the arbitration that the applicant has addressed in its written submission; (h) explain, by reference to the factors specified in paragraph 6, why the Tribunal should accept the submission; and (i) be made in a language of the arbitration».

La Comisión del TLCAN utilizó un concepto amplio de particular que incluía no sólo a los nacionales de un Estado miembro, sino también a aquel

³² GRISEL, F. y VIÑUALES, J.E., «*L'Amicus curiae* dans l'arbitrage d'investissements», *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, vol. 22, n° 2 (2007), 380-432, p. 397.

³³ *United Parcel Service c. Canadá* (Caso CNUDMI, Directriz del Tribunal sobre la participación de *amicus curiae* de 1-8-2003, párs. 7-8).

sujeto que tuviera una presencia significativa en el territorio de un Estado parte. El peticionario, según la citada comunicación, debería además adjuntar sus observaciones en otro documento anejo a dicha solicitud, con las siguientes características:

- «(a) be dated and signed by the person filing the submission;
- (b) be concise, and in no case longer than 20 typed pages, including any appendices;
- (c) set out a precise statement supporting the applicant's position on the issues; and
- (d) only address matters within the scope of the dispute».

Las directrices de la Comisión trataron de evitar que la presentación de este tipo de observaciones perjudicara o retrasara el desarrollo de las actuaciones procesales y generase perjuicios a alguna de las partes. Con este objetivo, consciente de los distintos intereses en presencia, se permitió que los Estados miembros del TLCAN y las partes en la controversia pudieran efectuar observaciones antes de que el tribunal resolviera sobre la concesión del estatuto de *amicus curiae*.

Una vez presentada la solicitud, según la comunicación dictada por el TLCAN, el tribunal podría decidir sobre su pertinencia sobre la base de los siguientes criterios:

- «(a) the non-disputing party submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the arbitration by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties;
- (b) the non-disputing party submission would address matters within the scope of the dispute;
- (c) the non-disputing party has a significant interest in the arbitration; and
- (d) there is a public interest in the subject-matter of the arbitration».

La comunicación oficial de la Comisión del TLCAN, por consiguiente, vino a respaldar las conclusiones preliminares que los tribunales arbitrales habían alcanzado tanto en el caso *Methanex* como en el caso *UPS*, fundamentados exclusivamente en una interpretación amplia de sus facultades confor-

me al Artículo 15 del Reglamento de la CNUDMI³⁴. Debe recordarse, por otra parte, que los requisitos expuestos en los anteriores litigios coinciden con los que exigen el resto de los órganos jurisdiccionales internacionales ya estudiados³⁵.

En este sentido, conviene destacar que la Comisión del TLCAN permitió la presentación de observaciones sobre cuestiones fácticas o jurídicas relacionadas con el litigio y que fueran relevantes para su resolución. Ello se debe, a nuestro juicio, a la influencia ejercida por el Derecho estadounidense, que ha desarrollado y expandido las funciones de esta institución procesal.

Pero además, la Comisión del TLCAN sometió la participación de los individuos a una serie de restricciones tanto de carácter formal como material. En primer lugar, los terceros no asumían el estatuto de parte procesal ni, por tanto, ninguno de los derechos que este último conlleva³⁶. Asimismo, las observaciones escritas se debían limitar a las materias discutidas por las partes³⁷ y, por consiguiente, no podían proponer nuevas cuestiones distintas a las presentadas por aquéllas³⁸. En el caso *UPS* además se concibió más restrictivamente la facultad de los terceros para realizar observaciones³⁹ y se concluyó su incapacidad para presentar alegaciones sobre cuestiones tales como el lugar del arbitraje o la competencia del tribunal arbitral⁴⁰, puesto que evidentemente éstas son materias cuya discusión corresponde en exclusiva a las partes.

³⁴ *Methanex...* (Caso CNUDMI, Decisión del Tribunal arbitral sobre la solicitud de terceros de intervenir como *amicus curiae* de 15-1-2001, párs. 24 y ss); y *United...* (Caso CNUDMI, Decisión del Tribunal arbitral sobre la solicitud de intervención y participación como *amicus curiae* de 17-10-2001, pár. 67).

³⁵ PASCUAL VIVES, F.J., «El desarrollo...», *loc. cit.*, pp. 13-14 y 17-24.

³⁶ *Methanex...* (Caso CNUDMI, Decisión del Tribunal arbitral sobre la solicitud de terceros de intervenir como *amicus curiae* de 15-1-2001, pár. 30).

³⁷ *United...* (Caso CNUDMI, Directriz del Tribunal sobre la participación de *amicus curiae* de 1-8-2003, párs. 5 y 9).

³⁸ *Methanex...* (Caso CNUDMI, Decisión del Tribunal arbitral sobre la solicitud de terceros de intervenir como *amicus curiae* de 15-1-2001, pár. 36); y *United...* (Caso CNUDMI, Directriz del Tribunal sobre la participación de *amicus curiae* de 1-8-2003, pár. 3).

³⁹ *United...* (Caso CNUDMI, Decisión del Tribunal arbitral sobre la solicitud de intervención y participación como *amicus curiae* de 17-10-2001, pár. 81).

⁴⁰ Pese a esta negativa del tribunal acerca de la facultad de un *amicus curiae* para presentar alegaciones sobre las cuestiones de competencia, se ha defendido con razón por la doctrina su utilidad en la determinación de aspectos tan controvertidos como los conceptos de inversión, inversor e interés público: *vid.* SAVARESE, E., «*Amicus Curiae* in investor-State Arbitral Proceedings», *Italian Yearbook of International Law*, vol. XVII (2007), 99-121, pp. 116-117.

Respecto a la obtención de documentos relacionados con el procedimiento, los tribunales trataron de mantener un equilibrio entre los principios de transparencia y confidencialidad, toda vez que las normas del TLCAN vigentes en ese momento no establecían mandatos concretos⁴¹. Así, la información librada a los participantes sería exclusivamente la que fuera acordada por las partes⁴² y, en todo caso, no podría extenderse a aquellos documentos calificados como confidenciales por el tribunal⁴³.

Por cuanto se refiere a la asistencia de los terceros durante la fase oral del procedimiento, los tribunales invocaron el Artículo 25.4 del Reglamento de la CNUDMI que dispone que las audiencias se celebren a puerta cerrada «a menos que las partes acuerden lo contrario». En un intento por equilibrar nuevamente los diversos intereses en presencia –transparencia y confidencialidad– los tribunales interpretaron este precepto de manera literal, dejando que fueran las partes en el procedimiento quienes definieran tal circunstancia en cada litigio:

«The relevant provision of the UNCITRAL rules to which attention is given in the submissions is Article 25(4) under which hearings are in camera unless the parties agree otherwise. They have not so agreed. The provision does not however prevent the Tribunal receiving written submissions. But it does prevent third parties or their representatives attending the hearings in the absence of both parties agreeing»⁴⁴.

En este sentido, tanto en el caso *Methanex*⁴⁵ como en el caso *UPS*⁴⁶ las partes en el litigio finalmente llegaron a un acuerdo para que las audiencias fueran públicas y, por tanto, las organizaciones intervinientes pudieron presenciarlas en directo en la sala donde tuvieron lugar.

⁴¹ VANDUZER, J.A., «Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration Through Transparency and *Amicus Curiae* Participation», *McGill Law Journal*, vol. 52 (2007), 681-723, pp. 701-706.

⁴² *United...* (Caso CNUDMI, Decisión del Tribunal arbitral sobre la solicitud de intervención y participación como *amicus curiae* de 17-10-2001, pár. 68).

⁴³ *United...* (Caso CNUDMI, Directriz del Tribunal sobre la participación de *amicus curiae* de 1-8-2003, pár. 6).

⁴⁴ *United...* (Caso CNUDMI, Decisión del Tribunal arbitral sobre la solicitud de intervención y participación como *amicus curiae* de 17-10-2001, párs. 61-63); y *Methanex...* (Caso CNUDMI, Decisión del Tribunal arbitral sobre la solicitud de terceros de intervenir como *amicus curiae* de 15-1-2001, párs. 40-42).

⁴⁵ *Methanex...* (Caso CNUDMI, Laudo Final de 9-8-2005, Part II, Chapter C, pár. 30).

⁴⁶ *United Parcel Service c. Canadá* (Caso CNUDMI, Directrices procesales de 4-4-2003, pár. 14).

Por otra parte, ambos tribunales también mantuvieron una especial sensibilidad por garantizar la economía procesal. Ello explicaría que, ante la oposición expresa de la parte demandante, en el caso *Methanex* el tribunal arbitral denegara a una de las organizaciones participantes en calidad de *amicus curiae* la posibilidad de presentar observaciones escritas adicionales, una vez terminada la fase oral del procedimiento arbitral⁴⁷.

En suma, a diferencia de la pobre acogida que hasta ahora han tenido las observaciones presentadas por los *amici curiae* en los órganos de resolución de las controversias constituidos en el ámbito de la OMC, el laudo dictado en el caso *Methanex* se refirió a las observaciones realizadas por los intervinientes en varios pasajes de su argumentación⁴⁸. Toda vez que el caso *Methanex* constituye el primer precedente en la materia, la aproximación del tribunal arbitral a este expediente hizo albergar esperanzas en torno al protagonismo que podía asumir esta institución procesal en el DI económico y en el arbitraje de inversiones.

2. *Los intentos por extender el alcance de tales precedentes al ámbito del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones*

En otro orden de cosas, una serie de asociaciones bolivianas solicitaron participar en el caso *Aguas del Tunari* como *amici curiae* en el año 2002, es decir, una vez conocidas las decisiones preliminares favorables emitidas en el caso *Methanex* y el caso *UPS*. Si bien es cierto que los peticionarios contaban con este par de precedentes dictados en el seno del TLCAN para sostener sus argumentos, no lo es menos que tales litigios se habían sustanciado en un ámbito institucional distinto al CIADI.

Además de alegar un interés directo en la controversia para justificar la obtención de dicho estatuto⁴⁹, pues gran parte de ellos radicaban en la ciudad

⁴⁷ *Methanex c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI, Laudo Final de 9-8-2005, Part IV, Chapter B, pár. 44).

⁴⁸ *Methanex...* (Caso CNUDMI, Laudo Final de 9-8-2005, Part I, Preface, pár. 11; Part I, Chapter I, pár. 2; Part II, Chapter C, pár. 29; y Part IV, Chapter B, pár. 27).

⁴⁹ «Petition of Coordinadora para la Defensa del Agua y Vida, Federación Departamental Cochabambina de Organizaciones Regantes, SEMAPA Sur, Friends of the Earth-Netherlands, Óscar Olivera, Omar Fernández, Father Luis Sánchez, and Congressman Jorge Alvarado to the Arbitral Tribunal», de 29-8-2002, párs. 9, 12 y 18-22.

de Cochabamba, los solicitantes invocaron un interés general que trataron de identificar en torno a dos ideas básicas. En primer lugar, que la controversia tenía como objeto la reglamentación de un servicio público –la distribución de agua potable y de alcantarillado sanitario– de capital importancia para la salud humana⁵⁰. Y, en segundo lugar, en la necesidad de dotar de transparencia al arbitraje de inversiones⁵¹, haciéndose eco así de la jurisprudencia iniciada por el caso *Methanex*.

Como se apuntó *supra*, tampoco las Reglas de Arbitraje del CIADI preveían precepto alguno que reconociera el estatuto de *amicus curiae* a los terceros. Por esta razón, los solicitantes apelaron al Artículo 44 del Convenio CIADI que, con un contenido similar al Artículo 15 del Reglamento de la CNUDMI, otorga al órgano arbitral la facultad para ordenar y dirigir el procedimiento:

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

De la misma forma que sucedió en el caso *UPS*, los peticionarios requerían ser investidos con el estatuto de parte procesal y, de rechazarse esta pretensión, solicitaban tanto la posibilidad de presentar observaciones escritas y alegaciones orales, como la celebración pública de la fase oral del procedimiento y el acceso a los documentos relacionados con la controversia⁵².

Aunque el litigio se refería a una materia que indudablemente estaba revestida de interés público como se demostraría posteriormente⁵³, el tribunal arbitral no atendió las peticiones de las organizaciones apelando al carácter consensual del arbitraje de inversiones⁵⁴. La respuesta del tribunal fue articu-

⁵⁰ *Ibid.*, párs. 25-28.

⁵¹ *Ibid.*, párs. 31-33 y 52.

⁵² *Ibid.*, párs. 43-47 y 58-61.

⁵³ BOISSON DE CHAZOURNES, L., «Water and Economics: Trends in Dispute Settlement», en BROWN WEISS, E., BOISSON DE CHAZOURNES, L. y BERNASCONI-OSTERWALDER, N. (eds.), *Fresh Water...*, *op. cit.*, 333-365, p. 351.

⁵⁴ *Aguas del Tímari c. Bolivia* (Caso CIADI N° ARB/02/3, Carta del Presidente del Tribunal de 23-1-2003).

lada por medio de una sucinta carta remitida por el Presidente del tribunal a las partes el 29-1-2003, si bien la decisión sobre competencia dictada por el tribunal el 25-10-2005 también volvió a ocuparse de este expediente en uno de sus párrafos iniciales:

«(...) the consensual nature of arbitration places the control of the issues you raise with the parties, not the Tribunal. In particular, it is manifestly clear to the Tribunal that it does not, absent the agreement of the Parties, have the power to join a non-party to the proceedings; to provide access to hearings to non-parties and, *a fortiori*, to the public generally; or to make the documents of the proceedings public»⁵⁵.

Al margen de la anterior declaración de principios, este órgano subrayó que la decisión tomada no prejuzgaba su competencia para autorizar la intervención de los terceros en un momento posterior⁵⁶. Tales puntualizaciones resultan relevantes porque evidencian, por una parte, que el tribunal llamado a resolver el caso *Aguas del Tunari* trató de ser sensible a los precedentes dictados en el seno del TLCAN y, por otra, que este órgano dejaba a las partes en dicho arbitraje la posibilidad de llegar a un acuerdo ulterior sobre la intervención de los terceros. En otras palabras, el tribunal no admitiría tal intervención de los terceros en ausencia de normas expresas que le atribuyeran dicha facultad, pero no se opondría si esta fórmula de participación fuera aceptada por las partes.

Importa resaltar, por consiguiente, el papel fundamental que jugó la voluntad de los Estados en toda esta primera etapa del proceso. En primer lugar, la de los miembros del TLCAN, expresada a través de una comunicación de su Comisión de Libre Comercio, que sentó las bases para el reconocimiento general del *amicus curiae* en el arbitraje de inversiones iniciado en este ámbito institucional.

Por el contrario, la falta de acuerdo entre los Estados partes del Convenio CIADI en torno a esta materia, la ausencia de una regulación expresa, así como la preeminencia de la concepción consensual del arbitraje de inversiones y la negativa de las partes durante el procedimiento arbitral a admitir tal inter-

⁵⁵ *Aguas del Tunari c. Bolivia* (Caso CIADI N° ARB/02/3, Decisión sobre las objeciones a la competencia presentadas por el demandante de 21-10-2005, pág. 17).

⁵⁶ *Aguas...* (Caso CIADI N° ARB/02/3, Carta del Presidente del Tribunal de 23-1-2003).

vención explicarían el fracaso de la solicitud presentada por los particulares en el caso *Aguas del Tunari*⁵⁷.

Tales ejemplos, además, ilustran las complejas interacciones que tienen lugar entre las normas generales y regionales de DI, también desde el plano procesal. La decisión de la Comisión del TLCAN y la llamada de atención realizada por el caso *Aguas del Tunari* acerca de la ausencia de normas sobre la institución procesal del *amicus curiae* en el marco del CIADI, dieron lugar a una etapa de progresiva codificación, liderada por los Estados miembros del TLCAN y cuya estela fue seguida más tarde por el CIADI.

III. LA PROGRESIVA CODIFICACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DEL *AMICUS CURIAE*

En el siguiente apartado se estudia tanto la codificación de la institución del *amicus curiae* a través de los modelos de APPRI estadounidense y canadiense, como la aceptación de esta institución procesal por un tribunal arbitral constituido en el ámbito del CIADI.

1. *Los modelos estadounidense y canadiense de Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones*

Durante la segunda etapa del proceso de reconocimiento y reglamentación de la institución del *amicus curiae* en el arbitraje de inversiones destacan toda una serie de disposiciones convencionales creadas principalmente en el seno del TLCAN, un litigio sustanciado en este mismo ámbito institucional que vino a confirmar la jurisprudencia anterior, así como un par de precedentes arbitrales relacionados con los intereses de España ventilados en el marco del CIADI.

En línea con la jurisprudencia asentada por el caso *Methanex* y el caso *UPS*, con la posición expresada por los Estados Unidos de América y Canadá en estos litigios⁵⁸ y conforme a lo dispuesto por las ya enunciadas directrices de la Comisión del TLCAN dictadas en octubre de 2003, se iniciaron impor-

⁵⁷ FRIEDLAND, P., «The *Amicus* Role in International Arbitration», en MISTELIS, L.A. y LEW, J.D.M. (eds.), *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2006, 321-328, pp. 324-327.

⁵⁸ FRIEDLAND, P., «El papel de los escritos ‘*Amicus Curiae*’ en el arbitraje internacional», *Revista Internacional de Arbitraje*, n° 4 (2006), 131-143, pp. 138-139.

tantes cambios en la política convencional de promoción y protección de las inversiones extranjeras de aquellos Estados norteamericanos. Como resultado de los mismos se establecieron nuevos modelos de APPRI⁵⁹ que promueven la transparencia procesal en el arbitraje de inversiones⁶⁰. Además, tales modificaciones han trascendido más allá de los confines del TLCAN, como puede fácilmente constatarse si se ponderan algunos modelos de APPRI publicados recientemente por los Estados de Europa y Asia en los últimos años.

En este orden de cosas, el Artículo 28.3 del modelo estadounidense admite la posibilidad de que el tribunal arbitral pueda recibir escritos de un *amicus curiae*, entendiéndolo como tal un tercero ajeno a las partes:

«The tribunal shall have the authority to accept and consider *amicus curiae* submissions from a person or entity that is not a disputing party».

Este modelo de APPRI, en su Artículo 29, consolida asimismo la transparencia mediante la articulación de un mecanismo que permite, bajo ciertas condiciones, el acceso a los documentos relacionados con el procedimiento por parte de los terceros y, además, refuerza la publicidad de la fase oral del procedimiento otorgando al tribunal la facultad para decidir si las audiencias se celebran *in camera* o, si por el contrario, se abren al público⁶¹.

Por consiguiente, este modelo de APPRI permite que los particulares puedan estar presentes en las audiencias y acceder a ciertos documentos procesales

⁵⁹ Los modelos de APPRI estadounidense y canadiense pueden consultarse en el siguiente enlace electrónico: *vid.* <http://ita.law.uvic.ca/investmenttreaties.htm> (consultada el 2-2-2010).

⁶⁰ La tensión entre los principios de soberanía y transparencia constituye una de las principales cuestiones que caracterizan al DI de las inversiones: *vid.* SACERDOTI, G., «Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection», *Recueil des Cours*, t. 269 (1997), 251-460, pp. 452-454.

⁶¹ «1. Subject to paragraphs 2 and 4, the respondent shall, after receiving the following documents, promptly transmit them to the non-disputing Party and make them available to the public:
 (a) the notice of intent;
 (b) the notice of arbitration;
 (c) pleadings, memorials, and briefs submitted to the tribunal by a disputing party and any written submissions submitted pursuant to Article 28(2) [Non-Disputing Party submissions] and (3) [Amicus Submissions] and Article 33 [Consolidation];
 (d) minutes or transcripts of hearings of the tribunal, where available; and
 (e) orders, awards, and decisions of the tribunal.
 2. The tribunal shall conduct hearings open to the public and shall determine, in consultation with the disputing parties, the appropriate logistical arrangements. However, any disputing party that intends to use information designated as protected information in a hearing shall so advise the tribunal. The tribunal shall make appropriate arrangements to protect the information from disclosure.

bajo determinadas condiciones. En la reciente práctica convencional de los Estados Unidos de América se sigue este modelo en los APPRI celebrados con Uruguay⁶² y Ruanda⁶³, así como los tratados de libre comercio celebrados con Chile⁶⁴, Centroamérica y la República Dominicana (CAFTA-DR)⁶⁵, Perú⁶⁶, Omán⁶⁷, Colombia⁶⁸ y Panamá⁶⁹. De conformidad precisamente con lo establecido por el Artículo 10.20.3 del CAFTA-DR, el órgano arbitral encargado de resolver el

3. Nothing in this Section requires a respondent to disclose protected information or to furnish or allow access to information that it may withhold in accordance with Article 18 [Essential Security Article] or Article 19 [Disclosure of Information Article].

4. Any protected information that is submitted to the tribunal shall be protected from disclosure in accordance with the following procedures:

(a) Subject to subparagraph (d), neither the disputing parties nor the tribunal shall disclose to the non-disputing Party or to the public any protected information where the disputing party that provided the information clearly designates it in accordance with subparagraph (b);

(b) Any disputing party claiming that certain information constitutes protected information shall clearly designate the information at the time it is submitted to the tribunal;

(c) A disputing party shall, at the time it submits a document containing information claimed to be protected information, submit a redacted version of the document that does not contain the information. Only the redacted version shall be provided to the non-disputing Party and made public in accordance with paragraph 1; and

(d) The tribunal shall decide any objection regarding the designation of information claimed to be protected information. If the tribunal determines that such information was not properly designated, the disputing party that submitted the information may (i) withdraw all or part of its submission containing such information, or (ii) agree to resubmit complete and redacted documents with corrected designations in accordance with the tribunal's determination and subparagraph (c). In either case, the other disputing party shall, whenever necessary, resubmit complete and redacted documents which either remove the information withdrawn under (i) by the disputing party that first submitted the information or redesignate the information consistent with the designation under (ii) of the disputing party that first submitted the information».

⁶² Firmado el 4-11-2005. Su texto puede revisarse en <http://tcc.export.gov/static/Uruguay-11.4.05.pdf> (consultada el 17-2-2011).

⁶³ Firmado el 19-2-2008. Para revisar el texto del acuerdo debe acudir a la siguiente dirección web: http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/bit/asset_upload_file743_14523.pdf (consultada el 17-2-2011).

⁶⁴ Firmado el 6-6-2003. Su texto puede revisarse en <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/chile-fta/final-text> (consultada el 17-2-2011).

⁶⁵ Firmado el 5-8-2004. Su texto puede revisarse en <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta> (consultada el 17-2-2011).

⁶⁶ Firmado el 12-4-2006. Su texto puede revisarse en <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/peru-tpa> (consultada el 17-2-2011).

⁶⁷ Firmado el 19-6-2006. Su texto puede revisarse en <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/oman-fta/final-text> (consultada el 17-2-2011).

⁶⁸ Firmado el 22-11-2006. Su texto puede revisarse en <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/colombia-fta> (consultada el 17-2-2011).

⁶⁹ Firmado el 28-6-2007. Su texto completo puede revisarse en <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/panama-tpa/final-text> (consultada el 17-2-2011).

caso *Commerce Group* emitió una decisión en la que invitaba a cualquier parte interesada a solicitar permiso al tribunal para presentar observaciones en calidad de *amicus curiae*⁷⁰. En el mismo sentido se ha pronunciado el tribunal encargado de resolver el caso *Pac Rim Cayman*⁷¹, también en virtud del citado precepto del CAFTA-DR.

Por otra parte, el Artículo 39 del modelo de APPRI canadiense permite la participación de terceros en el arbitraje de inversiones mediante la presentación de alegaciones escritas, haciéndose igualmente eco en su articulado de las orientaciones efectuadas por la Comisión del TLCAN en el año 2003⁷². En cuanto al acceso a las audiencias y la obtención de documen-

⁷⁰ El auto dictado el 20-10-2010 por el órgano arbitral señala que tal solicitud debe «(1) be emailed to ICSID at icsidsecretariat@worldbank.org by Monday, 1 November 2010; (2) in no case exceed 20 pages in all (including the appendix described below); (3) be made in one of the languages of these proceedings, i.e. English or Spanish; (4) be dated and signed by the person or by an authorized signatory for the entity making the application verifying its contents, with address and other contact details; (5) describe the identity and background of the applicant, the nature of any membership if it is an organization and the nature of any relationships to the Disputing Parties and any Contracting Party; (6) disclose whether the applicant has received, directly or indirectly, any financial or other material support from any Disputing Party, Contracting Party or from any person connected with the subject-matter of these arbitration proceedings; (7) specify the nature of the applicant's interest in these arbitration proceedings prompting its application; (8) include (as an appendix to the application) a copy of the applicant's written submissions to be filed in these arbitration proceedings, assuming permission is granted by the Tribunal for such filing, such submissions to address only matters within the scope of the subject-matter of these arbitration proceedings; and (9) explain, insofar as not already answered, the reason(s) why the Tribunal should grant permission to the applicant to file its written submissions in these arbitration proceedings as an *amicus curiae*»: *vid. Commerce Group Corp y San Sebastian Gold Mines c. El Salvador* (Caso CIADI N° ARB/09/17, Auto procesal sobre *amici curiae* de 20-10-2010).

⁷¹ *Pac Rim Cayman c. El Salvador* (Caso CIADI N° ARB/09/12, Auto procesal sobre *amici curiae* de 2-2-2011).

⁷² «1. Any non-disputing party that is a person of a Party, or has a significant presence in the territory of a Party, that wishes to file a written submission with a Tribunal (the «applicant») shall apply for leave from the Tribunal to file such a submission, in accordance with Annex C.39. The applicant shall attach the submission to the application.
2. The applicant shall serve the application for leave to file a non-disputing party submission and the submission on all disputing parties and the Tribunal.
3. The Tribunal shall set an appropriate date for the disputing parties to comment on the application for leave to file a non-disputing party submission.
4. In determining whether to grant leave to file a non-disputing party submission, the Tribunal shall consider, among other things, the extent to which:

tos procesales, el modelo canadiense mantiene una aproximación similar al estadounidense y consolida también ambos aspectos a través del deber de transparencia⁷³ impuesto a las partes en su Artículo 38:

«1. Hearings held under this Section shall be open to the public. To the extent necessary to ensure the protection of confidential information, including business confidential information, the Tribunal may hold portions of hearings *in camera*.

2. The Tribunal shall establish procedures for the protection of confidential information and appropriate logistical arrangements for open hearings, in consultation with the disputing parties.

3. All documents submitted to, or issued by, the Tribunal shall be publicly available, unless the disputing parties otherwise agree, subject to the deletion of confidential information.

4. Notwithstanding paragraph 3, any Tribunal award under this Section shall be publicly available, subject to the deletion of confidential information (...).».

(a) the non-disputing party submission would assist the Tribunal in the determination of a factual or legal issue related to the arbitration by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties;

(b) the non-disputing party submission would address a matter within the scope of the dispute;

(c) the non-disputing party has a significant interest in the arbitration; and

(d) there is a public interest in the subject-matter of the arbitration.

5. The Tribunal shall ensure that:

(a) any non-disputing party submission does not disrupt the proceedings; and

(b) neither disputing party is unduly burdened or unfairly prejudiced by such submissions.

6. The Tribunal shall decide whether to grant leave to file a non-disputing party submission. If leave to file a non-disputing party submission is granted, the Tribunal shall set an appropriate date for the disputing parties to respond in writing to the non-disputing party submission. By that date, the non-disputing Party may, pursuant to Article 34 (Participation by the Non-Disputing Party), address any issues of interpretation of this Agreement presented in the non-disputing party submission.

7. The Tribunal that grants leave to file a non-disputing party submission is not required to address the submission at any point in the arbitration, nor is the non-disputing party that files the submission entitled to make further submissions in the arbitration.

8. Access to hearings and documents by non-disputing parties that file applications under these procedures shall be governed by the provisions pertaining to public access to hearings and documents under Article 38 (Public Access to Hearings and Documents).».

⁷³ LÉVESQUE, C., «Influences on the Canadian FIPA Model and the US Model BIT: NAFTA Chapter 11 and Beyond», *Canadian Yearbook of International Law*, vol. XLIV (2006), 249-298, pp. 267-268.

Los tratados de libre comercio celebrados por Canadá con Perú⁷⁴ y Colombia⁷⁵ constituyen un par de precedentes de la nueva política convencional emprendida por Canadá en esta materia. Asimismo, en los Anexos a los APPRI renegociados por Canadá con una serie de Estados de reciente adhesión a la Unión Europea como Lituania, Eslovaquia, República Checa y Rumania⁷⁶ se incluyeron disposiciones que permiten la intervención de terceros en calidad de *amici curiae*⁷⁷. Esta sería una fórmula, además, que permitiría intervenir a la Comisión Europea en aquellos procedimientos arbitrales donde se discutan las medidas –presuntamente contrarias a un APPRI– adoptadas por un Estado miembro en aplicación del Derecho de la Unión Europea.

Por el contrario, México resulta hasta ahora una excepción y todavía no ha incorporado todos estos postulados con carácter general en su política convencional de promoción y protección de las inversiones extranjeras. Así lo evidencia, por ejemplo, el APPRI celebrado con España⁷⁸ que, pese a introducir una serie de preceptos relacionados con el arreglo de las controversias inversor-Estado inusual –tanto cualitativa como cuantitativamente– para los estándares utilizados por la práctica española, no regula la cuestión de la intervención de terceros⁷⁹.

Con arreglo a las anteriores directrices plasmadas en los modelos de APPRI estadounidense y canadiense y a la incipiente práctica convencional de ambos Estados, durante el año 2010 se han abierto al público las audiencias de varios procedimientos arbitrales iniciados en el ámbito del TLCAN⁸⁰, llegán-

⁷⁴ Firmado el 29-5-2008. Puede accederse al texto de este acuerdo en la siguiente dirección web <http://www.international.gc.ca/international/index.aspx> (consultada el 21-2-2011).

⁷⁵ Firmado el 21-11-2008. Puede accederse al texto de este acuerdo en la siguiente dirección web <http://www.international.gc.ca/international/index.aspx> (consultada el 21-2-2011).

⁷⁶ Anexo B del APPRI celebrado entre Canadá y la República Checa; Anexo B del APPRI celebrado entre Canadá y Eslovaquia; Anexo C del APPRI celebrado entre Canadá y Lituania; y Anexo C del APPRI celebrado entre Canadá y Rumania.

⁷⁷ Las mismas previsiones se están discutiendo en estos momentos con ocasión de la negociación de un acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y Canadá.

⁷⁸ BOE 3-4-2008 y corr. err. BOE 19-5-2008.

⁷⁹ PASCUAL VIVES, F.J., «Nuevas manifestaciones de la segunda generación de Acuerdos sobre la promoción y la protección recíproca de las inversiones en España: Los acuerdos celebrados con Kuwait y México», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LX (2008-2), 695-700.

⁸⁰ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI); *Railroad Development Corporation c. Guatemala* (Caso CIADI N° ARB/07/23); *Mobil Investments Canada y Murphy Oil Corporation c. Canadá* (Caso CIADI N° ARB(AF)/07/4); *Commerce Group...* (Caso CIADI N° ARB/09/17); y *Pac Rim Cayman...* (Caso CIADI N° ARB/09/12).

dose incluso a retransmitir a través de la red algunas audiencias relacionadas con el caso *Commerce Group* y con el caso *Pac Rim Cayman*⁸¹.

Al tiempo que comenzaban a celebrarse nuevos tratados bilaterales por parte de los Estados Unidos de América y Canadá, se desarrollaron una serie de procedimientos arbitrales –tanto en el ámbito del TLCAN como del CIADI– donde se discutió sobre la participación de terceros en calidad de *amici curiae*. Estos arbitrajes evidentemente fueron permeables al proceso de codificación que se venía experimentando en el TLCAN⁸², así como a los dos precedentes que se habían desarrollado en este mismo ámbito institucional previamente (caso *Methanex* y caso *UPS*).

En el año 2003 se inició en el marco del TLCAN el caso *Glamis*, un litigio que tenía como objeto determinar la legalidad de una serie de medidas normativas de protección ambiental y cultural adoptadas por las autoridades del Estado de California y que afectaban las explotaciones mineras a cielo abierto. En opinión de los inversores canadienses demandantes, estas medidas legislativas les impedían desarrollar su actividad empresarial correctamente y, en definitiva, suponían una expropiación de su inversión.

Como las propiedades donde la parte demandante quería desarrollar su actividad de explotación minera radicaban cerca de los territorios que históricamente había ocupado la tribu india Quechan, este colectivo indígena solicitó

⁸¹ Vid. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/ViewNewsReleases.jsp> (consultada el 17-2-2011).

⁸² La propuesta de APPRI formulada por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IIDS) en el año 2005, también admite la intervención de los terceros en calidad de *amicus curiae*. Señala el Artículo 8 del Anexo A del modelo de APPRI preparado por el IIDS que: «(1) The tribunal shall have the authority to accept and consider amicus curiae submissions from a person or entity that is not a disputing party (the «submitter»). (2) The submissions shall be provided in English or in the principal language of the host state, and shall identify the submitter and any Party, other government, person, or organization, other than the submitter, that has provided, or will provide, any financial or other assistance in preparing the submission. (3) The Council may establish and make available to the public a standard form for applying for status as amicus curiae. This may include specific criteria which will help guide a tribunal in determining whether to accept a submission in any given instance. (4) Amicus curiae submissions may relate to any matter covered by this Agreement». El IIDS es una organización de carácter privado canadiense que promueve la reflexión sobre nuevas políticas de desarrollo sostenible como la ejecución de proyectos de cooperación internacionales, que solicitó participar como tercero con ocasión del caso *Methanex* y que, por tanto, ha venido desempeñando un papel protagonista en todo este proceso desde su inicio: vid. FACH GÓMEZ, K., «Construyendo un nuevo derecho internacional de las inversiones: las propuestas del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 18 (2009), p. 28.

la autorización del tribunal para intervenir como *amicus curiae* en el procedimiento y presentar observaciones escritas⁸³. A esta solicitud se le unieron las posteriormente realizadas por otras organizaciones dedicadas a la protección del medio ambiente⁸⁴ y también por una asociación estadounidense que defendía los intereses mineros⁸⁵.

En sus diferentes peticiones, presentadas conforme a los requisitos formales exigidos en el marco del TLCAN, los solicitantes discutieron sobre los riesgos que el proyecto entrañaba para el medio ambiente⁸⁶ y la conservación del patrimonio cultural indígena⁸⁷. El tribunal admitió la participación de todas ellas, tras ponderar si las solicitudes presentadas se ajustaban a los criterios previstos por la Comisión del TLCAN⁸⁸. Interesa resaltar que el órgano arbitral sostuvo una concepción amplia de la institución del *amicus curiae*, coincidente con el caso *UPS*, en tanto que las observaciones fueron presentadas por algunas instituciones que perseguían un interés directo y relevante en la controversia, como es el caso de la asociación que defendía los intereses mineros.

Sin embargo, el tribunal no tomó en consideración los argumentos presentados por los *amici curiae* en su decisión final sobre el fondo:

«(...) the Tribunal appreciates the thoughtful submissions made by a varied group of interested non-parties who, in all circumstances, acted with the utmost respect for the proceedings and Parties. Given the Tribunal's holdings, however, the Tribunal does not reach the particular issues addressed by these submissions»⁸⁹.

⁸³ «Application for Leave to File a Non-Party Submission by the Quechan Indian Nation», de 19-8-2004.

⁸⁴ «*Amicus Curiae* Application of Friends of the Earth Canada and Friends of the Earth United States», de 30-9-2005; y «Application of Non-Disputing Parties for Leave to File a Written Submission On behalf of Sierra Club and Earthworks (jointly, Applicants), Earthjustice and the Western Mining Action Project», de 16-10-2006.

⁸⁵ «Application for Leave to File a Non-Disputing Party Submission by the National Mining Association», de 13-10-2006.

⁸⁶ «*Amicus Curiae* Application of Friends of the Earth Canada and Friends of the Earth United States», de 30-9-2005, pár. 8; y «Application of Non-Disputing Parties for Leave to File a Written Submission On behalf of Sierra Club and Earthworks (jointly, Applicants), Earthjustice and the Western Mining Action Project», de 16-10-2006, pp. 2-3.

⁸⁷ «Submission of the Quechan Indian Nation», de 19-8-2004, pp. 4 y 8.

⁸⁸ *Glamis Gold c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI, Decisión sobre la solicitud presentada por la tribu india Quechan de 16-9-2005, pár. 10).

⁸⁹ *Glamis Gold c. Estados Unidos de América* (Caso CNUDMI, Laudo de 8-6-2009, pár. 8).

De esta controversia, además, cabe poner de relieve que el órgano arbitral no autorizó que los terceros presentaran observaciones adicionales⁹⁰, en línea con lo que el caso *Methanex* ya había establecido. Así, con el objeto de no causar dilaciones procesales para las partes, el tribunal concluyó que si la tribu india deseaba presentar más observaciones, debería solicitar una nueva autorización al tribunal⁹¹. Por tanto, los terceros no podrían prevalerse de la primera autorización otorgada por el tribunal para realizar posteriores intervenciones en el procedimiento arbitral.

2. *La aceptación de la institución del amicus curiae por un tribunal constituido en el ámbito del Centro Internacional para el Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones*

En cuanto a los arbitrajes sustanciados en el ámbito del CIADI, los casos *Aguas de Barcelona I y III* fueron iniciados por unos inversores franceses y españoles también en el año 2003, sobre la base de los APPRI celebrados por Argentina con Francia⁹² y España⁹³. Tales litigios tuvieron su origen en una serie de actos y omisiones de Argentina, incluyendo la negativa a aplicar los ajustes previamente convenidos a los mecanismos de cálculo de las tarifas relacionadas con concesión del servicio de distribución de agua potable y de alcantarillado sanitario en la provincia argentina de Santa Fe y en el área metropolitana de la ciudad de Buenos Aires, respectivamente⁹⁴.

En los meses de enero y junio del año 2005 una serie de particulares, asociaciones argentinas de consumidores y centros internacionales dedicados a la protección ambiental solicitaron a los dos tribunales encargados de resolver ambos litigios la posibilidad de intervenir en los procedimientos en calidad

⁹⁰ «Non-Party Supplemental Submission: Submission of the Quechan Indian Nation», de 16-10-2006.

⁹¹ *Glamis Gold...* (Caso CNUDMI, Decisión sobre la solicitud presentada por la tribu india Quechan de 19-9-2005, párs. 11-14).

⁹² *JORF* 5-6-1993.

⁹³ *BOE* 18-11-1992.

⁹⁴ Debe advertirse que el 17-7-2003 se registró ante la secretaría del CIADI otra controversia relacionada con la gestión del servicio de distribución de agua potable y de alcantarillado sanitario en otra región argentina, sobre la que se llegó a un acuerdo entre las partes: *vid. Aguas Cordobesas SA, Suez, y Sociedad General de Aguas de Barcelona (Aguas de Barcelona II) c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/18, procedimiento concluido el 24-1-2007).

de *amicus curiae* y, bajo este estatuto jurídico, obtener las siguientes facultades: acceder a las audiencias; obtener de manera oportuna, suficiente e irrestricta a los documentos del proceso, y exponer argumentos legales⁹⁵.

Aunque los peticionarios que presentaron sus alegaciones en cada uno de los asuntos fueron distintos, dado que el objeto de ambas controversias resulta muy similar y que los tribunales llamados a dirimir las tenían una composición idéntica, merece la pena examinarlas de manera conjunta. El órgano arbitral que resolvía el caso *Aguas de Barcelona III* emitió una resolución de 19-5-2005 en la que ponderaba dos de las tres grandes cuestiones que componían la petición de los terceros, ya que la referente al acceso a los documentos fue postergada por razones de confidencialidad.

Con relación a su presencia en la fase oral del procedimiento, el caso *Aguas de Barcelona III* invocó la misma base argumental que sustenta el caso *Methanex*. Así, a tenor de lo establecido por la Regla de Arbitraje 32.2 del CIADI, el tribunal decidiría sobre la forma de celebración de las audiencias ateniéndose a la voluntad de las partes. Ante la negativa de los demandantes a conceder tal facultad, el tribunal concluyó que no podía acoger esta petición⁹⁶.

Por lo que se refiere a la posibilidad de presentar observaciones escritas el órgano arbitral respondió afirmativamente, tras constatar su competencia para autorizar tal facultad sobre la base del Artículo 44 del Convenio CIADI y llegar a la conclusión de que el problema planteado se trataba de una cuestión de procedimiento incluida, por tanto, bajo la letra de tal precepto y sobre la que el tribunal poseía competencia para decidir según las circunstancias de cada caso concreto⁹⁷. El tribunal aprovechó asimismo para definir

⁹⁵ *Aguas Argentinas SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal (Aguas de Barcelona III) c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/19, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* de 19-5-2005, párr. 1); y *Aguas Provinciales de Santa Fe SA, Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona e InterAguas Servicios Integrales del Agua (Aguas de Barcelona I) c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/17, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* de 17-3-2006, párr. 1).

⁹⁶ *Aguas de Barcelona III...* (Caso CIADI N° ARB/03/19, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* de 19-5-2005, párrs. 5-7); y *Aguas de Barcelona I...* (Caso CIADI N° ARB/03/17, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* de 17-3-2006, párrs. 6-8).

⁹⁷ *Aguas de Barcelona III...* (Caso CIADI N° ARB/03/19, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* de 19-5-2005, párrs. 11 y 14); y *Aguas de Barcelona I...* (Caso CIADI N° ARB/03/17, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* de 17-3-2006, párrs. 12 y 14).

el concepto de *amicus curiae*, recordando su distinta naturaleza respecto a las partes procesales:

«Un *amicus curiae* es, como lo indica la expresión latina, un «amigo de la corte», y no una parte en el procedimiento. En otros foros y sistemas no ha desempeñado tradicionalmente el papel de parte, y el Tribunal considera que tampoco lo desempeñaría en un procedimiento del CIADI. Su papel tradicional en un procedimiento contencioso es ofrecer a la autoridad decisoria argumentos, perspectivas y conocimientos especializados que las partes litigantes tal vez no presenten, con el propósito de ayudarla a tomar una decisión. En resumen, una solicitud de permiso para participar en calidad de *amicus curiae* es una oferta de ayuda, y la autoridad decisoria es libre para aceptarla o rechazarla. Un *amicus curiae* es un voluntario, un amigo de la corte, pero no es una parte»⁹⁸.

Asimismo, el órgano arbitral ponderó las condiciones que debían darse para aceptar escritos de los *amici curiae*. La importancia como precedentes de los casos *Aguas de Barcelona I y III* radica precisamente en este expediente, que no fue tratado por las razones ya examinadas en el caso *Aguas del Tunari*. En efecto, pese a la ausencia de normas procesales en el ámbito del CIADI, los casos *Aguas de Barcelona I y III* introdujeron un test sobre el que valorar la idoneidad de los particulares para presentar escritos como *amici curiae*, haciendo depender tal facultad, en primer lugar, de una serie de criterios que debería examinar cada tribunal:

«(...) a) la pertinencia del objeto del caso; b) la aptitud de cada persona que no sea parte para desempeñarse en calidad de *amicus curiae* en ese caso, y c) el procedimiento utilizado para llevar a cabo y analizar la presentación *amicus*. El Tribunal considera que la adecuada aplicación de esos criterios permitirá balancear el interés de terceros no contendientes a expresar sus opiniones, y proteger, al mismo tiempo, el derecho sustantivo y procesal de las partes contendientes a un proceso arbitral justo, ordenado y expedito»⁹⁹.

⁹⁸ *Aguas de Barcelona III...* (Caso CIADI N° ARB/03/19, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* de 19-5-2005, pág. 13); y *Aguas de Barcelona I...* (Caso CIADI N° ARB/03/17, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* de 17-3-2006, pág. 13).

⁹⁹ *Aguas de Barcelona III...* (Caso CIADI N° ARB/03/19, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* de 19-5-2005, pág. 17); y *Aguas de Barcelona I...* (Caso CIADI N° ARB/03/17, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* de 17-3-2006, pág. 17).

El tribunal constató la existencia del suficiente interés para acceder a dicho estatuto examinando tanto la relación del objeto de la controversia con diversos sectores del DI público –responsabilidad internacional del Estado y protección de los derechos humanos–, como la necesidad de dotar de transparencia al arbitraje de inversiones¹⁰⁰. La decisión del tribunal se sitúa, por tanto, en la misma línea argumentativa que la jurisprudencia establecida originariamente por el caso *Methanex*. En este orden de cosas, puede afirmarse que los tribunales encargados de resolver los casos *Aguas de Barcelona I y III* –presididos por un árbitro estadounidense– siguieron los precedentes dictados en el ámbito del TLCAN tanto en lo que se refiere a las condiciones de admisión, como en lo relativo al procedimiento seguido para solicitarla.

Respecto a esta última cuestión, el tribunal puso de relieve la necesidad de establecer el clásico procedimiento de solicitud de «doble instancia», en virtud del cual el particular podría presentar sus observaciones siempre que hubiera sido previamente autorizado por el tribunal arbitral, tras escuchar la opinión de las partes en el litigio:

«Para decidir si concede o no a una persona que no es parte en el caso el permiso para presentar un escrito *amicus curiae*, el Tribunal tendrá en cuenta toda la información contenida en la petición; las opiniones de los Demandantes y la Demandada; la carga adicional que la aceptación de escritos *amicus curiae* pudiera imponer a las partes, el Tribunal y los procedimientos; y el grado de ayuda que el escrito *amicus curiae* propuesto podría ofrecerle al Tribunal para llegar a su decisión»¹⁰¹.

Pero además, el órgano arbitral realizó un ejercicio de desarrollo normativo al enumerar toda una serie de condiciones que servirían para concretar la aptitud del solicitante como *amicus curiae*, en consonancia con los requisitos exigidos en el ámbito del TLCAN:

¹⁰⁰ *Aguas de Barcelona III...* (Caso CIADI N° ARB/03/19, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* de 19-5-2005, párs. 18-22); y *Aguas de Barcelona I...* (Caso CIADI N° ARB/03/17, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* de 17-3-2006, párs. 18-21).

¹⁰¹ *Aguas de Barcelona III...* (Caso CIADI N° ARB/03/19, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* de 19-5-2005, pár. 27); y *Aguas de Barcelona I...* (Caso CIADI N° ARB/03/17, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* de 17-3-2006, pár. 26).

«a. La identidad y los antecedentes del peticionario, su composición si se trata de una organización, y la naturaleza de su relación, si la hubiera, con las partes en la diferencia.

b. La naturaleza del interés del peticionario en el caso.

c. Si el peticionario ha recibido apoyo financiero u otro apoyo material de cualquiera de las partes o de cualquier persona vinculada con las partes en el caso que nos ocupa.

d. Las razones por las cuales el Tribunal debería aceptar el escrito *amicus curiae* del peticionario»¹⁰².

Ahora bien, a diferencia del TLCAN, donde según la comunicación de la Comisión de Libre Comercio el interés que los terceros deben acreditar asume el grado de «significativo» o relevante y la controversia debe referirse a un «interés público», en los casos *Aguas de Barcelona I y III* se utilizó una fórmula más general y abierta bajo la expresión «la naturaleza del interés del peticionario en el caso». Resulta comprensible esta aproximación y, puesto que todavía no existía ninguna regla procesal en el CIADI que abordara la materia, el tribunal arbitral optó por una fórmula más indeterminada.

Para finalizar interesa realizar un par de precisiones acerca de las decisiones emitidas en los casos *Aguas de Barcelona I y III*. En primer lugar, el tribunal arbitral excluyó las cuestiones sobre competencia de las observaciones que podrían presentar los particulares, como ya había sucedido en el caso *UPS*¹⁰³. Asimismo, en el caso *Aguas de Barcelona I* no sólo se autorizó a los particulares para solicitar formalmente su intervención conforme a los criterios citados, sino que entró a valorar su idoneidad y determinó que estos no habían acreditado suficientemente las condiciones exigidas para acceder al estatuto de *amicus curiae*:

«30. La identidad y antecedentes de los Peticionarios. La Petición contiene información mínima sobre la identidad y antecedentes de los Peticio-

¹⁰² *Aguas de Barcelona III...* (Caso CIADI N° ARB/03/19, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* de 19-5-2005, pág. 25); y *Aguas de Barcelona I...* (Caso CIADI N° ARB/03/17, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* de 17-3-2006, pág. 24).

¹⁰³ *Aguas de Barcelona III...* (Caso CIADI N° ARB/03/19, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* de 19-5-2005, pág. 28); y *Aguas de Barcelona I...* (Caso CIADI N° ARB/03/17, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* de 17-3-2006, pág. 27).

narios. Se sostiene que la Fundación para el Desarrollo Sustentable es una organización no gubernamental fundada en el año 1996, con sede en Rosario, Provincia de Santa Fe, y que su objeto es promover actividades para el desarrollo sustentable, la conservación de recursos naturales y la participación ciudadana. Sin embargo la Petición no proporciona información sobre la naturaleza y el tamaño de su membresía, las calificaciones de sus líderes, los conocimientos especializados de su personal y las actividades en que se encuentran involucrados. En resumen, no proporciona al Tribunal información específica para juzgar si la Fundación para el Desarrollo Sustentable posee los conocimientos especializados y la experiencia para calificar como *amicus curiae* en este caso. Asimismo, la Petición sólo identifica breve y sumariamente los antecedentes de los otros tres individuos singularizados como Peticionarios. Sin detallados *curricula vitae* de estas tres personas el Tribunal no puede juzgar si ellos poseen conocimientos especializados y experiencia como para calificar como *amici curiae* en el presente caso.

31. Los intereses de los peticionarios en el caso. Los Peticionarios han expresado su interés en el presente caso en términos muy generales. De acuerdo con la Petición, se trata de una organización social que se ocupa de manejar actividades para el desarrollo sustentable y a políticas que impactan las necesidades ecológicas y humanas. No indican sus específicos intereses en el presente caso ante el Tribunal. Más aun, debido a que los Peticionarios no han proporcionado al Tribunal una información completa respecto a sus antecedentes, experiencia y conocimientos especializados, es imposible para el Tribunal deducir tales intereses con ningún frado de especificidad.

32. La independencia de los Peticionarios. Los peticionarios señalan que la Fundación para el Desarrollo Sustentable no recibe ningún apoyo ni de las Demandantes ni de la Demandada en este caso y que su «su soporte económico proviene de los aportes efectuados por sus miembros y por personas interesadas en sus objetivos» (sección 1(ii)). Los Peticionarios individuales señalan sostenerse con los ingresos provenientes del ejercicio de sus profesiones. Estos hechos son importantes al considerar su independencia, pero no son suficientes. Para que el Tribunal pueda evaluar la independencia de la Fundación, es necesario contar con información adicional relativa a su membresía. Para evaluar la independencia de los Peticionarios individuales es necesario conocer la naturaleza, si es el caso, de sus relaciones profesionales y financieras con las Demandantes y Demandada. El Tribunal considera que no tiene información suficiente para decidir si los Peticionarios en el presente caso son verdaderamente independientes de las partes.

33. Razones para aceptar escritos *amicus curiae* de los Peticionarios. Para que el Tribunal acepte los escritos *amicus* provenientes de personas que no

sean partes en el caso, debe estar convencido de que tiene buenas razones para hacerlo. Corresponde a los Peticionarios proveer tales razones al Tribunal. En general, una persona que no sea parte en un caso que solicite a un Tribunal autorización para hacer una presentación debe demostrar que su experiencia, conocimientos especializados y visión ayudaran al Tribunal a llegar a una decisión. En este caso, los Peticionarios no lograron presentar tales razones. No es suficiente para una organización no gubernamental justificar una presentación *amicus* en el hecho de que representa a la sociedad civil o que se está dedicada a intereses humanitarios. Debe demostrar al Tribunal, en términos específicos, cómo su formación, experiencia, conocimientos especializados o cualidades especiales pueden asistir al Tribunal en el caso particular que está llamado a decidir»¹⁰⁴.

Por el contrario, en su auto de 12-2-2007, el tribunal que resolvía el caso *Aguas de Barcelona III* admitió la solicitud realizada por cinco ONG para participar como *amici curiae* en el procedimiento¹⁰⁵. En efecto, tras analizar y comprobar la pericia, la experiencia y la independencia de los solicitantes, el órgano arbitral concluyó aceptando su petición como consecuencia de los importantes intereses generales ventilados en la controversia:

«In this respect, it will have to consider matters involving the provision of «basic public services to millions of people». (...) It is true that the forthcoming decision will not be binding on the current operator of the water and sewage system of Buenos Aires. It may nonetheless have an impact on how that system should and will be operated. More generally, because of the high stakes in this arbitration and the wide publicity of ICSID awards, one cannot rule out that the forthcoming decision may have some influence on how governments and foreign investor operators of the water industry approach concessions and interact when faced with difficulties. As a result, the Tribunal concludes that this case continues to present sufficient aspects of public interest to justify an *amicus* submission»¹⁰⁶.

¹⁰⁴ *Aguas de Barcelona I...* (Caso CIADI N° ARB/03/17, Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* de 17-3-2006, párs. 30-33).

¹⁰⁵ Las entidades solicitantes fueron la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, el Centro de Estudios Legales y Sociales, el *Center for International Environmental Law*, los Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria y la Unión de Usuarios y Consumidores.

¹⁰⁶ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal (Aguas de Barcelona III) c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/19, Auto de 12-2-2007, pág. 18).

En cualquier caso, como había sucedido en anteriores litigios, las observaciones presentadas por los terceros no conmovieron suficientemente a los árbitros en el laudo final sobre el fondo dictado el 30-7-2010:

«Argentina and the amicus curiae submissions received by the Tribunal suggest that Argentina's human rights obligations to assure its population the right to water somehow trumps its obligations under the BITs and that the existence of the human right to water also implicitly gives Argentina the authority to take actions in disregard of its BIT obligations. The Tribunal does not find a basis for such a conclusion either in the BITs or international law. Argentina is subject to both international obligations, i.e. human rights and treaty obligation, and must respect both of them equally. Under the circumstances of these cases, Argentina's human rights obligations and its investment treaty obligations are not inconsistent, contradictory, or mutually exclusive. Thus, as discussed above, Argentina could have respected both types of obligations»¹⁰⁷.

Las decisiones dictadas en el caso *Glamis* y los casos *Aguas de Barcelona I y III* representan dos importantes precedentes para la consolidación de la materia que nos ocupa en el marco del arbitraje de inversiones y, especialmente las segundas, fueron clave en el proceso de codificación iniciado a partir de ese momento en el seno del CIADI.

IV. LA DEFINITIVA CODIFICACIÓN DE LA INSTITUCIÓN DEL *AMICUS CURIAE* EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

Para analizar el proceso de codificación que ha experimentado esta institución procesal en el seno del CIADI nos vamos a referir, en primer lugar, a las modificaciones normativas desarrolladas en dicho ámbito y, en segundo lugar, a los litigios acaecidos en los últimos años donde se ha discutido este expediente. En particular, en las siguientes páginas se examinan las decisiones emitidas en cuatro procedimientos arbitrales que han supuesto novedades en la materia estudiada, a saber: el caso *Bewater*, el caso *Merrill & Ring*, el caso *Commerce Group* y el caso *Piero Foresti y otros*.

¹⁰⁷ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal (Aguas de Barcelona III) c. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/19, Laudo sobre responsabilidad de 30-7-2010, pág. 262).

1. *La modificación de las reglas procesales del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones*

Los cambios normativos experimentados en el seno del TLCAN y la jurisprudencia dictada en el caso *Glamis* y en los casos *Aguas de Barcelona I y III* resultaron determinantes para impulsar una revisión de las normas procesales del CIADI el 10-4-2006 que diera cabida a la intervención de terceros en el procedimiento arbitral¹⁰⁸. Así, la Regla de Arbitraje 37.2 del CIADI admite la participación de personas o entidades, en calidad de «parte no contendiente»:

«Después de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia (en esta regla «parte no contendiente») que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia. Al determinar si permite dicha presentación, el Tribunal deberá considerar, entre otras cosas, en qué medida:

(a) la presentación de la parte no contendiente ayudaría al Tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquéllos de las partes en la diferencia;

(b) la presentación de la parte no contendiente se referiría a una cuestión dentro del ámbito de la diferencia;

(c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento.

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

Las condiciones expresadas para valorar la idoneidad de la participación de los terceros, como puede comprobarse de la citada enumeración, mantienen una evidente simetría con el primer test establecido por los casos *Aguas de Barcelona I y III*. Asimismo, la Regla de Arbitraje 32.2 permite la celebración

¹⁰⁸ ODUMOSU, I.T., «Revisiting NGO...», *loc. cit.*, p. 381.

de las audiencias en sesión pública «salvo objeción alguna de las partes», por lo que éstas retienen un derecho a objetar la presencia de terceros en la fase oral del procedimiento.

En cuanto al acceso a los documentos relacionados con el procedimiento, el silencio de las reglas arbitrales del CIADI otorga a cada tribunal arbitral una competencia plena para decidir sobre esta materia en virtud del ya citado Artículo 44 del Convenio CIADI.

En definitiva, puede concluirse que en el ámbito del CIADI se han codificado aquellas cuestiones tratadas y resueltas por el principal precedente arbitral en la materia, los casos *Aguas de Barcelona I y III*, pero no se ha llegado al grado de concreción establecido por el TLCAN. Se aprecia, por tanto, una asimetría entre el régimen jurídico del CIADI y del TLCAN, resultante a nuestro juicio de la mayor influencia en este último ámbito institucional del Derecho anglosajón, así como de la presencia mayoritaria en los tribunales que resuelven litigios en esta sede de árbitros formados en la tradición jurídica del *common law*.

En los últimos años pueden destacarse tres controversias inversor-Estado donde terceros han invocado el marco jurídico citado *supra* para solicitar el estatuto de *amicus curiae*. Además, interesa referirse a otro litigio iniciado en el TLCAN, el caso *Merrill & Ring*, que ha seguido para su resolución las pautas generales estudiadas en páginas anteriores para este ámbito institucional.

2. *La aplicación de las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones en la práctica arbitral más reciente*

El primer arbitraje de inversiones que debe examinarse es el caso *Birwater*, iniciado en el año 2005 pero sometido a las nuevas Reglas de Arbitraje del CIADI por acuerdo de las partes. Esta controversia dirimía un supuesto incumplimiento del APPRI celebrado por el Reino Unido con Tanzania y se originó como resultado de las medidas expropiatorias adoptadas por el Gobierno tanzano contra los inversores de nacionalidad británica y alemana encargados de gestionar la explotación del servicio de distribución de agua potable y de alcantarillado sanitario de la ciudad de Dar es Salaam y de otras poblaciones costeras vecinas.

En este litigio una serie de asociaciones internacionales dedicadas a la defensa de los derechos humanos y del medio ambiente¹⁰⁹ solicitaron al tribunal el estatus de *amicus curiae* para, en virtud de la nueva reglamentación arbitral del CIADI, participar en la fase escrita del arbitraje, asistir a las audiencias y obtener ciertos documentos relacionados con la controversia¹¹⁰. El interés significativo alegado para justificar dicha participación residía, como en el caso *Methanex*, el caso *Aguas del Tunari* y los casos *Aguas de Barcelona I y III*, en la naturaleza del servicio desarrollado por el inversor extranjero y, más en particular, en las implicaciones que el litigio suponía para el derecho al acceso al agua de los individuos.

El órgano arbitral encargado de resolver el caso *Biwater* empleó el test establecido por la Regla de Arbitraje 37.2 y autorizó a los terceros la presentación de observaciones escritas, poniendo de relieve la utilidad que podría tener la información proporcionada por aquellas organizaciones, la existencia de un interés significativo en la controversia¹¹¹, así como la necesidad de dotar de transparencia a los procedimientos arbitrales¹¹². En virtud de todo lo anterior, existen razones suficientes para considerar de *lege ferenda* que en aquellos arbitrajes de inversiones donde se dirima sobre la explotación del servicio de distribución de agua potable y de alcantarillado sanitario, los terceros que reúnan las demás condiciones exigidas por las Reglas de Arbitraje del CIADI no deberían tener demasiados problemas para persuadir al tribunal acerca de la existencia de un interés significativo que les permita intervenir como *amici curiae*.

Por lo que se refiere al resto de peticiones realizadas por los solicitantes, el tribunal ponderó las Reglas de Arbitraje del CIADI para rechazar la participación de terceros en las audiencias, a la vista de que la demandante no había consentido tal extremo¹¹³. En cuanto al acceso a los documentos, en este liti-

¹⁰⁹ Las organizaciones peticionarias, además del IIDS, fueron las siguientes: *Lawyers' Environmental Action Team*; *Legal and Human Rights Centre*; *Tanzania Gender Networking Programme*; y *Center for International Environmental Law*.

¹¹⁰ «Petition for *Amicus Curiae* Status in Case No. ARB/05/22 before the International Centre for Settlement of Investment», de 27-11-2006, punto 9.

¹¹¹ *Biwater Gauff c. Tanzania* (Caso CIADI N° ARB/05/22, Auto procesal n° 5 de 2-2-2007, párs. 51-55).

¹¹² «Petition for *Amicus Curiae* Status in Case No. ARB/05/22 before the International Centre for Settlement of Investment», de 27-11-2006, pp. 7-9.

¹¹³ *Biwater...* (Caso CIADI N° ARB/05/22, Auto procesal n° 5 de 2-2-2007, párs. 71-72).

gio existía una complicación adicional derivada de una decisión previa sobre confidencialidad adoptada por el mismo tribunal sobre una gran parte de los documentos relacionados con la controversia¹¹⁴. Así las cosas, siguiendo la solución adoptada por el caso *UPS*¹¹⁵, denegó el acceso a los documentos hasta que concluyera la fase oral del procedimiento¹¹⁶. El tribunal sostuvo esta posición argumentando que, en ese momento procesal, los terceros no necesitaban conocer el contenido de tales documentos para presentar sus argumentos:

«This was a very public and widely reported dispute. The broad policy issues on which the Petitioners are especially qualified are ones which were in the public domain, and about which each Petitioner was already very well acquainted. These, after all, were the very issues that led to their application to intervene in these proceedings. The Arbitral Tribunal concluded that none of these types of issue required –at least for the Petitioners’ first filing– disclosure of documents from the arbitration»¹¹⁷.

Importa subrayar, además, que en su decisión de 24-7-2008 el tribunal manifestó que la posición que había adoptado hacia las peticiones presentadas por los terceros se debía, entre otras razones, a que su solicitud de intervención había sido realizada en una fase muy avanzada del procedimiento:

«(...) at a time when full memorials had already been exchanged, and the parties were in final preparation for the merits hearing. Serious concerns were therefore raised as to the fairness and integrity of the Petitioners’ participation»¹¹⁸.

En el caso *Bewater* el órgano arbitral dedicó unos cuantos párrafos de su decisión para exponer los argumentos presentados por los *amici*, relativos tanto a cuestiones de hecho como de derecho¹¹⁹ y concluyó alabando su utilidad¹²⁰. En este sentido, mientras valoraba la conducta de las autoridades es-

¹¹⁴ *Bewater Gauff c. Tanzania* (Caso CIADI N° ARB/05/22, Auto procesal n° 3 de 29-9-2006, pág. 163).

¹¹⁵ *United...* (Caso CNUDMI, Directriz del Tribunal sobre la participación de *amicus curiae* de 1-8-2003, pág. 7).

¹¹⁶ *Bewater...* (Caso CIADI N° ARB/05/22, Auto procesal n° 5 de 2-2-2007, págs. 65-68).

¹¹⁷ *Bewater Gauff c. Tanzania* (Caso CIADI N° ARB/05/22, Laudo de 24-7-2008, pág. 367).

¹¹⁸ *Bewater...* (Caso CIADI N° ARB/05/22, Laudo de 24-7-2008, pág. 362).

¹¹⁹ *Bewater...* (Caso CIADI N° ARB/05/22, Laudo de 24-7-2008, págs. 370-391).

¹²⁰ *Bewater...* (Caso CIADI N° ARB/05/22, Laudo de 24-7-2008, pág. 392).

tatales respecto a los invasores extranjeros, el tribunal se permitió en nota al pie responder a una de las cuestiones alegadas por los terceros¹²¹. Así las cosas, cabe concluir que este primer caso analizado constituye un avance en la utilización de la institución del *amicus curiae* en el arbitraje de inversiones constituido en el seno del CIADI.

El segundo de los litigios que debe comentarse en el presente apartado, el caso *Merrill & Ring*, surgió en el ámbito del TLCAN como consecuencia de la demanda interpuesta en el año 2006 contra Canadá por una empresa estadounidense dedicada a la comercialización y exportación de madera canadiense. La controversia tenía como objeto determinar la legalidad de una serie de medidas de control sobre las exportaciones de madera adoptadas por el Gobierno canadiense que, en opinión de la demandante le impedían competir en igualdad de condiciones al resto de empresas que operaban en el mercado canadiense y, por consiguiente, resultarían injustas y arbitrarias conforme al tenor del Capítulo 11 del TLCAN.

Esta controversia, en todo lo que atañe a la intervención de terceros, no introdujo novedades sustanciales y siguió las directrices trazadas en su momento por la Comisión del TLCAN y los precedentes arbitrales ya referidos. El órgano arbitral reiteró su competencia para recibir solicitudes de participación en calidad de *amicus curiae*, remitiéndose a las prácticas asentadas en este ámbito institucional¹²², y autorizó a los solicitantes para presentar algunas consideraciones jurídicas relacionadas con el derecho del Estado demandando a mantener controles sobre las exportaciones de madera¹²³.

En este arbitraje de inversiones, además, la importancia decisiva que el sector maderero tiene en la economía de la Columbia Británica sirvió como elemento para justificar el requisito el interés público¹²⁴. No obstante, no existe en el laudo ninguna referencia que permita determinar si las observaciones escritas presentadas por los terceros fueron finalmente consideradas por los árbitros para resolver el litigio¹²⁵.

¹²¹ *Bewater...* (Caso CIADI N° ARB/05/22, Laudo de 24-7-2008, p. 153, nota 208).

¹²² *Merrill & Ring Forestry c. Canadá* (Caso CNUDMI, Carta de 31-7-2008).

¹²³ «Submissions of the United Steelworkers, Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, and the British Columbia Federation of Labour», de 26-9-2008, párs. 20-58.

¹²⁴ «Application to File a Written Submission by the United Steelworkers, Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, and the British Columbia Federation of Labour», de 26-9-2008, párs. 6-15.

¹²⁵ *Merrill & Ring Forestry c. Canadá* (Caso CNUDMI, Laudo de 31-3-2010).

Una vez allanada la participación de los terceros en calidad de *amici curiae* tanto en el TLCAN como en el CIADI, el siguiente reto para aquellos será lograr que los órganos arbitrales no sólo admitan sus observaciones sino también que las acepten y confronten con los argumentos de las partes a la hora de emitir el fallo¹²⁶. Por el momento, las observaciones de los *amicus curiae* se recogen más o menos directamente en los laudos, pero los árbitros se aferran exclusivamente a los argumentos presentados por las partes para fundamentar su decisión final.

En este sentido conviene referirse al caso *Commerce Group*, planteado en el marco del CAFTA-DR. En virtud de lo establecido por dicho tratado internacional y de las normas procesales del CIADI, el tribunal permitió la intervención de terceros ajenos a la controversia, entre ellos dos Estados parte en el tratado. Costa Rica y Nicaragua presentaron observaciones escritas en calidad de «partes no contendientes», pero en virtud de la habilitación que el tribunal les había conferido para actuar como terceros¹²⁷.

A través de esta fórmula de intervención procesal, el órgano arbitral consideró los argumentos que ambos Estados presentaron sobre la interpretación que debía hacerse de uno de los preceptos del CAFTA-DR y se apoyó en sus argumentos para tomar su decisión¹²⁸. En este litigio se aprecia claramente cómo los argumentos presentados por los terceros pueden utilizarse por el tribunal para fundamentar su decisión respecto a alguna de las cuestiones discutidas por las partes. Ahora bien, debe ponderarse el valor como precedente de este litigio, puesto que los terceros intervinientes no dejan de ser Estados soberanos, partes en el tratado internacional cuya interpretación se somete a disputa.

En cuarto y último lugar, el caso *Piero Foresti y otros* fue instado por una serie de inversores italianos y una empresa luxemburguesa, quienes consideraban que las medidas adoptadas en el año 2004 por el Gobierno sudafricano para fomentar la participación en la sociedad civil sudafricana más desfavorecida –a través de la *Minerals and Petroleum Resources Development Act*– habían

¹²⁶ OBADIA, E., «Extension of Proceedings Beyond the Original Parties: Non-Disputing Party Participation in Investment Arbitration», *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, vol. 22, n° 2 (2007), 349-379, pp. 376-379.

¹²⁷ *Commerce Group Corp y San Sebastian Gold Mines c. El Salvador* (Caso CIADI N° ARB/09/17, Laudo de 14-3-2011, pár. 40).

¹²⁸ *Commerce Group...* (Caso CIADI N° ARB/09/17, Laudo de 14-3-2011, párs. 81-84).

producido como resultado la extinción efectiva de sus derechos sobre algunas de las principales empresas dedicadas a la explotación de canteras de granito en Sudáfrica y, asimismo, que tales medidas expropiatorias no habían sido compensadas por el Gobierno sudafricano de la forma prevista por los AP-PRI celebrados por Sudáfrica con Italia (de 9-6-1997) y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa (de 14-8-1998).

Al iniciarse este arbitraje de inversiones en el año 2006 una serie de entidades no gubernamentales dedicadas a la promoción de los derechos humanos y la protección del medio ambiente¹²⁹ enviaron una petición para participar como *amici curiae* con arreglo a las normas del CIADI y, más en particular, solicitaron permiso para presentar observaciones escritas, acceder a ciertos documentos relacionados con el arbitraje y estar presentes en la fase oral del procedimiento como observadores o incluso con la facultad de formular alegaciones¹³⁰.

Como Sudáfrica no es parte del Convenio CIADI, el arbitraje de inversiones se desarrolló conforme a las normas previstas por su Mecanismo Complementario y modificadas por última vez también con fecha de 10-4-2006. Por consiguiente, este caso ha representado una buena oportunidad para valorar por vez primera la aplicación de tales normas complementarias, que permiten el acceso al arbitraje de inversiones del CIADI a aquellos Estados que no son partes de su tratado constitutivo, con relación a la materia objeto de nuestro estudio.

El Artículo 41.3 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario establece una redacción idéntica a la Regla de Arbitraje 37.2 y, por tanto, correspondería al tribunal en virtud de aquel precepto someter la petición de los terceros a un test de idoneidad asentado en los criterios que traen causa de los precedentes dictados en el marco del TLCAN y en los casos *Aguas de Barcelona I y III*.

Por lo que se refiere a la cuestión del interés, los solicitantes insistieron en que la norma interna controvertida en el litigio dictada por el Estado receptor o huésped resultaba muy importante en el proceso de consolidación

¹²⁹ Las entidades que formularon la petición son las siguientes: *Centre for Applied Legal Studies*; *Center for International Environmental Law*; *International Centre for the Legal Protection of Human Rights*; y el *Legal Resources Centre*.

¹³⁰ «Petition for Limited Participation as Non-Disputing Parties in Terms of Articles 41(3), 27, 39, and 35 of the Additional Facility Rules», de 17-7-2009, punto 1.

del principio de igualdad en Sudáfrica y asimismo tenía una proyección internacional sobre diversos sectores normativos como los derechos humanos y el desarrollo:

«More broadly, the proper interpretation of substantive equality provisions under international human rights law and the ability of governments to pursue substantive equality (e.g. through «affirmative action» measures) without violating their international investment commitments are matters that affect all nations. The same is true of governments' ability to promote economic and social rights, such as the right to a healthy environment, the right to development, and other human rights by imposing environmental, labour, and other regulations upon mining operations. The concomitant international responsibility of investors to contribute to human rights fulfilment, environmental protection, and the social upliftment of affected workers and communities when exploiting a nation's natural resources is also a question of international concern. The human rights and sustainable development dimensions of this dispute are undeniably of public interest to the international community at large. The impact of this arbitration will accordingly reverberate far beyond the boundaries of this particular dispute»¹³¹.

Los peticionarios, retomando los argumentos utilizados para justificar un interés significativo o relevante, insistieron en la necesidad de acceder a algunos documentos relacionados con el procedimiento arbitral para dotar de mayor transparencia al arbitraje de inversiones¹³². No cabe duda que los solicitantes habían tomado buena nota no sólo de los anteriores precedentes arbitrales, sino también de las discusiones que se han venido produciendo sobre la transparencia en el DI general, por ejemplo, en el seno de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)¹³³. En apoyo de sus argumentos también alegaron las directrices adoptadas el 31-7-2001 por la Comisión del TLCAN sobre acceso a los documentos e incluso propu-

¹³¹ «Petition for Limited Participation as Non-Disputing Parties in Terms of Articles 41(3), 27, 39, and 35 of the Additional Facility Rules», de 17-7-2009, pár. 4.7.

¹³² «Petition for Limited Participation as Non-Disputing Parties in Terms of Articles 41(3), 27, 39, and 35 of the Additional Facility Rules», de 17-7-2009, párs. 6.8-6.13.

¹³³ UNCTAD, *Transparency: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, New York/Geneva 2004, pp. 37-44; y UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, New York/Geneva 2006 pp. 73-80.

sieron unos criterios orientativos que el tribunal podría ponderar para valorar la necesidad de hacer públicos los documentos solicitados:

- «i) the relevance of the documents requested to the Petitioners' stated interests and concerns;
- ii) the degree of prejudice to the Petitioners' interests likely to arise if the request is denied; and
- iii) the extent to which the disputing Parties' confidential business information and other legally privileged information may be protected by redaction rather than outright refusal of disclosure requests»¹³⁴.

Además de aceptar la participación de los solicitantes como *amicus curiae*, siempre que cumplieran los requisitos de idoneidad y pertinencia, en el caso *Piero Foresti y otros* se reconoció también la posibilidad de concederles acceso a ciertos documentos relacionados con el arbitraje de inversiones, en particular a:

- «aquellos documentos que fueran necesarios para formular sus alegaciones con relación a las cuestiones principales del litigio, así como para determinar la posición de ambas partes»¹³⁵.

No obstante la justificación del tribunal resultó muy parca y no detalló las razones que le condujeron a adoptar tal solución, ni tampoco se pronunció sobre el test de idoneidad propuesto por los solicitantes. En cualquier caso, se aprecia una transición positiva hacia una mayor transparencia entre la posición mantenida por los tribunales que concedieron el estatuto de *amicus curiae* en el caso *Biwater* y en el caso *Piero Foresti y otros*. En cuanto a la petición alternativa de presentar alegaciones orales o asistir a las audiencias en calidad de observadores, el tribunal del caso *Piero Foresti y otros* invocó el Artículo 39.2 del Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario que, en línea con la Regla de Arbitraje 32.2, deja a la consideración de las partes este expediente¹³⁶. La terminación sobrevenida de este arbitraje de inversiones a petición de

¹³⁴ «Petition for Limited Participation as Non-Disputing Parties in Terms of Articles 41(3), 27, 39, and 35 of the Additional Facility Rules», de 17-7-2009, pág. 6.19.

¹³⁵ *Piero Foresti, Laura de Carli y otros c. Sudáfrica* (Caso CIADI N° ARB(AF)/07/1, Comunicación de la Secretaría del Tribunal sobre la petición para participar como partes no contendientes de 5-10-2009).

¹³⁶ *Piero Foresti...* (Caso CIADI N° ARB(AF)/07/1, Comunicación de la Secretaría del Tribunal sobre la petición para participar como partes no contendientes de 5-10-2009).

la demandante no ha permitido concretar la posición que las partes hubieran adoptado al respecto.

Cabe citar que los terceros habían invocado a favor de su solicitud el caso *Abyei*, resuelto por la Corte Permanente de Arbitraje en La Haya, y que parece haber sentado un precedente para el DI general¹³⁷ por lo que respecta a la transparencia y la publicidad de las audiencias arbitrales¹³⁸. A este respecto, asimismo, no puede pasar inadvertida la decisión de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de retransmitir públicamente a través de Internet la fase oral del procedimiento en el caso *relativo a la aplicación del Acuerdo Interino de 13 de septiembre de 1995 (Antigua República Yugoslava de Macedonia c. Grecia)*¹³⁹.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La naturaleza consensual que tradicionalmente ha caracterizado al arbitraje interestatal se ha visto erosionada en el arbitraje de inversiones, especialmente por cuanto respecta al protagonismo que asume el individuo. Si bien la intervención de los particulares en estos arbitrajes tiene lugar usualmente en calidad de demandantes, su intervención como *amici curiae* en aquellas controversias que por su naturaleza presenten un interés público significativo se viene generalizando en los últimos años con el objeto de mejorar la transparencia de estos procedimientos arbitrales.

De la misma forma que sucede en otros ámbitos jurisdiccionales, tal intervención se somete a un examen objetivo de las peticiones presentadas ante los órganos arbitrales que gravita en torno a los principios de utilidad, pertinencia, legitimidad y economía procesal. Asimismo, se han dispuesto directrices formales y procesales con el objeto de salvaguardar la correcta administración del procedimiento, evitar dilaciones indebidas y mantener la confidencialidad de la información proporcionada por las partes en el litigio.

¹³⁷ Pese a que este litigio –resuelto por la Corte Permanente de Arbitraje en el año 2009– no constituye un arbitraje de inversiones, sino que tuvo como objeto determinar si la delimitación fronteriza realizada por unos expertos era conforme con el mandato que se les había investido, constituye un precedente que parece haber trascendido al DI económico. Puede obtenerse más información sobre este arbitraje en http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1306 (consultada el 17-2-2011).

¹³⁸ «Petition for Limited Participation as Non-Disputing Parties in Terms of Articles 41(3), 27, 39, and 35 of the Additional Facility Rules», de 17-7-2009, pár. 7.8.

¹³⁹ *ICJ Media Advisory No. 2011/f*, de 15-3-2011.

No obstante, deben analizarse separadamente las soluciones alcanzadas en el ámbito del TLCAN y del CIADI. Aunque los precedentes desarrollados en este último sector durante los últimos años –casos *Aguas de Barcelona I y III*, caso *Biwater* y caso *Piero Foresti y otros*– pueden asimilarse materialmente al régimen jurídico originariamente esbozado en el caso *Methanex* y el caso *UPS* y posteriormente diseñado por la Comisión del TLCAN, no cabe duda que los Estados miembros del TLCAN han sido capaces de adaptarse con más facilidad a la institución jurídica que estudiamos, pese a las cautelas mostradas por México desde un principio.

La presentación observaciones escritas o el acceso a ciertos documentos relacionados con la controversia que no estuvieran catalogados como confidenciales constituyen expedientes sobre las que, sobretudo después del caso *Piero Foresti y otros*, los tribunales arbitrales constituidos en estos dos ámbitos institucionales se muestran favorables a atender.

No existe tal homogeneidad, sin embargo, por cuanto respecta a la publicidad de la fase oral del procedimiento, que en el marco del CIADI se hace depender de la voluntad de las partes y no del órgano arbitral. Los modelos de APPRI de Estados Unidos y Canadá, en cambio, han invertido el alcance de esta regla y permiten que los tribunales se pronuncien sobre la publicidad de las actuaciones procesales. En otras palabras, en el marco del TLCAN ha dejado de ser un derecho de las partes procesales y se ha convertido en una facultad del órgano arbitral (casos *Grand River Enterprises, Railroad Development, Commerce Group* y *Pac Rim Cayman*).

Así las cosas, durante los próximos años interesará seguir de cerca la evolución de la norma sobre publicidad de las audiencias en el marco del CIADI y, en particular, la interacción que se pueda ejercer sobre ella desde el TLCAN. Sobre todo si tenemos en cuenta que diversos órganos jurisdiccionales ajenos al arbitraje de inversiones vienen reconociendo también esta opción con ciertos matices, por ejemplo en el seno de la Organización Mundial del Comercio¹⁴⁰. En el mismo sentido se ha expresado la Corte Permanente de Arbitraje en el caso *Abyei* e incluso, más recientemente, la propia CIJ en el caso *relativo a la aplicación del Acuerdo Interino de 13 de septiembre de 1995 (Antigua República Yugoslava de Macedonia c. Grecia)*.

¹⁴⁰ *Estados Unidos de América – Hormonas* (WT/DS320); *Canadá – Hormonas* (WT/DS321); o *Estados Unidos – Metodología de reducción a cero* (WT/DS350).

En este sentido, se aprecia una mejor y más rápida adecuación de esta institución procesal en el ámbito del TLCAN, no sólo porque este constituye un marco de cooperación comercial y económica menos heterogéneo política y jurídicamente, sino también porque gran parte de los árbitros designados para resolver los litigios suscitados en el TLCAN tienen una amplia formación en la práctica jurídica del Derecho anglosajón.

Importa destacar, para finalizar, que hasta el momento los órganos arbitrales mantienen una posición muy cautelosa respecto a la utilidad que presentan las observaciones de los *amici curiae*. Si bien es cierto los tribunales agradecen la colaboración de los particulares en la parte introductoria de los laudos (caso *Biwater*), no lo es menos que todavía no han incorporado –al menos de forma expresa– aquellas observaciones entre los fundamentos jurídicos que sustentan sus decisiones, salvo en lo que respecta a las alegaciones presentadas por Estados (caso *Commerce Group*). De la lectura de estas decisiones arbitrales se desprende un deseo de los árbitros por equilibrar los intereses de las partes procesales (proceso expedito y confidencialidad) y los intereses generales (participación de terceros).

Asistimos, por tanto, a un proceso largo y complejo que no ha concluido y que se enmarca dentro de una tendencia más general que se viene experimentando en el DI general, consistente en el progresivo acceso de los particulares a los órganos jurisdiccionales internacionales. La incorporación de los particulares al arbitraje de inversiones como *amici curiae* debe revertir, además, positivamente en beneficio del propio procedimiento arbitral. A nuestro juicio, una gestión eficaz de esta institución por parte de los tribunales otorgará mayor legitimidad a sus decisiones entre la opinión pública y eliminará los recelos con los que muchos Estados, especialmente en América Latina¹⁴¹, contemplan al arbitraje de inversiones.

¹⁴¹ FACH GÓMEZ, K., «Latin America and ICSID: David versus Goliath?» (12-11-2010). Disponible en SSR: <http://ssrn.com/abstract=1708325> (consultada el 21-2-2011).