Rol del *amicus curiae* en los procedimientos arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), referidos a las expropiaciones en los países en desarrollo

Volumen 79 *Biblioteca de Arbitraje del*
Estudio Mario Castillo Freyre

Arbitraje

Rol del *amicus curiae* en los procedimientos arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), referidos a las expropiaciones en los países en desarrollo

Alejandra Fiorella Zegarra Blanco

CENTRO DE ARBITRAJE
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Universidad Católica San Pablo
AIDP
Asociación Iberoamericana de Derecho Privado

Estudio Mario Castillo Freyre

Rol del *amicus curiae* en los procedimientos arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), referidos a las expropiaciones en los países en desarrollo

© Alejandra Fiorella Zegarra Blanco
alejandrazbl@gmail.com

© Estudio Mario Castillo Freyre, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

© Universidad Católica San Pablo
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, Anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

© Asociación Iberoamericana de Derecho Privado
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
http://www.aiddp.com/

Primera edición, octubre 2020
Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2020-

ISBN: 978-612-
Impreso en el Perú - Printed in Peru

Índice

Página

Nota del editor 13

Introducción 15

Capítulo I
Evolución del *amicus curiae* o («amigos de la corte»)
en el derecho internacional 17
1. Los *amicus curiae* en el derecho internacional 17
2. Rol de los amicus curiae en la Organización Mundial del Comercio (OMC) 24
   A. Asunto Sardinas-Comunidades Europeas, labor de una ONG en beneficio del Perú 34
3. El rol de los amicus curiae en el arbitraje internacional de inversiones 35
   A. En el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Tlcan o Nafta) 37
   B. En el marco de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (Cnudmi o Uncitral) 43

Capítulo II
Evolución normativa del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi) referente al rol que desempeñan los *amicus curiae* en su procedimiento arbitral 47

Capítulo III
La importancia de los amicus curiae en los pronunciamientos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi) 61

1. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. Caso Ciadi n.° ARB/03/19 62
   A. Solicitud de transparencia y participación en calidad de amicus curiae y resolución en respuesta a la solicitud de cinco organizaciones no gubernamentales para realizar la presentación en calidad de amicus curiae 63
2. Caso Biwater Gauff Limited vs. la República Unida de Tanzania (Icsid Case n.° ARB/05/22) 69
   A. Solicitud de participación en el procedimiento arbitral como amicus curiae 70
   B. Respuesta del tribunal respecto al estatus amicus curiae 72
   C. Informe amicus curiae 74
   D. Decisión final 76

Conclusiones 87

Bibliografía 91

Anexos 97

Dedico este trabajo:

A mi madre por ser mi amiga, mi consejera, mi confidente y el mejor ejemplo de vida que Dios me podría otorgar.

A mi padre por el apoyo incondicional brindado en cada etapa de mi vida.

Agradezco a mi asesora Yovana Reyes Tagle por los sabios consejos que me ayudaron a concluir este trabajo.

Glosario

ESD	Entendimiento de Solución de Diferencias
CIJ	Corte Internacional de Justicia
Ciadi	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Cadhp	Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
Cnudmi o Uncitral	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DIE	Derecho Internacional Económico
OMC	Organización Mundial del Comercio
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
ONG	Organización no Gubernamental
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Tlcan o Nafta	Tratado de Libre Comercio de América del Norte

Nota del editor

En el año 2013, Alejandra Fiorella Zegarra Blanco sustentó su tesis para optar el grado de magíster en derecho internacional económico, la misma que llevó por título *Rol del amicus curiae en los procedimientos arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), referidos a las expropiaciones en los países en desarrollo*.

Leí este trabajo en el repositorio virtual de tesis de la Pontificia Universidad Católica del Perú y el mismo me pareció muy interesante, de modo tal que formulamos la invitación del caso a la autora para poderlo incorporar a la *Biblioteca de Arbitraje*.

Ésta fue la génesis del libro que hoy presentamos, el mismo que aborda un tema de gran importancia, en virtud de que la intervención del *amicus curiae* viene produciéndose cada vez con mayor frecuencia en procesos de la más diversa naturaleza, pero hasta el trabajo de Alejandra Zegarra no se había podido apreciar cuál era esa participación en los arbitrajes de inversión.

Ésta y otras razones, tales como el abordaje directo del tema, el apropiado uso de la bibliografía consultada y el manejo de los antecedentes de relevancia, hacen que el trabajo de la magíster Zegarra Blanco revista gran interés, de modo que la *Biblioteca de Arbitraje* se complace de incorporar esta obra dentro de la colección.

Lima, octubre del 2020

Mario Castillo Freyre*

---

* Abogado, magíster y doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com.

Introducción

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

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

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

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

1. Los amicus curiae en el derecho internacional

Para comprender el rol y la importancia del *amicus curiae*, o «amigo de la corte», cabe señalar que esta figura tiene sus orígenes en el derecho romano, donde el papel del *amicus curiae* era llamar la atención del tribunal a un precedente o hecho crucial que había sido pasado por alto.[1] Asimismo, esta figura se incorporó a la práctica judicial en Inglaterra, existiendo evidencia de su utilización desde el siglo xiv.

Posteriormente, se expande a otros países del *common law.*[2] De esta manera, esta figura ha constituido una práctica consolidada y se ha introducido al derecho internacional. Sorprendentemente, esta práctica internacional ha ejercido una notable influencia en la proliferación de la

---

1 Umbricht, Georg C. «An *"amicus curiae brief"* on the *Amicus Curiae Brief* at the WTO». En *Journal of International Economic Law*, 2001, pp. 773-794. Oxford: Oxford University Press, vol.4(4), p. 778. Consultado el 24 de noviembre de 2012. http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/218086390?accountid=2839.

2 Ascensio, Hervé indica que en los sistemas de *common law*, esta práctica es más restrictiva en el Reino Unido que en los Estados Unidos, donde prácticamente cualquiera con intereses que puedan resultar afectados en el litigio, o con intereses políticos en el mismo, puede ser admitido como *amicus curiae* (*vid*. Ascensio, H. «L'amicus curiae devant les jurisdictions internationales». *Revue Générale de Droit International Public*, 2001, tomo 105, n.º 4, p. 897) además véase Gao, H. S 2006:51, citado por Alija Fernández, Rosa Ana en el texto «Las ONG y su intervención como *amicus curiae* ante órganos jurisdiccionales internacionales: El tratamiento de la pena de muerte en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público*. Abellán Honrubia, Victoria y Jordi Bonet Pérez (dirs.). Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2009, ISBN 8476988206, pp. 103-132, consultado el 15 de septiembre de 2012. http://vlex.com/vid/ong-amici-curiae-rganos-jurisdiccionales 57842136?ix_resultado=15.0&query%5Bpage%5D=2&query%5Bq%5D=amicus+curiae.

participación *amicus curiae* ante los tribunales de países donde esta figura era desconocida.[3]

Por otra parte, cabe señalar que no existe una definición precisa del *amicus curiae*. Esto obedece al hecho de que desde sus orígenes su participación ha sido planteada como una prerrogativa de los órganos judiciales, más que como un derecho o una obligación. Si bien se deja un gran margen de discrecionalidad a los tribunales, también se favorece el uso flexible de esta figura.[4] El hecho de que los *amicus curiae* no cuenten con el mismo estatus que el de las partes, nos indica que nunca deberá asumir las consecuencias jurídicas directas del resultado del proceso.[5]

Con el fin de aclarar el concepto de *amicus curiae*, Lorella de la Cruz Iglesias propone una definición que pone énfasis en su carácter de fuente de información externa, considerando que el *amicus curiae* es «aquella persona física o jurídica que, careciendo de legitimación para participar en un litigio como parte principal ni tercero, asiste al tribunal mediante la aportación de fuentes adicionales de información sobre cuestiones de hecho o de derecho».[6] De éste se desprende que el *amicus curiae* se caracteriza como

---

[3] *Ibidem*, p. 108. La autora indica que esa influencia no sólo viene propiciada por la práctica judicial, sino que también otros órganos internacionales que promocionan la utilización de esta figura en el ámbito interno, como lo demuestra la recomendación de «facilitar a los tribunales los servicios de especialistas en los derechos del niño, en los casos adecuados en calidad de *amicus curiae* o parte interviniente», hecha a los Estados por el Comité de Derechos del Niño en su Observación General n.º 2 sobre «El papel de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño» (ONU, documento HRI/GEN/1/Rev.7, p. 346, párr. 19.r).

[4] KRISLOV, S., citado por ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana en el texto «Las ONG y su intervención como *amici curiae* ante órganos jurisdiccionales internacionales: el tratamiento de la pena de muerte en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público*. Abellán Honrubia, Victoria y Jordi Bonet Pérez (dirs.). Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2009, ISBN 8476988206, pp. 103-132. Consultado el 15 de septiembre de 2012. http://vlex.com/vid/ong-amici-curiae-rganos-jurisdiccionales 57842136?ix_resultado=15.0&query%5Bpage%5D=2&query%5Bq%5D=amicus+curiae.

[5] UMBRICHT, Georg C. «An "*amicus curiae brief*" on the *amicus curiae brief* at the WTO». En *Journal of International Economic Law*, 2001, pp. 773-794. Oxford: Oxford University Press, vol.4(4), p. 780. Consultado el 24 de noviembre de 2012. http://search.proquest.com.ezproxy-bib.pucp.edu.pe:2048/docview/218086390?accountid=2839.

[6] DE LA CRUZ IGLESIAS, L. «Las comunicaciones *amicus curiae* en el Mecanismo de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio: El asunto Amianto». En *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2001, vol. 3, p. 2. Disponible en http://www.reei.org. Consultado por última vez el 16/10/07), citada por ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana, en el texto

aquel sujeto que no es parte en el proceso, pero que está interesado en el mismo y que suministrará información a los tribunales, con la finalidad de ayudarlos a tomar una decisión apropiada.[7]

Evidentemente, esta información tendrá un carácter especializado y técnico, debido a que tal participación en los procedimientos arbitrales estará basada en el otorgamiento de información al tribunal que brinde certeza y colabore en la toma de decisiones informadas.

Indudablemente, en el ámbito internacional la aportación de este tipo de información puede resultar aun más valiosa al ilustrar al tribunal sobre la práctica y el ordenamiento jurídico de los Estados. Sobre el particular, Dinah Shelton indica que estas comunicaciones sirven para proporcionar información más allá de lo que las partes están dispuestas a informar, para ayudar en la resolución de aspectos novedosos o técnicos y para proporcionar un punto de vista alternativo.[8]

«Las ONG y su intervención como *amici curiae* ante órganos jurisdiccionales internacionales: El tratamiento de la pena de muerte en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público*. Abellán Honrubia, Victoria y Jordi Bonet Pérez (dirs.). Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2009, ISBN 8476988206, 103-132. Consultado el 15 de septiembre de 2012. http://vlex.com/vid/ong-amici-curiae-rganos-jurisdiccionales 57842136?ix_resultado=15.0&query%5Bpage%5D=2&query%5Bq%5D=amicus+curiae.

7 *Amicus curiae*: «(Latin): Friend of the court; one who gives information to the court on some matter of law which is in doubt. The function of an *amicus curiae* is to call the court's attention to some matter which might otherwise escape its attention. An *amicus curiae* brief is submitted by one not a party to the lawsuit to aid the court in gaining the information it needs to make a proper decision or to urge a particular result on behalf of the public or a private interest or third parties who will be affected by the resolution of the dispute». Gifis, Stephen H. *Law Dictionary* (Barron's Legal Guides). Nueva York: Barron's Educational Series, 2003.

8 Shelton, D. «The participation of non-governmental organizations in international judicial proceedings». En *American Journal of International Law*, 1994, vol. 88, n.º 4, p. 640, the *amicus curiae* will inform «beyond what the parties have been willing or able to submit», and will give an alternative point of view «where there is no true adversarial position between the petitioner and the respondent government. Citado por Alija Fernández, Rosa Ana en el texto «Las ONG y su intervención como *amici curiae* ante órganos jurisdiccionales internacionales: El tratamiento de la pena de muerte en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público.* Abellán Honrubia, Victoria y Jordi Bonet Pérez (dirs.). Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2009, ISBN 8476988206, pp. 103-132. Consultado el 15 de septiembre de 2012. http://vlex.com/vid/ong-amici-curiae-rganos-jurisdiccionales 57842136?ix_resultado=15.0&query%5Bpage%5D=2&query%5Bq%5D=amicus+curiae.

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

Nuestros argumentos toman como base el análisis de la participación de esta figura en tribunales internacionales, tales como la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Europea de Justicia, los Tribunales Criminales Internacionales de la Antigua Yugoslavia y Ruanda, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También se ha analizado la intervención del *amicus curiae* en la OMC y lo formulado por el Órgano de Solución de Diferencias. Se ha estudiado los casos controvertidos bajo el Capítulo IX del Nafta y el Ciadi en los cuales se han aceptado la admisión del informe *amicus curiae* representados por organismos no gubernamentales y expertos independientes.[9]

Es importante señalar que la competencia para admitir *amicus curiae*, se fundamenta en el poder inherente del órgano jurisdiccional internacional, a fin de controlar los procedimientos que se sustentan ante él.[10]

Particularmente, en estos casos dicha facultad se deriva de interpretaciones extensivas de: a) las normas de funcionamiento como puede observarse en el caso de las opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), o en el Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC), b) las competencias del órgano en la fase de prueba (así ocurre por ejemplo en los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) o ante la Cadhp) o c) la legitimidad para concurrir ante el órgano con un título diferente y más amplio (como, por ejemplo, el tercer interviniente previsto en el CEDH,

---

9 Dupuy, Pierre-Marie, Francesco Francioni y Ernst-Ulrich Petersman. «Human rights in International Investment Law and Arbitration». Nueva York: Oxford University Press, 2009, p. 400.

10 Shelton, D. *Loc. cit.*

o incluso como demandante, en los casos del TEDH y de la Cadhp). En cualquier caso, teniendo en cuenta los rasgos propios del *amicus curiae* se puede deducir que la intervención de las ONGs, de los actores de la sociedad civil, o de los expertos independientes ante las jurisdicciones internacionales presenta dos límites claros:

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

En principio, la comunicación deberá hacer referencia a las cuestiones que hayan sido planteadas por el órgano judicial o, cuando menos, deberá abordar aspectos que estén siendo objeto de estudio por el mismo.[11]

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

En el caso de los tribunales penales internacionales, la intervención suele estar expresamente reglamentada, tal como se observa en las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, Regla 103, la cual permite la participación de la figura del *amicus curiae*.[12] Por su parte, también las respectivas Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda prevén, conforme lo dispuesto en la

---

[11] Alija Fernández, Rosa Ana en el texto «Las ONG y su intervención como amici curiae ante órganos jurisdiccionales internacionales: el tratamiento de la pena de muerte en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público*. Abellán Honrubia, Victoria y Jordi Bonet Pérez (eds.) Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2009, ISBN 8476988206, 103-132. Consultada el 15 de septiembre del 2012. http://vlex.com/vid/ong-amici-curiae-rganos-jurisdiccionales 57842136?ix_resultado=15.0&query%5Bpage%5D=2&query%5Bq%5D=amicus+curiae.

[12] La Regla 103, relativa a *amicus curiae* y otras formas de presentar observaciones» establece en su apartado 1 lo siguiente: «La sala, si lo considera conveniente para una determinación adecuada de la causa, podrá en cualquier etapa del procedimiento invitar o autorizar a un Estado, a una organización o a una persona a que presente, por escrito u oralmente, observaciones acerca de cualquier cuestión que la sala considere procedente» (CPI, documento ICCASP/1/3, A. Reglas de procedimiento y prueba, p. 64). Esta regla es aplicable también en apelación, en virtud del artículo 149 ECPI.

Regla 74,[13] la posibilidad de la admisión del informe *amicus curiae*. Efectivamente, los tribunales internacionales penales *ad-hoc* son bastante receptivos a la intervención del *amicus curiae*, siendo que en la práctica la mayoría son expertos independientes o Estados, mientras que muy pocas son ONGs.[14]

En este mismo orden de ideas, es de notar que, de la misma manera, los tribunales regionales de derechos humanos permiten la participación activa de los actores de la sociedad civil y ONGs como *amicus curiae*, tanto en procedimientos contenciosos como en los consultivos. Esta participación se produce, pese a que la normativa reguladora del funcionamiento de estos órganos no menciona expresamente esta figura.

Asimismo, existe la posibilidad de que una ONG intervenga como *amicus curiae* en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), no obstante que esta figura no está expresamente prevista en sus normas. El artículo 36.2 CEDH (desarrollada por la Regla 44 del Reglamento del Tribunal), otorga una amplia discrecionalidad al TEDH para permitir la intervención de terceros en los procesos que se sustentan en relación con el CEDH.[15] De esto se deduce la capacidad de este tribunal de permitir la

---

[13] *Rule* 74 – *Amicus curiae*: «A Chamber may, if it considers it desirable for the proper determination of the case, invite or grant leave to a state, organization or person to appear before it and make submissions on any issue specified by the Chamber» (www.icty.org, Rules of Procedure and Evidence, Documento n.º IT/32/Rev. 38, de 13 de junio de 2006, p. 74; ICTR, *Rules of Procedure and Evidence, consolidated text of 10 November 2006*, p. 98).

[14] ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana, señala que en el TPIY, lo más habitual es que los *amicus curiae* que intervengan sean expertos del ámbito académico y universitario (sobre el valor del *amicus curiae* como medio para estructurar la doctrina como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. ASCENSIO, H. *Op. cit.*, p. 928). También se ha instaurado la práctica de que en aquellos asuntos en los que un Estado haya declinado su competencia a favor del TPIY, éste intervenga como *amicus curiae* (ése fue el caso, por ejemplo, de Alemania en el asunto Tadić, Caso n.º IT-94-1). También el TPIR ha permitido en diversas ocasiones que los gobiernos de *Ruanda* y de *Bélgica* intervengan como *amici curiae* (así ocurrió, por ejemplo, en los asuntos *Bagosora Théoneste*, Caso n.º ITR-96-7, y *Semanza Laurent*, Caso n.º ITR-97-20), en el texto «Las ONG y su intervención como *amici curiae* ante órganos jurisdiccionales internacionales: El tratamiento de la pena de muerte en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público.* Abellán Honrubia, Victoria y Jordi Bonet Pérez (eds.). Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2009, ISBN 8476988206, pp. 103-132. Consultada el 15 de septiembre de 2012. http://vlex.com/vid/ong-amici-curiae-rganos-jurisdiccionales 57842136?ix_resultado=15.0&-query%5Bpage%5D=2&query%5Bq%5D=amicus+curiae.

[15] Batholomeusz citado por ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana en el texto «Las ONG y su intervención como *amici curiae* ante órganos jurisdiccionales internacionales: El tratamiento de la pena de

actuación del *amicus curiae*, a título de *tercer interviniente*. Puede observarse que, en virtud de este precepto, cualquier persona interesada distinta al demandante, puede ser invitada por el presidente del tribunal a presentar alegaciones escritas y participar en las audiencias, lo cual se produce en interés de la buena administración de la justicia.

En este sentido, de acuerdo con Hervé Ascensio, gracias al artículo 36.2 antes referido, el fundamento jurídico del *amicus curiae* ante el TEDH ha quedado reforzado. Por otro lado, conviene traer a colación que, de modo similar, en una clara muestra de receptividad a la participación de ONG, en virtud del artículo 34 CEDH, las ONG también gozan de legitimación activa para presentar demandas cuando se consideren víctimas de una violación de un derecho reconocido en el convenio o en sus Protocolos.[16]

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) no suele rechazar comunicaciones *amicus curiae*, pese a que esta figura no se ha previsto expresamente en las normas que la regulan. Sobre el particular, de conformidad con el artículo 45 de las Reglas de Procedimiento de la Corte, en la fase probatoria de los procedimientos contenciosos (y, por analogía, de los procedimientos consultivos, conforme a lo señalado por el artículo 64), la CIDH podrá oír a cualquier persona cuya declaración estime pertinente. Además, la Corte podrá solicitar a cualquier entidad que recabe información, exprese una opinión, o prepare un informe o dictamen sobre

---

muerte en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público*. Abellán Honrubia, Victoria y Jordi Bonet Pérez. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2009, ISBN 8476988206, pp. 103-132. Consultada el 15 de septiembre de 2012. http://vlex.com/vid/ong-amici-curiae-rganos-jurisdiccionales 57842136?ix_resultado=15.0&query%5Bpage%5D=2&query%5Bq%5D=amicus+curiae.

16 La voluntad de favorecer la participación de las ONGs se ve también corroborada en el ámbito de la Carta Social Europea (CSE). En virtud del Protocolo adicional a la Carta, adoptado el 9 de noviembre de 1995, dando a las ONG un estatus consultivo ante el Consejo de Europa, tal como lo indica el artículo 1.b del Protocolo, así como aquellas, bajo la jurisdicción de un Estado parte del Protocolo, particularmente calificadas en las materias reguladas por la Carta, en este último caso, siempre que el Estado en cuestión haya hecho una declaración reconociendo el derecho de tales organizaciones a presentar reclamaciones contra él, como lo indica el artículo 2.1 del Protocolo. Consecuentemente, estarán legitimadas para presentar reclamaciones colectivas ante el comité europeo de derechos sociales. En ambos casos, esta legitimación está limitada a aquellas materias en las que se les haya reconocido una especial calificación, tal como lo dispone el artículo 3 del Protocolo.

un punto determinado (artículo 45.1 y 3). Por extensión, se permite a las ONG presentar sus comunicaciones.[17]

En resumen, el rol que los *amicus curiae* juegan en este ámbito es mucho más amplio debido a que están involucrados temas tales como la protección de los derechos humanos y derechos fundamentales para el desarrollo sostenible. Probablemente, a partir de la aceptación del *amicus curiae* en el campo del derecho internacional, esta figura ha sido usada en otros órganos de solución de controversias, tales como la OMC y el arbitraje de inversiones, donde las razones por las cuales estos tribunales han aceptado estos informes se basan en cuestiones fundamentales respecto a su rol y propósito.

2. ROL DE LOS AMICUS CURIAE EN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC)

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

En primer lugar, se ha asistido a las partes en las disputas preparando informes o anexando estudios a las sumisiones de los países miembros en

---

[17] ABELLÁN HONRUBIA, Victoria y Jordi BONET PÉREZ. *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2009. ISBN 8476988206, citado por ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana en el texto «Las ONG y su intervención como *amici curiae* ante órganos jurisdiccionales internacionales: el tratamiento de la pena de muerte en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público*. Abellán Honrubia Victoria y Jordi Bonet Pérez (eds.). Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2009. ISBN 8476988206, pp. 103-132. Consultada el 15 de septiembre del 2012. http://vlex.com/vid/ong-amici-curiae-rganos-jurisdiccionales 57842136?ix_resultado=15.0&query%5Bpage%5D=2&query%5Bq%5D=amicus+curiae.

disputa, otorgándose de esta forma asesoramiento en los diferentes niveles. En segundo lugar, se han emitido informes *amicus curiae* al OSD, los cuales podrán ser tomados en cuenta por los paneles correspondientes y el Órgano de Apelaciones si ellos los consideran útiles. En tercer lugar, se ha asistido a los paneles expertos, cuando el panel, por su propia iniciativa (al amparo del artículo 13 del Entendimiento de Solución de Diferencias), ha requerido la opinión de un experto en determinado tema.[18]

No obstante lo antes señalado, hay dos inconvenientes relacionados a la solución de diferencias que resulta de particular relevancia puntualizar:

En primer lugar, la transparencia del Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC, relacionado a la no confidencialidad de los documentos del procedimiento, incluyendo las sumisiones de las partes y la apertura de las reuniones del Grupo Especial, las audiencias ante el Órgano de Apelaciones y los procedimientos arbitrales al público.

En segundo lugar, la ampliación de la participación en el mecanismo de solución de diferencias, incluso a través del *amicus curiae* y la cuestión de si el sector privado puede participar en la disputa por derecho propio, y como parte de la delegación de un país miembro de la OMC ante el panel.[19]

La transparencia: Apertura a las audiencias al público

La transparencia en el proceso de solución de diferencias ha mejorado notablemente a través de la práctica de apertura de las audiencias al público, previa petición de las partes. Tal como lo señala María Pérez-Esteve, entre septiembre del 2005 y febrero del 2012, se han ido abriendo al público, incluyendo a ONGs y actores de la sociedad civil, once reuniones

---

[18] Pérez-Esteve, María. «WTO rules and practices for transparency and engagement with civil society organizations». *WTO 26 July 2012. Staff Working Paper* ERSD-2012-14, p. 12. Consultada el 18 de septiembre de 2012, p. 20. http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201214_e.pdf.

[19] *Idem*, p. 21.

del Grupo Especial,[20] ocho audiencias del Órgano de Apelación,[21] y dos procedimientos arbitrales.[22]

En la mayoría de los casos, las audiencias orales han sido abiertas para la observación del público mediante transmisión en circuito cerrado, llevada a cabo en una sala de reuniones por separado, donde se encontraban, por un lado, los delegados de los países miembros de la OMC debidamente registrados y por el otro lado, el público en general al cual se le había permitido el acceso. En un menor número de casos, se han mostrado las grabaciones de video en forma diferida, con la finalidad de asegurar que ninguna información de carácter confidencial se dé a conocer inadvertidamente, como podría ocurrir de realizarse una visualización simultánea.[23]

A fin de ilustrar este punto, cabe mencionar que, hasta octubre del 2011, el número de ONGs que se había registrado para participar en estas audiencias públicas, seguía siendo relativamente bajo, oscilando entre uno y nueve por visualización. Estos datos están basados en el número de ONGs registradas para asistir a las reuniones del Grupo Especial, a las Audiencias del Órgano de Apelaciones y a los procedimientos arbitrales que fueron abiertos al público.[24]

---

[20] The Panel Meetings which were open to the public are: DS412, Canada – *Renewable Energy*; DS386 and DS384, *US – COOL;* DS375, DS376, and DS377, *EC – IT Products;* DS367, *Australia – Apples;* DS353- *US – Large Civil Aircraft (2nd);* DS350,*US – Continued Zeroing;* DS322, *US – Zeroing (Japan)(Article 21.5 – Japan;* DS320/DS321, *US – Continued Suspension/ Canada – Continued Suspension;* DS316, *EC and certain member States – Large Civil Aircraft;* DS294, *US –Zeroing (EC) (Article 21.5 – EC); and* DS27, *EC – Bananas III (Article 21.5 – US).*

[21] *The Appellate Body Hearings which were open to the public are: DS367, Australia – Apples; DS353, US – Large Civil Aircraft (2nd); DS350, US – Continued Zeroing; DS322, US – Zeroing (Japan) (Article 21.5 – Japan); DS320/DS321, US – Continued Suspension/Canada – Continued Suspension; DS316, EC and certain member States – Large Civil Aircraft; DS294, US – Zeroing (EC) (Article 21.5 – EC); DS27, US – Bananas III (Article 21.5 – Ecuador II)(Article 21.5 – US).*

[22] The article 22.6 Arbitration Proceedings which were open to the public are: DS322, *US – Zeroing (Japan) (Article 22.6 – US); and* DS294, *US – Zeroing (EC) (Article 22.6 – US).*

[23] PÉREZ-ESTEVE, María. «WTO rules and practices for transparency and engagement with civil society organizations». *WTO 26 July 2012. Staff Working Paper* ERSD-2012-14, p. 12. Consultada el 18 de septiembre de 2012, p. 21. Disponible en: http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201214_e.pdf.

[24] El Grupo Especial abrió sus audiencias al público por primera vez en septiembre del 2005 en el caso *US-Continued suspension*, en respuesta a la petición de las partes de abrir el procedimiento al público. Esto fue luego confirmado por el Órgano de Apelaciones, el cual también decidió abrir su audiencia en julio del 2008.

No obstante lo antes indicado, hay dos inconvenientes relacionados con la transparencia que ha de tenerse en cuenta. El primer inconveniente se refiere a la confidencialidad de las presentaciones escritas. Al respecto, el artículo 18 del Entendimiento de Solución de Diferencias obliga a los Países Miembros a proporcionar un resumen no confidencial de sus presentaciones escritas si algún país miembro lo solicita. Sin embargo, esta práctica ha evolucionado y más países miembros simplemente hacen sus sumisiones públicas. El segundo inconveniente que podemos observar consiste en que los informes finales del panel no circularán antes de que éstos sean traducidos en los tres idiomas oficiales de la OMC. Con el propósito de aclarar y mejorar el Entendimiento de Solución de Diferencias, se negociarán propuestas a fin de mejorar la transparencia. Estas propuestas incluirán temas como las audiencias públicas y el hecho de hacer estas sumisiones públicas, con excepción de aquellos fragmentos relacionados con información comercial confidencial.[25]

Informes amicus curiae

Los informes *amicus curiae* son presentados por una ONG o un actor de la sociedad civil interesado en influenciar el resultado de la disputa, sin ser considera parte de la misma. Por consiguiente, los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación pueden aceptar y considerar presentaciones escritas no solicitadas de estas entidades que no son partes ni terceros en la diferencia.[26] Esta facultad se deriva de la interpretación extensiva que el Órgano de Apelación formuló con respecto al artículo 13 antes indicado del Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC. En tal sentido, pese a no existir disposición expresa al respecto, se permitirá a los grupos

---

[25] *WTO (2011) Document* TN/DS/25 of 21 April 2011, citado por Pérez-Esteve, María. «WTO rules and practices for transparency and engagement with civil society organizations». *WTO 26 July 2012. Staff Working Paper* ERSD-2012-14, p. 12. Consultada el 18 de septiembre de 2012, p. 22. http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201214_e.pdf.

[26] OMC. «Módulo de Formación sobre el Sistema de Solución de Diferencia: Capítulo 9, Participación en el procedimiento de Solución de Diferencias». Consultada el 23 de noviembre de 2012. http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disp_settlement_cbt_s/c9s3p1_s.htm.

especiales y al Órgano de Apelaciones aceptar y considerar comunicaciones no solicitadas.[27]

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

> 1. Cada grupo especial tendrá el derecho de recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente. No obstante, antes de recabar información o asesoramiento de una persona o entidad sometida a la jurisdicción de un Miembro, el grupo especial lo notificará a las autoridades de dicho Miembro. Los Miembros deberán dar una respuesta pronta y completa a cualquier solicitud que les dirija un grupo especial para obtener la información que considere necesaria y pertinente. La información confidencial que se proporcione no deberá ser revelada sin la autorización formal de la persona, institución, o autoridad del Miembro que la haya facilitado.
> 2. Los grupos especiales podrán recabar información de cualquier fuente pertinente y consultar a expertos para obtener su opinión sobre determinados aspectos de la cuestión. Los grupos especiales podrán solicitar a un grupo consultivo de expertos que emita un informe por escrito sobre un elemento de hecho concerniente a una cuestión de carácter científico o técnico planteada por una parte en la diferencia. En el Apéndice 4 figuran las normas para el establecimiento de esos grupos consultivos de expertos y el procedimiento de actuación de los mismos.[28]

Esta facultad prevista en el artículo 13 se ejerció en el asunto *US- Camarones* [29] donde el Órgano de Apelaciones admitió tres informes *amicus*

---

[27] STERN, B., citado por ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana en el texto «Las ONG y su intervención como *amici curiae* ante órganos jurisdiccionales internacionales: el tratamiento de la pena de muerte en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público.* Abellán Honrubia, Victoria y Jordi Bonet Pérez (eds.). Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2009, ISBN 8476988206, pp. 103-132. Consultada el 15 de septiembre de 2012. http://vlex.com/vid/ong-amici-curiae-rganos-jurisdiccionales 57842136?ix_resultado=15.0&query%5Bpage%5D=2&query%5Bq%5D=amicus+curiae.

[28] OMC. Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Artículo 13. Consultado el 23 de septiembre del 2012, http://docsonline.wto.org/GEN_searchResult.asp?RN=0&searchtype=browse&q1=%28@meta_Symbol+L-TüURüA2üDSüUü1%29+%26+%28@meta_Types+Legal+text%29.

[29] OMC. Asunto Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados Camarones y productos del camarón. Informe del Órgano de apelación, documento WT/DS58/AB/R, 12 de octubre de 1998, párrafo. 108. El Grupo Especial no había tenido en cuenta las comunicaciones *amicus curiae* presentadas, respectivamente por el Centro de Conservación Marina

curiae. Sin embargo, el Órgano de Apelaciones precisó que un informe emitido por una ONG o un actor de la sociedad civil, podría adjuntarse como parte de la sumisión del país miembro convirtiéndose en parte integral de la presentación del país. En este caso, el informe fue adjuntado como anexo a la apelación presentada por Estados Unidos.[30]

No obstante, en casos posteriores, el Órgano de Apelaciones recibió y admitió informes *amicus* directamente de países no miembros u otros individuos. Un ejemplo puede encontrarse en el asunto *Plomo y Bismuto II*.[31] En este caso, el Órgano de Apelación consideró que el Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD) lo facultaba igualmente a aceptar y examinar comunicaciones *amicus curiae* no solicitadas cuando lo considerara pertinente.[32] En otras palabras, la aceptación de estos informes dependerá de la discrecionalidad del Órgano de Apelaciones, a fin de determinar si algún país miembro no actuó dentro de las normas marco de esta organización, ocasionando una reclamación internacional en el OSD de la OMC.

Asimismo, respecto al tema de informes *amicus curiae*, un elemento novedoso se produjo en el asunto *EC-Asbestos*. En este caso, en virtud de la Regla 16 (1) de los Procedimientos de Trabajo, el Órgano de Apelación decidió adoptar un procedimiento especial para recibir informes *amicus curiae*. El Órgano de Apelaciones tomó la iniciativa de escribir a las partes contendientes y los terceros participantes para expresar su opinión, señalando que «la conducta justa y ordenada de este recurso podría ser facilitada por la adopción de procedimientos adecuados, sólo para los efectos de esta apelación... a fin de tratar o encargarse de cualquier posible presentación *amicus*....».[33]

(CMC) y el Centro de Derecho Ambiental Internacional (CIEL), y por el Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF), por considerar que no había recabado esa información de conformidad con el artículo 13 ESD, pero indicó a las partes que podían incorporarlas a sus alegaciones, cosa que hizo EE.UU. (OMC, asunto Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados Camarones y productos del camarón. Informe del Grupo Especial. Documento WT/DS58/R, 15 de mayo de 1998, p. 82).

30 *US – Shrimp/Turtle*, *above* n.° 9, *paras*. 79-91 *and* 99-110.

31 OMC. Asunto Estados Unidos – Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleado con Plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido, Informe del Órgano de Apelación. Documento WT/DS138/AB/R, 10 de mayo de 2000, párr. 39-42.

32 *Appellate Body Report*, *US – Lead and Bismuth II*, *footnote* 58, *para*. 39.

33 *Appellate Body Report*, *EC – Asbestos*, para. 50.

Posteriormente, el Órgano de Apelación solicitó la opinión de las partes sobre los posibles procedimientos que pudieran recibir informes *amicus curiae*, incluyendo una «solicitud de licencia» del procedimiento. Luego de celebrar consultas con las partes y los terceros participantes, el Órgano de Apelación anunció que había adoptado un procedimiento adicional para hacer tratar las presentaciones escritas recibidas por parte de sujetos distintos a las partes y terceros en la referida diferencia.[34]

Acto seguido, el presidente del Órgano de Apelación informó por escrito al presidente del OSD, sobre el procedimiento adicional adoptado y esa carta fue distribuida a todos los Países Miembros de la OMC, el 8 de noviembre de 2000. Como resultado de esta comunicación, se llevó a cabo una reunión extraordinaria del Consejo General el 22 de noviembre de 2000.[35] Durante esta reunión, varios países en desarrollo criticaron al Órgano de Apelación considerando que éste había creado nuevas reglas y actuado más allá de sus competencias.

Los resultados de estas discusiones fueron articulados por el presidente del Consejo de la Asamblea General, quien señaló que era necesario comunicar al Órgano de Apelación que el mismo debería actuar con extrema precaución respecto a la aceptación de los informes *amicus curiae*.

Desde entonces, el Órgano de Apelación planteó que los escritos *amicus* recibidos «no fuesen necesariamente» tomados en cuenta,[36] rigiendo sistemáticamente. Se puntualizó que no sería obligatorio el análisis de tales informes por parte de los órganos de solución de diferencias de la OMC, quedando, por tanto, a su discrecionalidad tomar en cuenta la información brindada al momento de resolver la controversia presentada por los países miembros. Sin embargo, es necesario tener en cuenta que el Órgano de Apelación sostuvo que este derecho se deriva de su amplia autoridad para adoptar normas de procedimiento, con la condición que no se contradigan

---

34 *Appellate Body Report*, *EC – Asbestos*, para. 51.

35 WT/GC/M/60, para. 123.

36 En el caso *EC – Asbestos*, se denegó la autorización a los 17 solicitantes que pidieron autorización para presentar un informe escrito. *Appellate Body Report*, *EC – Absestos*, paras. 55-57. Seis de las solicitudes de los peticionarios fueron denegadas debido a que las presentaron fuera de plazo. Los otros, aunque cumplieron con los plazos, fueron rechazados por el Órgano de Apelaciones, sin explicar la razón.

las disposiciones del Entendimiento de Solución de Diferencias[37] o de los acuerdos abarcados.[38] Si bien el Órgano de Apelación nunca ha denegado su derecho a recibir informes no solicitados por parte de los *amicus curiae*, ha mostrado cautela en cuanto a su consideración.

Sin lugar a dudas, los actores de la sociedad civil y las ONGs tienen un gran interés en los asuntos analizados por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC que están relacionados a temas como la protección del medio ambiente, los derechos humanos y el desarrollo sostenible de los pueblos.[39] Cabe mencionar que los casos relacionados con la legislación ambiental en el marco del Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC estuvieron entre los primeros que despertaron el interés de la sociedad civil. Como resultado, el ESD se ha convertido en un área en que muchos de estos actores han mostrado interés de seguir de cerca, con miras a lograr influir en dicha área. En este sentido, los actores civiles sostienen que se encuentran en una mejor posición para presentar los argumentos que sean necesarios, a fin de defender los intereses comunes a favor del desarrollo sostenible de los pueblos y la protección de los derechos humanos de diversos países en desarrollo de la OMC.[40] A esto se suma el hecho que los *amicus curiae* podrán presentar argumentos que los Países Miembros de la OMC no puedan o deseen presentar, debido a que son conscientes de la posibilidad de que estos mismos argumentos podrían ser utilizados en su contra en futuras controversias.[41]

Por otra parte, el examen de las presentaciones escritas no solicitadas de los *amicus curiae* por parte de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación ha sido muy polémico y dado lugar a críticas de parte de algunos

---

37 El artículo 17, párrafo 9 del Entendimiento de Solución de Diferencias señala que: «El Órgano de Apelación, en consulta con el presidente del Órgano de Solución de Diferencias y con el Director General, establecerá los procedimientos de trabajo y dará traslado de ellos a los miembros para su información.

38 Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Plomo y bismuto*, párrafo 43.

39 Pérez-Esteve, María. *«WTO rules and practices for transparency and engagement with civil society organizations». WTO 26 July 2012. Staff Working Paper* ERSD-2012-14, p. 23. Consultada el 18 de septiembre de 2012. http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201214_e.pdf.

40 Pérez-Esteve, María. «WTO rules and practices for transparency and engagement with civil society organizations World Trade Organization». *Economic Research and Statistics Division, Staff Working Paper* ERSD-2012-14, p. 23. Consultada el 18 de septiembre de 2012. http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201214_e.pdf.

41 *Ibidem*.

países miembros de la OMC. A estos países les preocupa que la sociedad civil pueda adquirir un mayor acceso e influir en el proceso de solución de diferencias más que los propios países miembros que no son parte en la controversia,[42] elevando el estatus del *amicus curiae* sobre los mismos. Además, los países miembros son de la opinión de que, dado que no existe ninguna disposición específica en el Entendimiento de Solución de Diferencias que autorice la aceptación y consideración de *amicus curiae*, esos escritos no deben ser aceptados y considerados.

A pesar de esta percepción, el Órgano de Apelación ha confirmado la autoridad de los Grupos Especiales y del mismo Órgano de Apelación para aceptar y considerar comunicaciones no solicitadas.[43] No obstante, hasta la fecha, el Órgano de Apelación ha sido muy cauteloso en la consideración de presentaciones independientes *amicus curiae* en el procedimiento.

Por su parte, las negociaciones dirigidas a aclarar y mejorar el Entendimiento de Solución de Diferencias, también han incluido propuestas para regular las presentaciones de informes *amicus curiae*.[44] Otra de las cuestiones relativas a su participación, se refiere al hecho de que el Órgano de Apelación decidió en la primera disputa del *Banano*, que corresponderá a cada miembro de la OMC decidir sobre la composición de su delegación que lo representará en una disputa ante el Órgano de Solución de Controversias de la OMC. Es decir, las partes podrán incorporar como miembros de sus delegaciones a organizaciones no gubernamentales, representantes de la industria y académicos,[45] con la finalidad de afianzar su posición.

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

---

42 *Ibidem*.

43 *Ibidem*.

44 Pérez-Esteve, María. «*WTO rules and practices for transparency and engagement with civil society organizations* World Trade Organization». *Economic Research and Statistics Division, Staff Working Paper* ERSD-2012-14, p. 23. Consultada el 18 de septiembre de 2012. http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201214_e.pdf.

45 *Ibidem*.

jurídicas[46] (tanto aspectos sustantivos como procesales).[47] A esto se suman los aspectos relativos a su propia participación, sobre todo, en un primer momento, o la jurisdicción del tribunal.

Es difícil saber con exactitud el impacto que puedan tener estas comunicaciones *amicus curiae* en el contenido de la decisión final, ya que, por lo general, dicha decisión no precisa en qué cuestiones de derecho ha influido la posición mantenida en el informe *amicus curiae*.[48] Sin embargo, un laudo arbitral que contenga una decisión informada podrá beneficiar a cualquier país miembro, el cual podría ser un país en desarrollo, cuya capacidad no le permite sustentar una adecuada defensa con fundamentos técnicos especializados que ayuden a defender su posición. Por consiguiente, el rol de los *amicus curiae* para estos países, será positivo.

---

[46] Ascensio, citado por Alija 2009:126, señala que una de sus principales aportaciones consiste en advertir a los tribunales internacionales sobre cuestiones de derecho internacional general o sobre sectores del ordenamiento internacional diferentes a los que aplica el tribunal en cuestión, lo que es una forma «de lutter contre le cloisonnement des contentieux et le risque de fragmentation du droit international». (Ascensio, H. *Op. cit*., p. 924).

[47] *Ibídem*. A este respecto, son ilustrativas las invitaciones hechas por el TPIY a la intervención de *amici curiae* para dar su opinión sobre aspectos procesales sin precedentes en la jurisdicción internacional que se le han planteado, como la posibilidad de emitir una *subpoena duces tecum* (es decir, el instrumento legal mediante el cual el tribunal puede obligar al destinatario a presentar pruebas) a un Estado o a un alto oficial de un gobierno y las medidas adecuadas en caso de incumplimiento (ICTY. *The Prosecutor vs. Tihomir Blaskic, Order submitting the matter to Trial Chamber II and inviting amicus curiae*. Decisión de la Juez Gabrielle Kirk Mcdonald, de 14 de marzo de 1997 —entre otros, se autorizó la intervención de Allain Pellet en representación de Juristes sans Frontières—; ICTY. *Le Procureur c/ Tihomir Blaskic, Ordonnance accordant l'autorisation de comparaître en qualité d'amicus curiae*. Orden de la Sala de Primera Instancia de 11 de abril de 1997). La invitación cursada en el asunto Milosevic ejemplifica también el uso que el TPIY ha dado a esta figura. Ante la decisión de Slobodan Milosevic de defenderse a sí mismo, el tribunal solicitó que se designaran *amici curiae* para asistir a la sala de instancia haciendo alegaciones sobre cuestiones preliminares, interviniendo en la fase de prueba, indicando cualquier elemento atenuante o eximente, o actuando de cualquier otra forma adecuada para garantizar un juicio justo (ICTY. *Order inviting designation of amicus curiae*. Sala de instancia, 30 de agosto de 2001. *Ibid*., 30 de octubre de 2001. *Ibíd*., 23 de noviembre de 2001).

[48] Alija Fernández, Rosa Ana, en el texto «Las ONG y su intervención como *amici curiae* ante órganos jurisdiccionales internacionales: el tratamiento de la pena de muerte en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público.* Abellán Honrubia, Victoria y Jordi Bonet Pérez. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2009. ISBN 8476988206, p. 128. Consultada el 15 de septiembre del 2012. http://vlex.com/vid/ong-amici-curiae-rganos-jurisdiccionales 57842136?ix_resultado=15.0&query%5Bpage%5D=2&query%5Bq%5D=amicus+curiae.

A. Asunto Sardinas-Comunidades Europeas, labor de una ONG en beneficio del Perú

Un ejemplo de la efectividad de la participación de las ONGs y los actores de la sociedad civil en beneficio de los países en desarrollo, ya sea mediante el envío de presentaciones escritas independientes o adjuntando informes *amicus curiae* a las presentaciones de los países, se puede encontrar en el *Asunto Sardinas-Comunidades Europeas*.

El 26 de septiembre de 2002, el Perú, un país en desarrollo, tuvo una significativa victoria en el sistema de solución de controversias de la OMC sobre la Comunidad Europea. En este caso, por primera vez, el Órgano de Apelación admitió que un miembro de la OMC habría violado las obligaciones del Acuerdo sobre Barreras Técnicas al Comercio de la OMC.[49] Esta violación se produjo debido a la imposición de una medida por la cual sólo las especies atrapadas en aguas territoriales de Europa podían comercializarse en la Comunidad Europea bajo la denominación *sardinas* (*Sardina pilchardus*), prohibiéndose, por consiguiente la comercialización de las sardinas peruanas (*Sardinops sagax sagax*) enviadas a Europa con esta denominación.[50]

En este asunto, además de demostrar la importancia del *Codex Alimentarius*, en las controversias originadas en la OMC, se demostró cómo incluso pequeños países en desarrollo con la ayuda del Centro de Asesoría Legal de la OMC y la participación de ONGs como la Asociación de Consumidores del Reino Unido, podían prevalecer sobre los grandes poderes que se ostentan en las controversias de la OMC.[51] Este asunto demuestra que a pesar del temor por parte de los países en desarrollo respecto a la transparencia del sistema de solución de controversias de la OMC, el mismo puede ser beneficioso para dichos países, quienes podrían tener la posibilidad de trabajar de manera coordinada con ONGs internacionales.

Un ejemplo de estos beneficios es lo que sucedió en este asunto *Sardinas-Comunidades Europeas*, dado que el informe de la Asociación de Con-

---

[49] SHAFFER, Gregory y Victor Mosoti. «The EC-Sardines Case: How North-South NGO-Government Links Benefited Peru». *Bridges*, vol. 6:7, at 15 October 2002 (Ictsd), p. 1. Consultado el 26 de mayo de 2013. http://www.ictsd.org/monthly/bridges/BRIDGES6-7.pdf.

[50] *Idem*, p. 2.

[51] *Idem*, p. 1.

sumidores del Reino Unido afirmaba que la regulación de las Comunidades Europeas iba en contra de los intereses económicos y de información de los consumidores europeos. Dicho informe señalaba que la asociación del término sardinas para los consumidores europeos no estaba referida únicamente a las sardinas *pilchardus*, sino que podía ser cualquiera de sus tipos. De esta manera, se sostenía, la disposición tomada constituía una medida de proteccionismo a favor de una industria en particular de la Unión Europea, concretamente, la industria pesquera de España. Esta alegación evidentemente tuvo un impacto en la resolución de este asunto en la OMC.[52]

Asimismo, el Perú adjuntó este informe de la Asociación de Consumidores del Reino Unido a sus presentaciones, las mismas que fueron aprobadas. En efecto, este trabajo en conjunto nos muestra el beneficio que la participación de estas ONGs puede otorgar a los países en desarrollo. Cabe señalar que muchos miembros de la OMC confirman la necesidad de trabajar con organizaciones privadas a fin de presentar argumentos sólidos para una adecuada defensa. En este sentido, se sostiene que los países en desarrollo deberían tomar esta iniciativa que únicamente les brindará un beneficio.[53]

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

La gran acumulación de capital en los centros financieros más grandes del mundo y la creciente oportunidad de invertir en destinos que significan oportunidades, han generado un gran incremento en las inversiones alrededor del mundo. En este contexto, se ha buscado proteger tales inversiones de políticas nocivas y poco transparentes a través de un mecanismo de solución de controversias a desarrollarse de manera rápida y segura.[54]

---

52 *Idem*, pp. 4-6.

53 Shaffer, Gregory y Victor Mosoti. «The EC-Sardines Case: How North-South NGO-Government Links Benefited Peru». *Bridges*, vol. 6:7, at 15 October 2002 (Ictsd), p. 6. Consultado el 26 de mayo de 2013. http://www.ictsd.org/monthly/bridges/BRIDGES6-7.pdf.

54 McLachlan, Campbell (Q.C.), Laurence Shore y Matthew Weiniger. «International Investment Arbitration, Substantive Principles». Nueva York: Oxford University Press, 2008, p. 208.

Es evidente que en el derecho internacional económico (DIE) existen varios sujetos que están involucrados en su desenvolvimiento y actuar, entre los cuales se encuentran los Estados, las organizaciones internacionales y los particulares. Como sabemos, el DIE está dominado por las relaciones jurídicas entre y con particulares con un componente transnacional. Estas relaciones tienen la posibilidad de alcanzar, por su repercusión y volumen, el rango de alta política, contribuyendo decisivamente a configurar el sistema económico internacional.

El *amicus curiae* viene desenvolviéndose en un escenario en el cual los actores de la sociedad civil y las ONGs, desempeñan un rol en los procedimientos arbitrales internacionales. Se observa, de esta manera, cómo entidades sin fines de lucro vienen ganando espacio en la elaboración y aplicación del DIE. Esto se produce, en especial, en el marco de la socialización, la democratización de los asuntos públicos internacionales y el surgimiento de una sociedad civil internacional orientada a la búsqueda del desarrollo sostenible, que implica la protección de los derechos medioambientales y humanos. Tal actuación, por supuesto, no debe darse al margen del control y la crítica.[55]

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

Es importante diferenciar, por un lado, lo que es el arbitraje comercial internacional donde la privacidad y la confidencialidad de sus procedimientos son conceptos fundamentales; y, por el otro lado, el arbitraje de

[55] Hinojosa Martínez, Luis M. y Javier Roldán Barbero. *Derecho internacional económico*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010, p. 60.

inversiones en el cual, además de tenerse inmerso estos principios, su naturaleza deriva de los tratados de inversión.[56]

En suma, los arbitrajes de inversión tienen un carácter público que los distingue del arbitraje comercial internacional. En tal sentido, el arbitraje internacional de inversiones cuenta con esta característica pública, en la cual los derechos y obligaciones sustantivos en cuestión, son establecidos por los tratados, siendo así el derecho internacional general aplicable a este tipo de arbitraje.[57]

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

A. En el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Tlcan o Nafta)

A fin de analizar el rol del *amicus curiae* en el arbitraje de inversiones, es necesario examinar el caso *Methanex Corp. vs. Estados Unidos de América* que fue el primer caso que admitió la intervención de los *amicus curiae* en el Nafta. En este asunto, el 25 de agosto del año 2000, el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible solicitó el permiso al tribunal para presentar un informe *amicus curiae*. Posteriormente, *Bluewater Network* y

---

[56] Ishikawa, Tomoko. «Third-Party Participation in Investment Treaty Arbitration». *International and Comparative Law Quarterly*, *ICLQ*. April 2010, vol. 59, p. 375. Consultado el 18 de noviembre de 2012. http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391.

[57] *Art. 42(1) of the Icsid Convention*; *art. 1131 of the Nafta*; *AAPL vs. Sri Lanka (Asian Agricultural Products Ltd v Sri Lanka (award of 27 June 1990) Icsid Case* n.° ARB/87/3 para 21); *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc vs. Argentine Republic (Decision on Liability of 3 October 2006*). *Icsid Case n.° ARB/02/1 para.* 97); *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Redfern, A. and M. Hunter (eds.). Londres: Sweet & Maxwell, 2004, 4th ed., p. 486. Parra, A.R. «Applicable Substantive Law in Icsid Arbitrations initiated under Investment Treaties'». *Icsid Review* n.° 16, 2001, pp. 20 y 21. Schreuer, C. *The Icsid Convention: A Commentary*. *A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (CUP, Cambridge, 2001) pp. 562, 612.

la organización *Communities for a Better Environment* se sumaron a este pedido, sosteniendo que los puntos debatidos afectaban de forma importante el interés público. Según se afirmaba, la fórmula química usada en los productos de Methanex violaba las disposiciones federales del Estado de California del Gobierno de EE.UU. sobre aditivos de gasolina.[58]

De este modo, el 7 de septiembre de 2000, el contenido de esta petición fue tratado por el demandante y el demandado en la segunda audiencia procedimental a la cual también asistió el representante legal de México. En este punto, sólo el demandante había presentado observaciones por escrito sobre el tema de la intervención el 31 de agosto de 2000, y estas observaciones concernían sólo la petición dirigida por el Instituto antes mencionado. A fin de resolver este asunto, el tribunal estableció un calendario para que las observaciones sobre la intervención de terceros como *amicus curiae* se dieran a conocer por escrito. Esta cuestión que se decidiría por el tribunal como un principio general.[59]

Posteriormente, el tribunal recibió los escritos sobre esta cuestión, por parte de los peticionarios, Canadá y México como parte no contendiente, y del demandante y demandado. Con base a estos escritos, el tribunal pudo tomar una decisión sobre el asunto. El tribunal agradeció la respuesta dada a su pedido, reconociendo que indudablemente tal decisión afectaría principios generales muy importantes, teniendo consecuencias directas en el futuro de ese procedimiento arbitral. También reconoció el tribunal el efecto potencial, directo e indirecto, de cualquier laudo que dé respuesta a una controversia sustantiva de dos partes contendientes.[60]

Por otra parte, los *amicus curiae* solicitaron se les permita una serie de acciones tales como: a) presentar un informe escrito (de preferencia luego de leer los escritos de las partes), b) tener acceso a los documentos del procedimiento arbitral, c) hacer presentaciones orales, y d) tener la condición de observador en las audiencias orales. Esta solicitud se formuló basándose en la considerable importancia pública del caso y el impacto crítico que tal laudo tendría en la elaboración de leyes medioambientales y cualquier

---

58 Resolución sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *Amicus Curiae*. Caso *Methanex Corporation vs. Estados Unidos de América*, párrafo 1, p. 2.

59 Resolución sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *Amicus Curiae*. Caso *Methanex Corporation vs. Estados Unidos de América*, párrafo 1, p. 2.

60 *Idem,* párrafo 4, p. 3.

otra ley relacionada al bienestar público, lo cual se vería reflejado en el desarrollo sostenible de la región Nafta. Asimismo, se señaló que esta participación ayudaría a disipar la inquietud pública sobre el carácter cerrado de los procedimientos arbitrales en virtud del Capítulo 11 del Nafta. Con respecto a la facultad del tribunal para aceptar estos informes, el *amicus curiae* hizo referencia a las prácticas del Órgano de Apelaciones de la OMC y las cortes de Estados Unidos y Canadá.[61]

Desde nuestro punto de vista, una de las alegaciones más importantes del *amicus curiae* fue el hecho de que en este tipo de arbitrajes no existe el derecho a apelar el laudo arbitral, lo cual hace que sea fundamental que no existan errores en la decisión. Dichos errores pueden tener como causa la falta de una perspectiva fresca y relevante, la cual podría ser otorgada por los *amicus curiae*.

Asimismo, la presentación remitida por México señalaba que no estaba de acuerdo con la introducción de esta figura al procedimiento. México consideraba que el Capítulo 11 del Nafta no había previsto esta figura y que, si el tribunal la permitía, le otorgaría a los *amicus curiae* derechos no contemplados en el Tratado. Tomando como base este Capítulo antes mencionado, México señaló que debería haber un balance entre las legislaciones de los Estados miembros, y destacó que la legislación de México no contemplada esta figura, por ende, no debería ser insertada en este procedimiento arbitral ni en otros procedimientos.

Por su parte, Canadá, sí apoyaba la aceptación de esta figura y la apertura de este procedimiento bajo el Capítulo 11 del Nafta, teniendo en cuenta, evidentemente, las obligaciones de confidencialidad impuestas en el artículo 25(4) de Uncitral.

Sin embargo, Methanex Corp., mostró una posición contraria desestimando la aceptación del informe *amicus curiae*, argumentando tres aspectos. En primer lugar, esta empresa inversionista se refirió al tema de la confidencialidad. Methanex Corp. se basó en el art. 25(4) de las reglas de Arbitraje de Uncitral para señalar que las audiencias deberían celebrarse a puertas cerradas. Además, indicó que el darles acceso a los documentos del procedimiento, violaría la confidencialidad del mismo.

---

[61] Resolución relativa a la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *Amicus Curiae*. Caso *Methanex Corporation vs. Estados Unidos de América*, párrafo 1, p. 4.

En segundo lugar, esta empresa cuestionó la jurisdicción del tribunal. Methanex Corp. señaló que el tribunal no tenía la facultad de adherir la figura del *amicus curiae* al procedimiento. En opinión de esta empresa, otorgarles este permiso sería equivalente a adherir partes al procedimiento arbitral. Además, argumentó que no existía ningún precedente en Uncitral que haya garantizado el estatus de *amicus curiae* a individuos que no fueran parte en el proceso.

En tercer lugar, también se planteó el tema de la equidad e imparcialidad en el proceso. Methanex Corp. señalaba que no era necesario admitir esta nueva figura, debido a que el demandado podría incluir dicho testimonio como evidencia en el procedimiento. También añadió que tal participación elevaría los costos del proceso, temiendo que esta decisión pudiera ocasionar que, en éste y otros procesos del Nafta, aparezca la figura del *amicus curiae*, originando un perjuicio. Señaló, además, los mismos argumentos que esgrimió México.[62]

Sin embargo, Estados Unidos consideraba que el tribunal tenía la facultad para aceptar la intervención del *amicus curiae* a través del informe escrito, tomando como base las normas de solución de controversias de la OMC; concretamente, la jurisprudencia del Órgano de Apelación en el asunto *Bismuto vs. Reino Unido.* Estados Unidos destacó que no había una regla expresa en Uncitral ni en el acuerdo Nafta, que prohibiera la intervención del *amicus curiae*, considerando, además, la flexibilidad de dichas normas. Asimismo, Estados Unidos indicó que la participación del *amicus curiae*, a través de un informe escrito, debería ser permitida, dado que su objetivo era asistir al tribunal a través de sus conocimientos y su experiencia, teniendo en cuenta que esta información sería relevante y ayudaría a tomar una decisión informada.[63]

Finalmente, el tribunal consideró que tenía el poder de aceptar el informe *amicus curiae*, toda vez que ni en las normas de Uncitral ni en las del Nafta, existía una prohibición expresa que negara esta facultad al tribunal arbitral. El tribunal aclaró que recibir tal presentación escrita, no significaba adherir a otras personas como partes del proceso de arbitraje, dado que las mismas no adquieren ningún derecho, de la misma forma como

---

[62] Resolución sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *Amicus Curiae*. Caso *Methanex Corporation vs. Estados Unidos de América*, p. 8.

[63] *Ibidem*.

también lo había señalado el Órgano de Apelación de la OMC. En consecuencia, la naturaleza del arbitraje se mantendría intacta, sin afectarse los derechos de las partes.

Además de lo antes señalado, el tribunal indicó que la equidad e imparcialidad en el proceso, no se verían afectadas, debido a que correspondía al tribunal analizar la información del informe *amicus* y darle el valor que corresponda. De esta manera, no existiría un riesgo inmediato de trato injusto o desigual para cualquiera de las partes. El tribunal únicamente se pronunció a favor de la recepción de los argumentos escritos por parte de los *amicus curiae*, denegando el pedido de acceso a documentos, debido a que las partes habían acordado previamente la confidencialidad del procedimiento. El tribunal también denegó el pedido de los *amicus curiae* a asistir a las audiencias, considerando que no tenía la autoridad para permitir ese tipo de participación conforme al artículo 25(4) de las normas de procedimiento de Uncitral, el cual requiere el consentimiento de ambas partes para permitir tal presencia en las audiencias.[64]

Respecto a la evolución de la figura del *amicus curiae* en el Nafta cabe mencionar que mientras el caso *Methanex* estaba aún en proceso, el 7 de octubre de 2003 en Montreal, Canadá, se emitió la Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la Participación de partes no contendientes (*Nafta Free-Trade Comission* «FTC»), en el Capítulo 11 del procedimiento Nafta. La Declaración reconoce de manera expresa que los individuos no contendientes en el proceso, en este caso, los *amicus curiae*, podrán solicitar la autorización para presentar un escrito en la medida que se cumplan los siguientes requisitos: a) la comunicación de la parte no contendiente pueda asistir al tribunal en las cuestiones de hecho o de derecho relativas al arbitraje, al ofrecer una perspectiva, un conocimiento o un criterio particular distinto del de las partes contendientes; b) la comunicación de la parte no contendiente aborde cuestiones que están en el ámbito de la disputa; c) la parte no contendiente tenga un interés significativo en el arbitraje; y, d)

[64] Resolución en torno a la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir *como Amicus Curiae*. Caso *Methanex Corporation vs. Estados Unidos de América*, pp. 12-24.

exista un interés público sobre el objeto del arbitraje.[65] Dicha Declaración también establece directrices para la aceptación de tales presentaciones.[66]

Las declaraciones y recomendaciones se dieron por parte del Grupo de Expertos de Inversión (GEI), los cuales además presentaron un formato para las notificaciones de la intención de someter una reclamación a arbitraje. Concretamente esta declaración se produjo con el fin de mejorar la transparencia y eficiencia del proceso de solución de controversias inversionista-Estado del capítulo de inversión.[67]

Por consiguiente, esta declaración emitida por el GEI, es un claro ejemplo de la evolución de la figura del *amicus curiae* en el arbitraje de inversiones, ya que señala claramente que el Nafta no limita la discreción de un tribunal para aceptar comunicaciones escritas, y destacándose, además, que nada en dicha declaración prejuzga los derechos de las partes del Nafta, conforme al artículo 1128 del tratado.[68]

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

---

65 Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la Participación de partes no contendientes, de fecha 7 de octubre de 2003 en Montreal, Canadá por la Comisión de Libre Comercio del Nafta. Consultado el 1 de abril dl 2013. Disponible en: http://www.economia.gob.mx/files/comunidad_negocios/Nondispute_s.pdf.

66 Ishikawa, Tomoko. «*T*hird-Party Participation in Investment Treaty Arbitration». *International and Comparative Law Quarterly*, *ICLQ*. April 2010, vol 59, p. 380. Consultado el 18 de noviembre de 2012. http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391.

67 Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la Participación de partes no contendientes, de fecha 7 de octubre de 2003 en Montreal, Canadá por la Comisión de Libre Comercio del Nafta, consultado el 1 de abril de 2013. http://www.economia.gob.mx/files/comunidad_negocios/Nondispute_s.pdf.

68 *Ibidem*.

B. En el marco de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (Cnudmi o Uncitral)

Los procedimientos arbitrales de inversión, con frecuencia, se basan en el mismo procedimiento que regula el arbitraje comercial, el cual requiere cierta privacidad y derechos de confidencialidad.[69] Si bien es cierto que el Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (Cnudmi, por sus siglas en español o Uncitral, por sus siglas en inglés) fue diseñado para resolver controversias internacionales entre particulares o entidades privadas,[70] dicho reglamento es utilizado con frecuencia en disputas arbitrales de inversión. Este uso se realiza con el objeto de garantizar los derechos de las partes, y otorgar privacidad en las audiencias del procedimiento arbitral, no permitiéndose el acceso a terceros a menos que las partes contendientes consientan que así sea.[71] Asimismo, debe notarse que está restringida la publicación del laudo arbitral sin el consentimiento de las partes.[72]

Debemos tener en cuenta que, a efectos de hacer efectivo los derechos de las partes, existe un deber general de confidencialidad que prohíbe el acceso de terceros a los documentos del procedimiento arbitral si las partes no consienten que así sea.[73]

Evidentemente, el hermetismo que envuelve los arbitrajes inversionistas *vs.* Estados bajo las Reglas de Uncitral es incompatible con otras actividades y enfoques de Naciones Unidas. Es, particularmente, importante que Uncitral, como un organismo de Naciones Unidas, respete y promue-

---

69 Mistelis, *supra note* n.° 25. Citado por Levine, Eugenia. «*Amicus curiae* in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation». En *Berkeley J. Int'l Law*. 200, 2011, n.° 29. Consultado el 15 de septiembre de 2012, p. 204. Disponible en: http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol29/iss1/6.

70 Ishikawa, Tomoko. «Third-Party Participation in Investment Treaty Arbitration». En *International and Comparative Law Quarterly*, *ICLQ*. April 2010, vol. 59, p. 374. Consultado el 18 de noviembre de 2012. Disponible en: http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391.

71 *Uncitral Arbitration Rules*, *supra note* 18, art. 25(4).

72 *Idem*, art. 32(5).

73 Levine, Eugenia. «*Amicus curiae* in International Investment Arbitration: The implications of an increase in Third-Party Participation». En *Berkeley J. Int'l Law*. 200, 2011, n.° 29. Consultado el 15 de septiembre de 2012. Disponible en: http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol29/iss1/6.

va la transparencia y la participación pública a la luz del compromiso de la Carta de las Naciones Unidas en materia de Derechos Humanos y de buen gobierno, en general.[74]

Sin embargo, la apertura del procedimiento de arbitraje de inversiones a una mayor participación pública, empezó con la sumisión del informe *amicus curiae* en el caso *Methanex Corp. vs. Estados Unidos de América*, antes mencionado, el mismo que implicaba una controversia desarrollada en el ámbito del Nafta y donde se procedió conforme a las Reglas de la Uncitral.[75]

Tal disputa se refería a la legalidad de una regulación pública gubernamental, el derecho del Gobierno de California para prohibir las sustancias producidas por un inversionista canadiense en función de los potenciales riesgos para la salud de las poblaciones locales.[76]

Debido al carácter público de esta controversia, varias ONGs canadienses, incluyendo el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, solicitaron al tribunal arbitral permiso para presentar un escrito en calidad de *amicus curiae* sobre importantes cuestiones jurídicas de trascendencia pública. Además, se solicitó el acceso a los documentos en la disputa y el acceso a las audiencias en calidad de observador.[77] El tribunal Methanex consideró relevantes las disposiciones del Nafta y de las reglas de arbitraje de Uncitral, y finalmente decidió que tenía la autoridad implícita procedimental para permitir o prohibir el acceso del *amicus curiae*.[78] Asimismo, teniendo en cuenta las limitaciones del procedimiento, el tribunal sostuvo que tomaría una decisión final recibiera o no tales argumentos.

El tribunal se basó en el artículo 15(1) de las Reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, el cual dispone que:

---

74 *Center for International Environmental Law, revising the Uncitral Arbitration Rules to address State Arbitrations*. Febrero del 2007, p. 4. Consultado el 23 de noviembre de 2012. Disponible en: http://www.iisd.org/pdf/2007/investment_revising_uncitral_arbitration.pdf.

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

76 Resolución sobre la decisión del tribunal sobre la petición de terceras personas para intervenir como *amicus curiae*. Caso *Methanex Corporation vs. Estados Unidos de América*, párrafo 30.

77 *Ibidem*.

78 *Ibidem*.

> 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.

Sobre esta base se admitió la intervención de varias ONGs en calidad de *amicus curiae*, al estimarse que el conflicto presentaba una dimensión pública que excedía los intereses particulares de las partes implicadas. En este caso y en otros posteriores como *United Parcel Service of Am., Inc. (UPS) vs. Canadá,* el tribunal adoptó el mismo enfoque que el tribunal Methanex, haciendo referencia al artículo 15(1) de las Reglas de Arbitraje de Uncitral antes señalado, en el sentido de que el aceptar la participación de los *amicus curiae*, era una potestad del tribunal antes que un derecho de los *amicus curiae*.

Asimismo, en el asunto *Glamis Gold, Ltd. vs. The United States of America,* la solicitud *amicus curiae* fue aceptada por el tribunal y calificada como apropiada, conforme a los principios establecidos en la Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la participación de partes no contendientes en el Nafta, debido a que la misma otorgaba la facultad a los tribunales para aceptar los informes *amicus curiae*. Dicha facultad no fue cuestionada en los subsiguientes procedimientos.[79]

Conforme a lo revisado en la práctica arbitral, los árbitros al amparo del Reglamento de Uncitral han admitido estas intervenciones, acudiendo al artículo 15 antes citado. La petición de intervención como parte no contendiente se incorpora dentro de una reclamación más amplia, como es la de la transparencia durante todo el proceso del arbitraje de inversión frente al arbitraje comercial entre sujetos privados.

Se indica que en este tipo de controversias híbridas (Estado-inversor) la confidencialidad ha de ceder en pro de la defensa de los intereses colectivos relevantes, tales como la salud, el medio ambiente, el desarrollo soste-

---

[79] Ishikawa, Tomoko. «*Third-Party Participation in Investment Treaty Arbitration*». *En International and Comparative Law Quarterly*, *ICLQ.* April 2010, vol. 59, p. 381. Consultado el 18 de noviembre de 2012. http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391.

nible, etc.[80] De esto se desprende que los *amicus curiae* también invoquen el artículo 25.4 del Reglamento de Uncitral para poder comparecer a las audiencias públicas arbitrales si las partes así lo permiten.[81]

[80] Fach Gómez, Katia. *Amicus curiae*. Profesora titular de derecho internacional privado en la Universidad de Zaragoza y miembro de los proyectos de investigación DER 2009-11 702 (Sub JURI) (2010) y e-Procifis (Ref. S14/3), p. 2. Consultada el 3 de diciembre de 2012. http://ssrn.com/abstract=1686923.

[81] Reglamento de Uncitral.
Artículo 25.4.- Las audiencias se celebrarán a puerta cerrada, a menos que las partes acuerden lo contrario, razón por la cual el tribunal no permitirá el acceso a las audiencias orales ni a documentos confidenciales del procedimiento, a menos que exista la autorización expresa por las partes.

Capítulo II
Evolución normativa del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi) referente al rol que desempeñan los amicus curiae en su procedimiento arbitral

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

El Ciadi fue creado mediante el *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados* (Convenio de Washington), suscrito el 18 de marzo de 1965, en Washington, con el objetivo de facilitar la solución de controversias de naturaleza jurídica suscitadas en materia de inversiones internacionales. Con el fin de alcanzar este objetivo, el Convenio diseñó un sistema institucional e internacional de solución de conflictos mediante los mecanismos de la conciliación y el arbitraje, administrado por un consejo administrativo y por un secretario.[82]

La jurisdicción del Ciadi está limitada a la solución de controversias entre inversionistas particulares y Estados; estando excluida la posibilidad de conocer controversias cuyas partes sean sólo particulares, o controversias cuyas partes sean solamente Estados. En ese contexto, es posible someter una controversia al Centro, siempre que el Estado receptor de la inversión y el Estado de donde el inversionista es nacional hayan ratificado el Con-

---

[82] Medina-Casas, Héctor Mauricio. «Las partes en el arbitraje Ciadi». En *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2009, n.° 15. ISSN: 1692-8156, p. 218. Consultado el 15 de mayo de 2012. http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/08LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf.

venio[83] y siempre que las partes hayan consentido a ese sometimiento.[84] Además, se requiere que el conflicto sea una disputa jurídica que deberá surgir directamente como resultado de una inversión.[85]

De esta manera, la intervención ante el Ciadi está limitada a sujetos calificados; sin embargo, es posible que en el procedimiento arbitral intervengan sujetos que no cumplen las condiciones antes referidas, pero que tienen un interés significativo en el procedimiento, lo cual hace que se justifique su participación. Se trata de terceros que actúan a título de *amicus curiae* o *amigos de la corte*, los cuales gozan de ciertas facultades dentro del procedimiento arbitral.[86]

Claro que estas regulaciones y medidas gubernamentales cuestionadas por los inversores, deberán estar basadas en políticas públicas; por lo tanto, las cuestiones planteadas en dichas disputas se referirán no sólo a las partes en la controversia, sino a las cuestiones de interés público que pudieran estar en juego.[87]

---

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

84 MEDINA-CASAS, Héctor Mauricio. «Las partes en el arbitraje Ciadi». 15 *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2009. ISSN:1692-8156, p. 218. Consultado el 15 de mayo de 2012. http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/08LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf.

85 ISHIKAWA, Tomoko. *«Third-Party Participation in Investment Treaty Arbitration». En International and Comparative Law Quarterly*, *ICLQ*. April 2010, vol. 59, p. 374. Consultado el 18 de noviembre de 2012. Disponible en: http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391.

86 Sobre la intervención de *amicus curiae* en otras jurisdicciones: MEDINA-CASAS, Héctor Mauricio. «Las partes en el arbitraje Ciadi». En 15 *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2009. ISSN:1692-8156, p. 218. Consultado el 15 de mayo de 2012, disponible en http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/08-LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf.
Cita a ASCENCIO, Hervé. «L'amicus curiae devant les jurisdictions internationales». En *Revue Générale de Droit International Public, RGDIP*, 2001, n.° 105, 4, pp. 897-929. STERN, Brigitte. «L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC». En *Revue Générale de Droit International Public, RGDIP*, 2003, n.° 107, pp. 2, 257-303.

87 ISHIKAWA, Tomoko. *«Third-Party Participation in Investment Treaty Arbitration». En International and Comparative Law Quarterly*, *ICLQ*. April 2010, vol. 59, p. 377. Consultado el 18 de noviembre de 2012. http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391.

Por regla general, los inversionistas se oponen a la intervención del *amicus curiae,* pues consideran que los mismos les generan un perjuicio debido a que los obligan a litigar no sólo contra el Estado contraparte, sino también contra otros sujetos que no son parte del acuerdo de arbitraje.[88] Sin embargo, en varios asuntos Ciadi se ha permitido la participación de los mismos por razones de transparencia y por tratarse de materias que involucran el interés público.[89]

Con la finalidad de realizar un correcto análisis, es necesario revisar los pedidos de presentaciones *amicus curiae* formulados a los tribunales arbitrales del Ciadi, a fin de observar la evolución de dicha figura dentro de este convenio.

Cabe destacar que los casos que se procederá a analizar, tienen como característica común la privatización de empresas que brindan servicios de agua potable y alcantarillado, y los subsecuentes reclamos por parte de los inversionistas a los cuales se les ha expropiado tal propiedad o, en algunos casos, se les ha dado un trato injusto a la luz de los tratados firmados.[90]

Seguidamente, analizaremos la evolución de la figura del *amicus curiae* a partir del primer caso en el cual se buscó introducirla, en el 2002. Este caso involucró un tema controvertido y de mala reputación,[91] rechazando el tribunal de arbitraje de inversiones del Ciadi, la propuesta de terceras partes de participar como *amicus curiae*.[92] Esta situación se presentó en el caso *Aguas del Tunari SA vs. la República de Bolivia*, conocido como el caso

---

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

89 Stern, Brigitte. «L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et Investisseur». *Revue de l'Arbitrage*, 2002, n.° 2, pp. 329-345. Citada por Medina-Casas, Héctor Mauricio. «Las partes en el arbitraje Ciadi». 15 *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2009. ISSN:1692-8156, p. 231. Consultado el 15 de mayo de 2012. http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/08-LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf.

90 Harrison James. «Human rights arguments in *Amicus Curiae Submission*: Promoting social justice?». En Dupuy, P.M., F. Francioni y Eu Petersmann. Nueva York: Oxford University Press, 2009, p. 403.

91 *Ibidem*.

92 *Secretive World Bank Tribunal Bans Public and Media Participation in Bechtel Lawsuit over Access to Water,* CIEL.ORG, http://www.cieI.org/Ifi/Bechtel Lawsuit_12FebO3.html. Citado por Levine, Eugenia. *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation. 29 Berkeley J. Int'l Law*. 200, 2011. Consultado el 15 de septiembre de 2012, p. 208. Disponible en: http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol29/iss1/6.

Bechtel,[93] el cual se dilucidó de conformidad con las disposiciones del BIT Países Bajos-Bolivia.

En suma, el tribunal negó a ciudadanos y grupos ambientalistas, el pedido de participar como partes del procedimiento, asistir a las audiencias, acceder a los documentos del caso y presentar un informe como *amicus curiae*.[94]

A diferencia de los casos ya estudiados y los que se estudiarán más adelante, sólo en este caso no se reconoció la facultad que tiene el tribunal arbitral de aceptar presentaciones escritas *amicus curiae*. Los árbitros en ese momento consideraron que no existía la necesidad de llamar a testigos o buscar en forma complementaria presentaciones *amicus curiae* en la etapa jurisdiccional en la que se encontraban.[95]

Asimismo, el tribunal, para adoptar esta decisión, se basó en la naturaleza consensual del arbitraje, señalando que la aceptación de estos pedidos iba más allá de las facultades del tribunal. Como resultado de esta decisión, se ejerció una presión social sobre *Bechtel* por parte de una serie de organizaciones de la sociedad civil, protestando por la injusticia de su acción. Esto presionó a la empresa para que, finalmente, las actuaciones en este caso, se interrumpieran en marzo del 2006, al llegarse a un acuerdo,[96] a cambio de un pago nominal de dos pesos bolivianos.[97]

---

93 *Aguas del Tunari SA vs. The Republic of Bolivia. Icsid Case* n.° ARB/03/02 (Oct. 21, 2005). En abril del 2000, la compañía, como resultado de protestas masivas en contra del aumento de los precios de más del 50%, abandonó la concesión para luego presentar una demanda en contra de Bolivia en el Ciadi, al no ser aceptados como *amicus curiae*, la presión de la sociedad continuó hasta que el 19 de enero de 2006, los inversionistas principales de Aguas del Tunari, Bechtel y Abengoa, decidieron abandonar el caso en el Ciadi a cambio de un pago nominal.

94 Ishikawa, Tomoko. «*Third-Party Participation in Investment Treaty Arbitration*». *En International and Comparative Law Quarterly*, *ICLQ*. April 2010, vol 59, p. 382. Consultado el 18 de noviembre de 2012. http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391.

95 *Ibidem*.

96 Harrison, James y Pierre-Marie Dupuy. «*Human rights arguments in Amicus Curiae Submissions*: Promoting social justice». En *Human Rights in International Investment Law Arbitration*. Francioni, Francesco y Ernst-Ulrich Petersmann (eds.). Nueva York: Oxford University Press, 2009, p. 419.

97 *Opinio Juris*, Bechtel abandons its ICSID claim against Bolivia, 10 February 2006. Consultado el 4 de abril de 2013. Disponible en: http://lawofnations.blogspot.com/2006/02/bechtel-abandons-its-icsid-claim.html.

Es necesario mencionar que, dentro de las normas que regulaban el Ciadi, cuando se presentó este caso, no existía ninguna disposición que permitiera o regulara la intervención del *amicus curiae*. Posteriormente, se presentaron otros casos donde, igualmente, las normas del Ciadi no habían tenido modificación alguna. Sin embargo, en estos casos sí se aceptó el tener esta facultad, a diferencia de la decisión *Bechtel*, la cual ha sido sometida a considerables críticas y sugerencias, ya que se señala que el enfoque adoptado por el tribunal, podría privar al público de las expectativas razonables.[98]

En la evolución de las normas del Ciadi, se identifican dos momentos diferenciados. En primer lugar, observamos el caso *Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*, en el cual se estudió por primera vez la intervención de un *amicus curiae* dentro de un procedimiento del Ciadi. En este caso, cinco organizaciones no gubernamentales solicitaron se autorizara su participación dentro del proceso, argumentando que la diferencia involucraba cuestiones de interés público y que la decisión podía afectar los derechos fundamentales de las personas residentes en la zona donde tendría efectos el laudo.[99]

Sobre el particular, los árbitros advirtieron que, si bien no era un asunto regulado en las disposiciones del Ciadi, se trataba de una cuestión de procedimiento sobre la cual tenían plena competencia en virtud del artículo 44 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, el cual indica que:

> 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

---

98 Mistelis, *supra note* 25, at 185, citado por Levine, Eugenia. «*Amicus curiae* in International Investment Arbitration: The Implications of an increase in Third-Party Participation». En *Berkeley J. Int'l Law*. 200, 2011. Consultado el 15 de septiembre de 2012, p. 208. Disponible en: http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol29/iss1/6.

99 Medina-Casas, Héctor Mauricio. «Las partes en el arbitraje Ciadi». En 15 *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2009, pp. 215-242. ISSN:1692-8156, p. 232. Consultado el 15 de mayo de 2012. Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/08-LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf.

> prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal.

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

(i) Que se trate de escritos pertinentes al caso bajo estudio.
(i) Que sean presentados por personas con conocimientos especializados, con experiencia e independientes.
(iii) Que se presenten bajo un procedimiento apropiado definido por el tribunal, tendiente a proteger los derechos sustantivos y procesales de las partes contendientes.[100]

Asimismo, estos criterios descritos fueron posteriormente confirmados en el Caso Ciadi n.° ARB/03/17, *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. vs. República Argentina*.

Se sostuvo en este caso que dichos requisitos deberían ser cumplidos para que el tribunal permita la intervención del *amicus curiae*, considerándose como un filtro, a fin de que los tribunales arbitrales decidan permitir o no las intervenciones *amicus curiae*.

En este análisis, indudablemente, se hizo énfasis en rasgos importantes, como la pertinencia de los informes, ya que existe la posibilidad de que éstos puedan contener información altamente politizada que no brinde un aporte necesario al proceso, sino por el contrario, lo entorpezca o cause demoras y gastos innecesarios.

Frecuentemente, estas alegaciones han sido planteadas por parte de los inversionistas. No obstante, gracias a los requisitos antes descritos, el tribunal tiene la oportunidad de desestimar cualquier informe que no contenga estas precisiones. La experiencia y la pericia de los miembros del tribunal constituyen una garantía para asegurar que las preocupaciones de los inversionistas, respecto al entorpecimiento del procedimiento arbitral, pue-

[100] Posteriormente, dentro de este proceso arbitral se autorizó la presentación de escritos *amici curiae*. *Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina.* Caso Ciadi n.° ARB/03/19. Decisión 12 de febrero de 2007.

dan ser desestimadas, ya que como se señala, será necesaria la pertinencia, la información técnica y especializada. Esto conllevará a que se protejan, efectivamente, los derechos sustantivos y procesales de las partes.

Como consecuencia, el 10 de abril de 2006, el Ciadi implementó cambios significativos respecto a sus reglas de arbitraje. Estos cambios incluían enmiendas en los procesos preliminares en observancia de las medidas provisionales, además del examen por vía expeditiva de las solicitudes de desestimación de presentación de denuncias injustificadas. También se incorporaba cambios con respecto al acceso de terceras partes al procedimiento, permitiéndose la participación de los mismos por razones de transparencia y por tratarse de asuntos que involucran el interés público.[101]

A partir de la entrada en vigencia de las nuevas reglas de arbitraje del Ciadi, la situación cambió. En efecto, estas reglas regularon la intervención de partes no contendientes.

En este sentido, la Regla 37(2) aborda el tema de las presentaciones de partes no contendientes de la siguiente forma:

> Después de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia (en esta regla «parte no contendiente») que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia. Al determinar si permite dicha presentación, el Tribunal deberá considerar, entre otras cosas, en qué medida:
> (a) La presentación de la parte no contendiente ayudaría al Tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particular distinta a aquéllas 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,

[101] Sobre la intervención de un *amicus curiae*. Stern, Brigitte. «L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre État et Investisseur». En *Revue de l'Arbitrage*, 2002, n.° 2, pp. 329-345.

o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente.

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

En ese sentido, dicho objeto deberá guardar armonía con el objeto del procedimiento arbitral.

Por su parte, el interés significativo de esta figura, deberá ser legítimo, a fin de justificar su intervención como entidades idóneas e independientes. Asimismo, estas reglas introdujeron cambios que facilitan la labor de los árbitros en la aceptación de escritos *amicus curiae* y que brindan mayor seguridad al sistema, asegurando que los temores por parte de los inversionistas, respecto al perjuicio que podría ocasionar la participación del *amicus curiae*, tanto a ellos como al procedimiento arbitral, se vean disipados. Se ha buscado garantizar que no exista perturbación del procedimiento y que la carga en las partes no sea indebida o las perjudique injustamente. Se han establecido para ello la obligación para los árbitros de asegurar que la intervención de los *amicus curiae* no interfiera negativamente en el proceso arbitral y no afecte el derecho de defensa y contradicción de las partes contendientes.[102]

Además, es importante indicar que la Regla 37.2 no crea ni un derecho ni un estatus en favor de los *amicus curiae*,[103] que los autorice a participar en los procedimientos arbitrales del Ciadi, toda vez que su participación está supeditada a la decisión autónoma de cada tribunal arbitral. A fin de ilustrar estas ideas, Medina-Casas señala «que otorgarles mayores facultades a los *amicus curiae*, alteraría la igualdad procesal entre las partes

---

[102] Medina-Casas, Héctor Mauricio. «Las partes en el arbitraje Ciadi». 15 *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2009, pp. 215-242. ISSN:1692-8156, p. 233. Consultado el 28 de mayo de 2012. Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/08-LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf.

[103] Sobre este punto, en *Biwater Gauff Ltd. vs. la República de Tanzania*. Caso Ciadi n.° ARB/05/22. Decisión (2 de febrero de 2007), se manifestó: «It might be noted at the outset that the Icsid Rules do not, in terms, provide for an *amicus curiae* "status", in so far as this might be taken to denote a standing in the overall arbitration akin to that of a party, with the full range of procedural privileges that might entail».

contendientes y excedería el consentimiento que éstas manifestaron cuando decidieron someter sus controversias al Ciadi».

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

Otro ejemplo de la evolución que viene desarrollándose dentro del Ciadi, lo encontramos en el caso Ciadi n.° ARB/07/22, *AES Summit Generation Ltd. y AES Tisza Eromu KFT vs. Hungría*, en noviembre del 2008, en el cual se autorizó la participación de la Comisión Europea a título de *amicus curiae.* Se trata de un asunto sin precedentes en el arbitraje Ciadi, en la medida en que, por regla general, los *amici curiae* que solicitan intervenir, son ONGs.[104] Esta situación presentada nos lleva a pensar que la figura del *amicus curiae* seguirá evolucionado de la misma forma que seguirá evolucionando el arbitraje de inversiones.

Una vez descrita cómo se ha producido la participación de los *amicus curiae* en los procedimientos del Ciadi, es importante abordar sus facultades.[105]

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

Con relación al acceso a las audiencias y presentación de argumentos en las mismas por parte de un *amicus curiae*, según las reglas de arbitraje Ciadi, se requiere la aprobación de las partes contendientes. La necesidad de esta aprobación ha sido reconocida en los distintos casos en los que se ha solicitado esta participación.[106]

---

[104] Medina-Casas, Héctor Mauricio. «Las partes en el arbitraje Ciadi». *15 International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2009, pp. 215-242. ISSN: 1692-8156, p. 234. Consultado el 15 de mayo de 2012. Disponible en: http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/08-LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf.

[105] *Ibidem*.

[106] *Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.° ARB/03/19. *Biwater Gauff Ltd. vs. República de Tanzania*. Caso Ciadi n.° ARB/05/22.

Al respecto, la Regla 32.2 de las Reglas de Arbitraje del Ciadi, dispone lo siguiente sobre las actuaciones orales:

> Salvo objeción de alguna de las partes, el tribunal, tras consultar con el Secretario General, podrá permitir, sujeto a los arreglos logísticos pertinentes, que otras personas, además de las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, testigos y peritos durante su testimonio, y funcionarios del tribunal, asistan a la totalidad o parte de las audiencias, o las observen. En dichos casos el tribunal deberá establecer procedimientos para la protección de información privilegiada o protegida.

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

En los casos en los cuales los *amicus curiae* han solicitado el acceso a los documentos del procedimiento arbitral, la respuesta ha sido negativa, enfatizándose que esta decisión, igualmente, se encuentra en el dominio de las partes. También se ha afirmado que las reglas del Ciadi no consagran este derecho a favor de los *amicus curiae,* dado que su papel no es el de indicar a los árbitros cómo apreciar las distintas pruebas que obran en el expediente ni debatirlas. El tribunal ha enfatizado que su intervención se justifica en la medida en que previamente conozcan el asunto en discusión y aporten nuevas perspectivas a los árbitros.

En el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República de Argentina*,[107] se sostuvo que «en revisión a las Reglas de Arbitraje del Ciadi, en las que se introdujo la Regla 37.2, no contempló el acceso de un *amicus curiae* al expediente como proposición general, pues un *amicus curiae* debería contar con información suficiente sobre la materia de la disputa para poder proveer de perspectivas, argumentos o conocimientos especializados que sean pertinentes al caso, y que, por tanto, sirvan de ayuda al Tribunal. De otra manera, de nada serviría el ejercicio de esta figura».

---

[107] *Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina.* Caso Ciadi n.º ARB/03/19. Decisión (19 de mayo de 2005).

Estas dos solicitudes por parte de los *amicus curiae* han sido denegadas por parte del tribunal hasta el momento, debido al principio de confidencialidad que trae inmerso el arbitraje de inversiones. En consecuencia, queda fuera de las atribuciones del tribunal y corresponde a las partes la aceptación de la presencia de los *amicus curiae* en las audiencias, y aceptar la solicitud de acceso a los documentos. Esto refleja una clara protección a los derechos de las partes. Por consiguiente, la protección a los derechos de los inversionistas por parte del Reglamento del Ciadi, que harán efectivo los tribunales arbitrales, se evidencia a través de estos límites impuestos a la participación del *amicus curiae* y constituyen la garantía de que no habrá una perturbación del procedimiento y que la carga del inversionista no será indebida o que los mismos se verán injustamente perjudicados.

Por último, cabe mencionar que los árbitros tendrán la libertad para aceptar la presentación del informe escrito emitido por los *amicus curiae*. En ese sentido, se ha permitido la presentación de argumentos escritos, siempre que se haga en forma conjunta y en un solo documento, si son varios los interesados en participar; este documento no contendrá anexos, y se deberá realizar siguiendo parámetros estrictos en relación con la extensión, presentación, formato e idioma del documento.[108] En tal sentido, el rol del informe emitido por los *amicus curiae* consistirá en ofrecer a la autoridad decisoria argumentos, perspectivas y conocimientos especializados que las partes litigantes, tal vez no presenten con el propósito de ayudarla a tomar una decisión.[109]

Del mismo modo, en el ámbito de la transparencia también se han producido cambios. Sobre el particular, la Regla 48 del Ciadi señala que el Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes. No obstante, con la modificación se facultó a que cualquiera de las partes permita

---

[108] Medina-Casas señala que los tribunales Ciadi han limitado la extensión de los escritos *Amicus* a 30 y 50 páginas. Con ocasión del caso *AES Summit Generation Ltd. y AES Tisza Eromu KFT vs. Hungría*, Ciadi n.° ARB/07/22, se han presentado críticas a esta limitación, en la medida en que se ha considerado que la intervención de la Comisión Europea no era la de un simple *amicus*, sino la de un sujeto con un interés especial en el procedimiento que requería seguramente más de esa extensión para fijar los puntos que deseaba proteger, pero que no tenía forma distinta para intervenir. Triantafilou, Epaminontas. *A more expansive role for amicus curiae in investment arbitration?* (11 de mayo de 2009). www.kluwerarbitrationblog.com.

[109] *Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.° ARB/03/19. Decisión (19 de mayo de 2005).

la publicación unilateral del laudo arbitral, sin la necesidad de consentimiento de la otra parte. Incluso, de no existir tal consentimiento, el Centro deberá incluir en sus publicaciones, extractos del razonamiento jurídico del tribunal prontamente. En la actualidad, estos laudos se encuentran disponibles en la página del Ciadi para la revisión del público.[110]

Haciendo un recuento de lo ya señalado, con la finalidad de ilustrar los puntos más importantes en nuestro análisis, es necesario tener en claro a partir de la modificación del Reglamento del Ciadi, que:

En primer lugar, el tribunal tiene la facultad de aceptar la sumisión del *amicus curiae*, incluso en contra de la voluntad de las partes del conflicto en la disputa arbitral. De esta forma, se permite la participación del *amicus curiae* a través del informe escrito, sin importar la oposición de inversor, lo cual implica no otorgar el poder de veto a cualquiera de las partes.[111] Los tribunales han reconocido el carácter público de estas controversias, lo cual los ha llevado a aceptar las presentaciones *amicus curiae*, teniendo como base la importancia de los intereses globales, como los derechos humanos, derechos medioambientales, así como la búsqueda del desarrollo sostenible. Estos intereses han originado que centros de arbitraje como el Ciadi, hayan modificado su normativa, entendiendo la importancia de la participación de esta figura y del rol de brindar información de la misma. Dicha información generará una toma de decisión informada que podría beneficiar a un país en desarrollo.

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

---

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

[111] Parra, Antonio. «Transparency and Amicus Curiae in Icsid Arbitration». En *Sustainable development in world investment*. Cordonier Segger, Marie-Claire, Markus W. Gehring y Andrew Newcombe (eds.). La Haya: Kluwer Law International, 2011, p. 198.

En tercer lugar, la función de un *amicus curiae* es ofrecer a la autoridad decisoria, los argumentos, las perspectivas y los conocimientos especializados que las partes litigantes, tal vez, no presenten, debido a que carecen de recursos humanos y económicos suficientes para ayudar a elaborar su defensa con información técnica especializada. Además, se tiene el propósito de ayudar al tribunal arbitral a tomar una decisión informada.[112]

[112] *Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.° ARB/03/19. D. Decisión (19 de mayo de 2005).

Capítulo III
La importancia de los amicus curiae en los pronunciamientos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi)

La naturaleza *sui generis* del arbitraje de inversiones ha recibido considerable atención en los últimos años describiéndolo como un híbrido, debido a que mientras la jurisdicción de los tribunales y los estándares de protección están basados en tratados de inversión entre Estados, el arbitraje de inversiones incorpora varias reglas procedimentales del arbitraje comercial internacional.[113] Estas reglas se hacen evidentes cuando examinamos los dos principales arbitrajes de inversiones, es decir, el Capítulo 11 del Nafta y el arbitraje Ciadi.

Estos elementos han sido analizados en relación a la introducción de la figura del *amicus curiae*, señalándose su evolución y el rol benéfico para los países en desarrollo que esta figura pueda brindar.

Además, se considera pertinente en este contexto analizar la jurisprudencia referida a las presentaciones *amicus curiae* en el área de solución de controversias de la OMC. Esto obedece a que en esta área no sólo se cuenta con una larga historia de recepción de estas presentaciones *amicus curiae,* a comparación de los arbitrajes de inversiones, sino también porque el derecho comercial internacional y el derecho de inversiones,[114] comparten la misma preocupación respecto a la relación que existe entre los intereses económicos y los públicos (como la protección del medio ambiente). En ambos casos, se insiste en la necesidad del uso efectivo de la presentación *amicus curiae*.

---

[113] Ishikawa, Tomoko. «Third-Party Participation in Investment Treaty Arbitration». *International and Comparative Law Quarterly*, *ICLQ*. April 2010, vol. 59, p. 373. Consultado el 18 de noviembre del 2012. http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391.

[114] *Idem*, p. 378.

1. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. Caso Ciadi n.° ARB/03/19

El 17 de abril de 2003, el Ciadi recibió una solicitud de arbitraje en contra de la República de Argentina por parte de *Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Vivendi Universal S.A. y AWG Group Ltd*.

Esta solicitud estaba referida a la expropiación de la inversión de las demandantes en una concesión para el suministro de agua potable y desagües cloacales en la ciudad de Buenos Aires y algunos municipios circundantes, la cual se realizó a través de una serie de supuestos actos y omisiones por parte de Argentina.[115]

En respuesta a la crisis económica y financiera que la República Argentina sufrió en 1999 con profundas repercusiones en el país, su población y sus inversores tanto extranjeros como nacionales, el gobierno adoptó distintas medidas para hacer frente a sus efectos en los años siguientes. De esta forma, en el 2002, Argentina promulgó la Ley n.° 15 que abolía la junta monetaria que había establecido la paridad entre el peso argentino y el dólar de los Estados Unidos de América, dando lugar a una significativa depreciación del peso argentino.

Los demandantes, considerando que estas medidas dañaban sus inversiones y representaban una infracción de los compromisos contraídos al obtener la concesión, trataron de conseguir del gobierno de Argentina, ajustes en las tarifas que AASA podía cobrar por los servicios de suministro de agua potable y desagües cloacales, así como modificaciones en otras condiciones de operación. Luego de un período de negociaciones infructuosas, en abril del 2003, las demandantes sometieron la diferencia con la República Argentina a arbitraje, en el marco del Convenio del Ciadi.[116]

En esas mismas fechas, el Centro recibió otras dos solicitudes de arbitraje en el marco del Convenio del Ciadi, relativas a concesiones de agua de Argentina, presentadas por:

---

115 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.° ARB/03/19, párrafo 1, decisión sobre la jurisdicción. Consultado el 15 de noviembre de 2012. https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC518_Sp&caseId=C19.

116 *Idem*, párrafo 24.

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

Como se explica más adelante, estas solicitudes serían registradas posteriormente por el Centro y presentadas mediante acuerdo entre las partes al mismo tribunal.[117]

A. Solicitud de transparencia y participación en calidad de amicus curiae*[118] y resolución en respuesta a la solicitud de cinco organizaciones no gubernamentales para realizar la presentación en calidad de* amicus curiae

El 28 de enero de 2005, cinco organizaciones no gubernamentales, entre las cuales figuran la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Centro para el Derecho Internacional Ambiental (CIEL), Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria, y la Unión de Usuarios y Consumidores, presentaron ante el Ciadi una «Solicitud de autorización para presentar un informe en calidad de *amicus curiae*».[119] Estas ONGs argumentaron que el proceso involucraba cuestiones de interés público básico y derechos fundamentales de los residentes de la zona afectada en este caso.

---

[117] *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.° ARB/03/19, pie de nota 1, decisión sobre la jurisdicción. Consultado el 15 de noviembre de 2012. https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC518_Sp&caseId=C19.

[118] Solicitud de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*, en el Caso n.° ARB/03/19 ante el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones entre *Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. y la República Argentina*. Consultado el 15 de noviembre de 2002. http://ciel.org/Publications/SuezAmicus_27Jan05_Spanish.pdf.

[119] *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.° ARB/03/19, párrafo 14, decisión sobre la jurisdicción. Consultado el 15 de noviembre de 2012. https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC518_Sp&caseId=C19.

Concretamente, los peticionarios solicitaron al tribunal lo siguiente:

a. Conceder a los peticionarios el acceso a las audiencias que se celebraran en este caso, lo cual fue denegado por el tribunal.
b. Conceder a los peticionarios las oportunidades suficientes para exponer argumentos legales en forma de *amicus curiae*. Si bien es cierto, el tribunal consideró tal posibilidad, esto no se realizó.
c. Conceder a los peticionarios acceso oportuno, suficiente e irrestricto a los documentos del proceso. En este caso, se postergó la decisión hasta que el tribunal autorizase a una parte no contendiente a presentar un escrito *amicus curiae*.

Luego de haber recibido las observaciones de los demandantes y de la demandada sobre dicha solicitud, el tribunal emitió una resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*, en la que se concluyó que, de conformidad con el artículo 44 del Convenio del Ciadi, el tribunal tenía la facultad de otorgar a sujetos idóneos que no sean parte del procedimiento, la oportunidad de efectuar presentaciones en calidad de *amicus curiae* en casos apropiados. Asimismo, el tribunal concedió a los peticionarios una oportunidad para solicitar autorización para efectuar una presentación en calidad de *amicus curiae*, sujeto a ciertas condiciones.

Además de ejercer su poder para autorizar presentaciones en calidad de *amicus curiae*, el tribunal estableció que debía tomar en consideración tres criterios básicos:

En primer lugar, el tribunal consideró la pertinencia del objeto del caso. En cuanto a juzgar la idoneidad de los peticionarios, el tribunal indicó en su resolución del 19 de mayo de 2005, tres factores de importancia a tener en cuenta:

- Posesión de conocimientos especializados;
- Experiencia; e
- Independencia.

A fin de poder evaluar estos factores, el tribunal requirió que la solicitud de autorización para presentar escritos en calidad de *amicus curiae*,

contenga información sobre el peticionario, su interés en el caso, cualquier apoyo recibido de alguna de las partes u otra persona relacionada con el caso y las razones por las cuales el tribunal debería aceptar la petición.[120] Respecto al primer criterio, es importante resaltar que, gracias al mismo, se cuenta con suficientes filtros para que el informe emitido por los *amicus curiae*, cuente con información estrictamente relacionada al objeto del caso, sin que de ninguna manera pueda ocasionarse algún problema en el procedimiento arbitral, sino únicamente enriquecerse el análisis del caso, a fin de que se emita una decisión informada.

En segundo lugar, se tomará en cuenta la aptitud de cada persona que no sea parte del caso para desempeñarse en calidad de *amicus curiae* en el mismo. Consideramos que este criterio está basado en la experiencia del tribunal arbitral, la misma que fue tomada en cuenta al momento de someter esta controversia ante personas sumamente preparadas y eficientes, las cuales cumplirán los requisitos necesarios para conformar un tribunal de esta magnitud. Este tribunal a partir de su experiencia analizará la aptitud de los *amicus curiae* para desempeñar esta figura dentro del procedimiento arbitral, con la finalidad de salvaguardar los derechos de las partes.

En tercer lugar, se deberá analizar con sumo cuidado el procedimiento utilizado para efectuar y analizar la presentación *amicus*.[121] Aunque no exista un formato para evaluar la información remitida a los tribunales, esta evaluación se dará de forma independiente por cada tribunal arbitral. Sobre el particular, cabe destacar la flexibilidad del DIE; y, en consecuencia, esta rama, al ser parte del mismo, contará con esta misma característica.

Asimismo, en el presente caso, el tribunal concluyó que estaban involucradas materias de interés público de naturaleza similar a las que tradicionalmente han dado lugar a que algunas cortes y otros tribunales, reciban presentaciones *amicus* realizadas por personas idóneas que no son

---

[120] Resolución en Respuesta a la Petición de Transparencia y Participación en Calidad de *Amicus Curiae*. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.° ARB/03/19, párrafo 24, p. 358. Consultado el 18 de noviembre de 2012. Disponible en https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC512_Sp&caseId=C18.

[121] *Idem*, párrafo 17, p. 356.

partes.[122] El tribunal, a fin de reafirmar su conclusión, señaló en el párrafo 19 de la resolución, lo siguiente:

> Tras examinar las materias planteadas en el presente caso, el Tribunal concluye que el mismo involucra potencialmente cuestiones de interés público. En este caso, se analizará la legalidad en el marco del derecho internacional, y no del derecho privado interno, de varias acciones y medidas adoptadas por gobiernos. También está en juego la responsabilidad internacional de un Estado —la República Argentina—, en contraposición a la responsabilidad de una empresa, que emana del derecho privado. Si bien es verdad que estos factores son ciertamente cuestiones de interés público, también es cierto que están presentes en virtualmente todos los casos de arbitraje iniciados en el marco de tratados de inversiones en el ámbito de la jurisdicción del Ciadi. El factor por el cual este caso reviste especial interés público, consiste en que la diferencia relativa a inversiones gira en torno a los sistemas de distribución de agua y alcantarillado de una extensa zona metropolitana: la ciudad de Buenos Aires y los municipios que la rodean. Esos sistemas proporcionan servicios públicos básicos a millones de personas y, en consecuencia, podrían plantear una amplia gama de cuestiones complejas en materia de derecho público e internacional, incluidas consideraciones relativas a derechos humanos. Toda decisión emitida en este caso, sea a favor de los demandantes o de la demandada, tiene el potencial de afectar el funcionamiento de esos sistemas y, por consiguiente, a la población que los mismos atienden.

En este párrafo observamos un análisis muy importante por parte del tribunal, referido a los intereses públicos incluidos en la controversia y las posibles consecuencias en la emisión de un laudo que involucre estos temas. Con ocasión del mismo, los actores de la sociedad civil y las ONGs, han usado los mismos argumentos como sustento a su pedido de participación en los procedimientos arbitrales del Ciadi, reflejando la tendencia generada de permitir la aceptación de esta figura en el Ciadi.

La resolución emitida el 19 de mayo de 2005, tuvo como finalidad determinar el procedimiento apropiado para dar trámite a la solicitud de *amicus curiae*, teniendo presente la posibilidad de «permitir que un *amicus*

---

[122] Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.° ARB/03/19, párrafo 24, p. 358. Consultada el 18 de noviembre de 2012. https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC512_Sp&caseId=C18.

curiae aprobado, presente sus puntos de vista, procurando al mismo tiempo, proteger los derechos sustantivos y procesales de las partes, poniendo su mayor empeño para establecer un procedimiento que permitiera salvaguardar el debido proceso y el trato equitativo, así como la eficiencia de los procedimientos».[123]

Con esta resolución, el tribunal claramente antepuso la protección a los derechos de las partes, aunque los demandantes sostienen que el tribunal debió rechazar la petición porque los peticionarios no buscan ofrecer ningún elemento de hecho nuevo, sino hacer argumentos legales inapropiados.[124] Los inversionistas se basan en este elemento para objetar la participación de los *amicus curiae*. Sin embargo, el tribunal, en la resolución antes mencionada, no limitó la contribución de un *amicus curiae* a «nuevos elementos de hecho».

En su lugar, el tribunal sostuvo, en el párrafo 13, que el papel tradicional de un *amicus curiae* «[…] es ofrecer a la autoridad decisoria argumentos, perspectivas y conocimientos especializados, que las partes litigantes tal vez no presenten, con el propósito de ayudarla a tomar una decisión» (énfasis añadido). Dichos «argumentos, perspectivas y conocimientos especializados» pueden referirse al derecho, a los hechos, o a la aplicación del derecho a los hechos.[125]

Por consiguiente, el tribunal no aceptó los argumentos de los demandantes sobre este punto[126] considerando que sus razones expuestas no sustentaban el rechazo de la petición. El tribunal concluyó que los peticionarios son partes no contendientes idóneas para hacer una presentación *amicus curiae* y que el presente caso era apropiado para recibir tal presentación *amicus*, sujeto a los límites y condiciones referidas anteriormente.[127]

---

123 Resolución en Respuesta a la Petición de Transparencia y Participación en Calidad de *Amicus Curiae. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.º ARB/03/19, párrafo 24, p. 358. Consultada el 18 de noviembre de 2012, disponible en https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC512_Sp&caseId=C18.

124 *Ibidem*.

125 *Ibidem*.

126 *Ibidem*.

127 *Idem*, p. 360.

Sobre este fundamento y habiendo considerando la petición y las observaciones de las partes, el tribunal determinó que los peticionarios podían presentar los informes escritos *amicus curiae*, lo cual no se llevó a cabo debido a que el tribunal manifestó posteriormente que, por versar la discusión en ese momento sobre un asunto de derecho, particularmente, de carácter jurisdiccional, no era necesaria la intervención de un *amicus curiae*. Sin embargo, el tribunal precisó la forma en que podrían ser presentados sus escritos en el futuro para que fueran estudiados por los árbitros.[128]

A partir de las actuaciones analizadas anteriormente, se desprende que los inversionistas, por regla general, se oponen a la intervención del *amicus curiae* debido a que consideran que les genera una carga indebida que los obliga a litigar no sólo contra el Estado contraparte, sino también contra otros sujetos que no son parte del acuerdo de arbitraje. Sin embargo, en varios asuntos en el marco del Ciadi se ha permitido la participación de los mismos por razones de transparencia y por tratarse de asuntos que involucran el interés público;[129] así como por no haber prueba alguna de esos supuestos perjuicios que ocasionarían a la parte demandante.

Esta conclusión es reforzada por el lenguaje utilizado en la nueva Regla 37(2) de las Reglas de Arbitraje del Ciadi desde el 10 de abril de 2006. De conformidad con esta norma, se requiere a los tribunales que «se aseguren de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de presentar observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente».

En relación a lo expuesto anteriormente, podemos responder a una de las interrogantes planteadas en la presente investigación. Basados en las alegaciones por parte de los inversionistas, las cuales señalan que tal participación puede causar perjuicios tanto a los inversionistas, al tener que litigar contra otra parte, la cual sería el *amicus curiae*, como al procedi-

---

128 En su decisión, el tribunal revisó la interpretación que otros tribunales, dentro del contexto del Nafta habían dado al artículo 15 del Reglamento de Arbitraje de Uncitral. Sobre la evolución de la intervención de un *amicus curiae* en el Nafta, Patrick Dumberry, *The Nafta Investment Dispute Settlement Mechanism and the Admissibility of the Amicus Curiae Brief by NGO's. 4 Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2002, n.° 1, pp. 58-79.

129 Medina-Casas, sobre la intervención de un *amicus curiae*, cita a STERN, Brigitte. «L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre État et Investisseur». *Revue de l'Arbitrage*, 2002, n.° 2, pp. 329-345.

miento arbitral entorpeciendo el mismo, con información no relevante o altamente politizada, que podría alargar los plazos y actuaciones, perdiendo así la esencia de un mecanismo alternativo de solución de controversias internacionales.

A partir de este laudo arbitral y otros laudos arbitrales que tratan esta cuestión, podemos dar respuesta a las posiciones en contra de la participación del *amicus curiae* por parte del inversionista. Sostenemos que no existe tal perjuicio, debido a que no se otorga al *amicus curiae* ningún derecho en el procedimiento, dado que son los propios tribunales los que admiten estos informes con base en las facultades inherentes de los mismos.

Queda de esta manera a su discrecionalidad, la aceptación del *amicus curiae*. Con respecto al perjuicio que se ocasionará al procedimiento arbitral, cabe señalar que el tribunal podrá desestimar comunicaciones que no cumplan los requerimientos necesarios para brindar nuevas luces a la solución de la controversia, siendo ésta una herramienta que el tribunal podrá usar, a fin de enriquecer su análisis, que le permita brindar una decisión justa e informada. Es a partir de este factor que podemos vislumbrar el rol beneficioso de esta figura para los países en desarrollo, los cuales, apoyados en estos informes, podrán sustentar de manera más sólida, su defensa.

2. Caso Biwater Gauff Limited vs. la República Unida de Tanzania (Icsid Case n.° ARB/05/22)

Este caso involucra la mala administración de los servicios de agua potable y saneamiento en Dar es-Salaam, en Tanzania, donde posteriormente a la privatización del servicio, la empresa comenzó a facturar más e invertir menos que su predecesora estatal. El inversionista solicitó una revisión del contrato, a fin de aumentar la tarifa, alegando que de esta forma podría realizar las inversiones necesarias para prestar el servicio de manera adecuada. Dicha solicitud fue denegada. Las inversiones no se realizaron y el servicio continuó deteriorándose notablemente.

Finalmente, el Estado rescindió la concesión y asumió la prestación del servicio.[130] El inversionista demandó a Tanzania ante el Ciadi. En el laudo *Biwater Gauff contra Tanzania*, se estableció que hubo, en efecto, una expropiación ilegal de la inversión, aunque no hubo conexión entre esa conducta ilegal y los daños económicos que reclamaba el inversionista, ya que el valor de la compañía al momento de la expropiación era negativo.[131] Esta demanda se dio en el marco del Tratado Bilateral de Inversiones entre Tanzania y el Reino Unido.

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

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

Dicha petición se realizó por parte de *The Lawyers' Environmental Action Team* (LEAT), *The Legal and Human Rights Centre* (LHRC), *The Tanzania Gender Networking Programme* (TGNP), *The Center for International Environmental Law* (CIEL), *The International Institute for Sustainable Development* (IISD).[132]

Estas ONGs ampararon su petición en la Regla 37(2), anteriormente analizada. Esta regla otorga a los tribunales la facultad de aceptar presentaciones *amicus curiae* y establece algunas cuestiones que los potenciales

---

[130] PARRA, Antonio. «Transparency and *amicus curiae* in Icsid Arbitration». En *Sustainable development in world investment*. Cordonier Segger, Marie-Claire, Markus W. Gehring y Andrew Newcombe (eds.). La Haya: Kluwer Law International, 2011, p. 199.

[131] Laudo *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. United Republic of Tanzania*. *Icsid Case* n.° ARB/05/22, párrafo 807.

[132] *Amicus Curiae Submission*. Caso *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. United Republic of Tanzania*. *Icsid Case* n.° ARB/05/22, 26 March 2007. Consultado el 17 de agosto de 2012. http://www.ciel.org/Publications/Biwater_Amicus_26March.pdf.

amicus curiae deben abordar. Además del hecho que no existe ningún procedimiento específico establecido para solicitar esta condición.

A pesar de no haber una forma preestablecida proporcionada para estos fines, las ONGs basaron su presentación en los requisitos que se señalaron en dos casos anteriores a la modificación de la normativa del Ciadi.[133] Estos requisitos son los siguientes:

- Indicar la identificación y los antecedentes del peticionario, la naturaleza de su membrecía, señalando si era una organización y la naturaleza de su relación con alguna de las partes en disputa.
- Señalar la naturaleza del peticionario interesado en el caso.
- Mencionar si el peticionario ha recibido ayuda financiera o económica de alguna de las partes o de alguna persona conectada con las partes del procedimiento.
- Precisar la razón por la cual el tribunal debería aceptar la sumisión de *amicus curiae* en este caso.[134]

En este orden de ideas, las ONGs demostraron en el informe *amicus curiae* emitido, que cumplían con tales requerimientos, indicando el interés público inherente a nivel nacional e internacional de la presente controversia. Asimismo, destacaron la incidencia de este tipo de decisiones en países en desarrollo, los cuales han privatizado o se encuentran contemplando la posibilidad de privatizar los servicios de agua y alcantarillado o de otras infraestructuras de servicios públicos. También se indicó que este arbitraje tendría incidencia en el desarrollo sostenible, lo cual es un asunto que concierne a toda la comunidad internacional.[135]

A fin de ilustrar la decisión en este caso, cabe resaltar una vez más la facultad que tiene el tribunal para aceptar estos informes incluso en contra de la voluntad de las partes, teniendo como antecedente el caso *Methanex vs. Estados Unidos de América*, el cual representó la primera decisión en

---

[133] Parra, Antonio. «Transparency and *amicus curiae* in Icsid Arbitration». En *Sustainable development in world investment*. Cordonier Segger, Marie-Claire, Markus W. Gehring y Andrew Newcombe (eds.). La Haya: Kluwer Law International, 2011, p. 198.

[134] *Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina.* Caso Ciadi n.° ARB/03/19.

[135] Parra, Antonio. *Op. cit.*, p. 198.

el arbitraje internacional de inversiones que permitió esta sumisión. Esta misma situación se presentó, como se describió anteriormente, en el caso *Aguas Argentinas vs. Argentina, Aguas Provinciales de Santa Fe vs. Argentina*, donde el tribunal sostuvo que:

> […] el especial interés público que asistía al caso, consiste en que la diferencia relativa a inversiones gira en torno a los sistemas de distribución de agua y alcantarillado, sistemas que proporcionan servicios públicos básicos a millones de personas y, en consecuencia, podrían plantear una amplia gama de cuestiones complejas en materia de derecho público e internacional, incluidas consideraciones relativas a derechos humanos.[136]

Del mismo modo, estos intereses se vieron involucrados en diferentes controversias como en el caso *Biwater Gauff vs. Tanzania*, donde, igualmente, los *amicus curiae* pudieron basarse en decisiones anteriores que apoyaban su participación en el proceso.

La empresa Biwater Gaff, al igual que los otros inversionistas involucrados en los casos analizados, se opuso a dicha participación alegando que los intereses de los peticionarios eran irrelevantes, tanto de hecho como de derecho, respecto a las cuestiones que debían decidirse por el tribunal.[137]

B. Respuesta del tribunal respecto al estatus amicus curiae

El tribunal, en la Orden Procedimental n.° 5, aceptó los argumentos de las ONGs, y permitió que presentaran el informe escrito en febrero del 2007. Para arribar a esta conclusión, el tribunal tomó en cuenta, en particular, lo siguiente:

En primer lugar, observó el hecho de que la controversia fue muy pública y ampliamente difundida; en segundo lugar, notó que la Orden Procedimental n.° 5 no permitiría la revelación de los documentos del procedimiento a los peticionarios; y, en tercer lugar, consideró que, en sus presentaciones escritas, los peticionarios no debían referirse a los documentos

---

136 *Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina.* Caso Ciadi n.° ARB/03/19, pp. 21 y 22.

137 Laudo *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. United Republic of Tanzania*. *Icsid Case* n.° ARB/05/22, párrafo 357.

intercambiados en el arbitraje (excepto si éstos previamente hubiesen sido puestos a disposición del público).[138]

Asimismo, el tribunal tuvo cuidado en no brindar más derechos que aquéllos que se encontraban específicamente mencionados en la Regla 37(2), y en los casos antes mencionados. El tribunal ordenó a los *amicus curiae*, representados por las cinco ONGs, enviar el documento donde señalarían los argumentos necesarios, con la finalidad de esclarecer los hechos y obtener la información apropiada que coadyuve al proceso. Para estos efectos, el documento debía presentarse en un máximo de cincuenta hojas a doble espacio, y en un plazo de tres semanas antes

del inicio de la audiencia oral.[139]

- ***Respecto a la solicitud de acceso a los documentos del procedimiento arbitral***

Al igual que en las otras decisiones examinadas hasta el momento, el tribunal rechazó la solicitud de acceso a los documentos del caso, proporcionando en forma detallada las razones para dicha negativa. En respuesta a la solicitud de Biwater sobre las medidas provisionales concernientes a la confidencialidad del procedimiento, el tribunal indicó que esta decisión debería ser considerada de forma conjunta a la luz de la orden de confidencialidad (Orden Procedimental n.º 3), expedida antes de la Orden Procedimental n.° 5.

Del mismo modo que en la Orden Procedimental n.º 3, después de haber advertido que no existía una regla general sobre la confidencialidad en las Reglas de Arbitraje del Ciadi, el tribunal adoptó la posición de equilibrar los dos intereses contrapuestos: la necesidad de una mayor transparencia y la integridad procesal (el tribunal no definió o explicó este término).[140] Finalmente, aludiendo a la confidencialidad de las partes, el

---

138 *Biwater Gauff (Tanzania) Limited vs. United Republic of Tanzania (final award)*, párrafo 67.

139 Parra, Antonio. «Transparency and *amicus curiae* in Icsid Arbitration». En *Sustainable development in world investment*. Cordonier Segger, Marie-Claire, Markus W. Gehring y Andrew Newcombe (eds.). La Haya: Kluwer Law International, 2011, p. 201.

140 Ishikawa, Tomoko. «Third-Party Participation in Investment Treaty Arbitration». *International and Comparative Law Quarterly*, *ICLQ*. April 2010, vol 59, p. 387. Consultado el 18 de noviembre de 2012. http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391.

tribunal negó el acceso a los documentos del procedimiento,[141] lo cual demuestra que el tribunal vela por la garantía de un procedimiento equitativo y justo para las partes.

- ***Respecto a la solicitud de acudir a las audiencias***

En este punto el tribunal también negó a los peticionarios la participación en las audiencias orales, descartando la posibilidad que las mismas estén abiertas al público o que en su rol de *amicus curiae* puedan responder en forma directa a cualquier pregunta del tribunal referente al informe *amicus curiae*.[142]

En este caso la empresa Biwater Gauff negó la posibilidad a los *amicus curiae* de acudir a la audiencia oral,[143] recurriendo a las reglas de arbitraje Ciadi, en particular la Regla 32.2 antes mencionada, la cual establece que, sin la aprobación de las partes contendientes, no se permitirá la participación de los *amicus curiae*.

C. Informe amicus curiae

Esta presentación *amicus curiae* fue realizada basándose en la Orden Procedimental n.° 5, emitida el 2 de febrero de 2007, siguiéndose los términos y condiciones especificados por el tribunal en dicha Orden. En el informe se concluyó que la cancelación del contrato de concesión se había producido con la finalidad de prevenir el futuro deterioro de los servicios de agua, ya que en esos momentos, los ciudadanos estaban sufriendo directamente sus consecuencias.[144]

La presentación señala que, en realidad, el inversionista había fallado debido a su falta de visión y competencia empresarial; usando la renegociación del contrato, poco después de su entrada en vigor, como una

---

[141] Parra, Antonio. «Transparency and *amicus curiae* in Icsid Arbitration». En *Sustainable development in world investment*. Cordonier Segger, Marie-Claire, Markus W. Gehring, Andrew Newcombe (eds.). La Haya: Kluwer Law International, 2011, p. 205.

[142] Laudo *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. United Republic of Tanzania*. *Icsid Case* n.° ARB/05/22, párrafo 70.

[143] *Ibid*., párrafo 71.

[144] *Amicus Curiae Submission, Biwater Gauff (Tanzania) Limited and United Republic of Tanzania*. *Case* n.° ARB/05/22, párrafo 95, 26 March 2007.

estrategia. Esto debería ocasionar consecuencias jurídicas importantes en contra del inversionista en el derecho internacional de inversiones. Esta responsabilidad se amplificaría debido a que estaba en juego un proyecto importante de privatización de agua, el cual afectaría directamente los derechos del ser humano al agua limpia y segura, además de la capacidad de la sociedad para alcanzar sus objetivos de desarrollo sostenible.[145]

Igualmente, se indicó al tribunal que si antes de invertir el inversionista no había realizado una adecuada labor de investigación respecto a las características del sistema de aguas en Tanzania no se podía usar el acuerdo de inversiones como una póliza de seguros contra estas decisiones erradas en su inversión.[146]

De la misma manera, el informe *amicus curiae* señaló que el acceso al agua potable no sólo era esencial para el desarrollo sostenible, sino que se consideró que el agua era un bien público, un recurso natural limitado y fundamental para la vida y la salud. Asimismo, se insistió en que el derecho humano al agua era indispensable para llevar una vida digna. Si bien no hay duda que lograr el cumplimiento de este derecho conlleva una serie de desafíos, el simple hecho que la vida no sea posible sin agua, y que la salud no sea posible sin agua potable demuestra el carácter de este derecho humano básico.[147]

Adicionalmente, en el informe presentado, los *amicus curiae* se pronunciaron sobre el deber de los inversionistas de actuar de buena fe en el derecho internacional, ya que este tipo de actuación es un elemento básico en las relaciones entre el inversionista y el Estado anfitrión.

En el informe *amicus curiae* se indicó que el patrón de comportamiento del demandante sugería el uso de una estrategia de pre y post renegociación que consistía en hacer una oferta baja, a fin de recibir el contrato para luego renegociarlo. Se señaló que el inversionista tenía una sola estrategia consistente en primero, obtener la concesión del contrato, para posteriormente, pedir la renegociación del mismo de manera encubierta una vez que los potenciales competidores estuvieran fuera de competencia.[148]

---

145 *Idem*, párrafo 8.

146 *Idem*, párrafo 16.

147 *Amicus Curiae Submission, Biwater Gauff (Tanzania) Limited and United Republic of Tanzania. Case* n.° ARB/05/22, párrafo 48, 26 March 2007.

148 *Ibidem*.

Es importante señalar que el tribunal se reservó el derecho, de ser necesario a formular preguntas específicas a los peticionarios en relación a su presentación escrita y a solicitar presentaciones escritas adicionales y/o documentos u otras pruebas que podrían ayudar a una mejor comprensión de la posición de los peticionarios, las cuales se darán antes o después de la audiencia.[149]

D. Decisión final

De esta manera, en julio del 2008 el tribunal del Ciadi en el caso *Biwater Gauff vs. Tanzania,* emitió este laudo definitivo, ofreciendo un interesante ejemplo sobre el tratamiento de la presentación del informe de los *amicus curiae*. Dicho laudo ha brindado un contexto inicial útil para los tribunales arbitrales. Quizá, más que el hecho de que los tribunales aceptaran el informe *amicus curiae*, lo más significativo resulta ser el grado en que el tribunal se basó en los argumentos de hecho y de derecho del informe *amicus curiae* en el laudo final.[150]

Cabe señalar que, aunque no exista el requerimiento dentro de las reglas de arbitraje del Ciadi para que el panel deba basarse o referirse a argumentos del informe *amicus*, cuando se emitió el laudo final, este tribunal no sólo lo hizo explícitamente, sino que afirmó que «esta presentación escrita *amicus curiae* había proporcionado un contexto inicial muy útil para la investigación y análisis del tribunal arbitral».[151] El tribunal usó doce páginas en el laudo final para discutir los argumentos expuestos en el informe *amicus* e indicó que esta «sumisión había informado el análisis de la demanda y que, dentro de la presentación escrita, se encontraron puntos relevantes y específicos».[152]

---

[149] Laudo *Biwater Gauff* (*Tanzania) Ltd. vs. United Republic of Tanzania*. *Icsid Case* n.° ARB/05/22, párrafo 65.

[150] Parra, Antonio. «Transparency and Amicus Curiae in Icsid Arbitration». En *Sustainable development in world investment*. Cordonier Segger, Marie-Claire, Markus W. Gehring, Andrew Newcombe (eds.). La Haya: Kluwer Law International, 2011, p. 206.

[151] Laudo *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. United Republic of Tanzania*. *Icsid Case* n.° ARB/05/22, párrafo 370.

[152] Laudo *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. United Republic of Tanzania. Icsid Case* n.° ARB/05/22, párrafo 392.

Resulta notable que tras resumir los argumentos expuestos en el informe *amicus curiae,* en forma considerablemente detallada, el tribunal declaró explícitamente que los argumentos y la información proporcionada por los peticionarios, fueron útiles e informaron debidamente al tribunal, generando un adecuado análisis de la controversia.[153]

Como principio, se resumió temas importantes como la responsabilidad del inversionista que se expresa en términos de limitaciones correlativas en el ámbito de protección del tratado bilateral. En este sentido, se destaca la decisión en el caso Maffezini, en la cual se sostiene que «el Tribunal debe enfatizar que los acuerdos bilaterales sobre inversiones, no son pólizas de seguro contra malas decisiones de negocios».[154] Estos acuerdos no son pólizas de seguro para todos los efectos negativos de las acciones o actividades gubernamentales. Se hizo énfasis en que la falla de un inversionista para llevar a cabo una adecuada evaluación de riesgo, o la conducta inescrupulosa por parte del inversionista con el fin de ganar una licitación, afectarán sus derechos en virtud del contrato de inversión y cualquier acuerdo de inversión aplicable o TBI.[155]

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

Igualmente, se trató el punto referido a que los inversionistas extranjeros estaban sujetos a ciertas condiciones o el cumplimiento de ciertos deberes tales como aplicar estándares comerciales o empresariales para el proceso de inversión, a fin de observar el principio *pacta sunt servanda.* Se sostuvo que el inversionista había incumplido obligaciones del contrato, en especial, lo referido a la infraestructura del proyecto, poniendo en riesgo el bienestar de los ciudadanos debido al carácter monopólico del servicio

---

153 *Idem*, párrafos 371-392.

154 *Amici Brief*, para.16, *citing Maffezini vs. Spain. Award of 13 November 2000*, para. 64. *See also Eudoro A. Olguin vs. Republic of Paraguay* (*Icsid Case* n.° ARB/98/5), *Award of 26 July 2001*, para. 73 [hereinafter *Olguin vs. Paraguay*]; *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. vs. Chile* (*Icsid Case* n.° ARB/01/7). *Award of 25 May 2004*, para. 178 [*hereinafter, MTD vs. Chile*].

155 Laudo *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. United Republic of Tanzania*. *Icsid Case* n.° ARB/05/22 (n.° 76) párrafo 375.

básico que prestaba. De manera similar, se esgrimió el hecho de que el inversionista no haya actuado de buena fe.[156]

Adicionalmente, se planteó que el nivel más alto de responsabilidad debía de ser impuesto a los inversionistas extranjeros antes de solicitar la protección del derecho internacional, cuando éstos se involucran en proyectos íntimamente relacionados con los derechos humanos y la capacidad de lograr el desarrollo sostenible en determinados países. En este sentido, las cuestiones en derechos humanos y la capacidad de lograr el desarrollo sostenible, son factores que equilibran los derechos y las obligaciones entre el inversionista y el Estado anfitrión.[157]

Sin embargo, los argumentos presentados por el *amicus curiae* que hablaban de los principios de desarrollo sostenible o el derecho al agua en buenas condiciones, no fueron en realidad examinados en el laudo. Esto parece contradecir la relevancia otorgada al informe *amicus curiae* y la propia declaración de que «fueron relevantes los puntos específicos que surgieron de las alegaciones de la *amicus*, en este contexto».[158]

Aunque el tribunal reconoció en el laudo emitido que ésta era una controversia de naturaleza pública, es lamentable que el tribunal no reconsiderara y examinara estas cuestiones. Respecto a que los *amicus curiae* tenían un especial interés y conocimiento en los derechos humanos y medioambientales, indicando, además, que éstos proporcionaron perspectivas que diferían sustancialmente de lo argumentado por las partes contendientes, aportando así una valiosa contribución al procedimiento.[159]

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

---

156 *Amicus Curiae Submission*, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited vs. United Republic of Tanzania*. *Case* n.° ARB/05/22, párrafo 9, 26 March 2007.

157 *Ibid*., párrafo 53; *Biwater Gauff (Tanzania) Limited vs. United Republic of Tanzania (final award)* (n.° 76) párrafo 380.

158 *Ibid*., párrafo 392.

159 ISHIKAWA, Tomoko. *«Third-Party Participation in Investment Treaty Arbitration». International and Comparative Law Quarterly*, *ICLQ*. April 2010, vol. 59, p. 408. Consultado el 18 de noviembre de 2012. http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391.

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

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

En primer lugar, los inversionistas alegan que esta participación los perjudicará, pues tendrán que litigar contra dos partes, además de darse un incremento en los costos y de producirse demoras en el procedimiento arbitral.

Sobre el particular, cabe mencionar que cuando el Ciadi modificó su reglamento, tuvo mucho cuidado al elaborar su Regla 37(2), a fin de no otorgar ningún derecho al *amicus curiae*, dejándose así a la discrecionalidad del tribunal el aceptar o no tales presentaciones escritas. Por ejemplo, no se otorgó una facultad excesiva para que éstos no litigaran como parte, limitándose únicamente a brindar información que pueda ser útil al tribunal. En este sentido, será el tribunal el que procurará el equilibrio entre recibir información excesiva o estar informado en todo lo posible respecto a los diferentes puntos de vista.

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

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

este tipo de casos y que cualquier información que se desprenda del mismo, generará una reacción pública notoria.

Por otro lado, existen inquietudes, tanto por parte de los inversionistas, como de los países en desarrollo, respecto a la idoneidad de los *amicus curiae*, en especial, tratándose de las ONGs. Los inversionistas, además de expresar sus reservas sobre las actuaciones de las ONGs en el campo del derecho internacional, esgrimen argumentos como la desigual distribución de las ONG, indicando que las eclosionan más en los países desarrollados que en los países en desarrollo.

Esto obedece a la misma evolución y desarrollo de la sociedad civil, la existencia de tradiciones democráticas y participativas y la presencia de recursos económicos y de otra naturaleza, lo cual implica para los mismos, alianzas que pondrán en desventaja a los países en desarrollo; sin tener en consideración que las mismas se han ido extendiendo hacia ellos.[160]

Asimismo, se alega que estas organizaciones únicamente tendrán intereses particulares como son los intereses comerciales o industriales los cuales estarían contrapuestos a los intereses públicos. También se sostiene que estas ONGs pueden ser manipuladas por un Estado o las corporaciones privadas a través de subsidios o financiamientos,[161] lo cual se señala, conduce a una cierta pérdida de autonomía, afectándose la independencia de las ONG, la misma que, si bien no se llega a anular, por lo menos, se difumina.[162]

En relación a la presente investigación es necesario tener en claro que tal como lo sostuvo el tribunal en su Resolución del 19 de mayo de 2005

---

[160] Pons Ráfols, Xavier. «Las organizaciones no gubernamentales y el derecho internacional: Planteamiento de tendencias y problemas actuales». *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público* (mayo 2009) *Id*. vLex: VLEX-57842131. Consultado el 6 de mayo de 2013. http://vlex.com/vid/57842131.

[161] Kamminga (n.° 95) 110. It is argued that the participation of private actors, at its extreme, may «unfairly» displace the interests of the masses by those of a few. Durling and Hardin (n.° 108) pp. 227–228. Citado por Ishikawa, Tomoko. «Third-Party Participation in Investment Treaty Arbitration». *International and Comparative Law Quarterly*, *ICLQ*. April 2010, vol. 59, p. 399. Consultado el 18 de noviembre de 2012. http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391.

[162] Pons Ráfols, Xavier. «Las organizaciones no gubernamentales y el derecho internacional: Planteamiento de tendencias y problemas actuales». *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público* (mayo 2009). Id. vLex: VLEX-57842131. Consultado el 6 de mayo de 2013. Disponible en http://vlex.com/vid/57842131.

en el caso *Suez Sociedad General de Aguas Barcelona S.A. y Vivendi S.A. vs. la República de Argentina,* para que el mismo pueda ejercer su poder para autorizar las presentaciones *amicus curiae* en el procedimiento arbitral, deberá tener en cuenta como criterio básico la pertinencia del objeto del caso analizado y la independencia de los *amicus curiae*. Esto responde a las preocupaciones, tanto de los inversionistas como de los países en desarrollo.

Otro argumento en contra de la participación del *amicus curiae* se refiere al carácter cuestionable de su legitimidad. Además, se alega la naturaleza del proceso de toma de decisiones interno, los cuales se consideran que no son democráticos ni transparentes.[163] Estas críticas han sido contrarrestadas mediante la adopción de medidas de fomento de la transparencia, códigos de buenas prácticas, y mecanismos de auditoría. Esta fórmula está demostrando ser efectiva para hacer frente a estas situaciones en el caso de las grandes coaliciones o redes de ONGs que cooperan estrechamente con intereses comunes.[164]

Finalmente, en la presente investigación no está en discusión el examen general respecto a la idoneidad de la participación de las ONG en la elaboración del derecho internacional. No obstante, en el contexto del arbitraje de tratados de inversiones, la idoneidad de las presentaciones *amicus curiae* ha sido abordada por el tribunal en el caso *Suez, Sociedad General de Aguas Barcelona S.A. y Vivendi S.A. vs. la República de Argentina*.

En este caso, se sostuvo que, a través del análisis de la posesión de conocimientos especializados, experiencia e independencia que posea esta figura, el tribunal determinará la pertinencia del objeto del caso con el fin de autorizar las presentaciones *amicus curiae*.

Existen otras opiniones al respecto. Así, Tomoko Ishikawa plantea, con respecto a la idoneidad de la participación de las ONGs, que las preocupaciones que surgen por parte del inversionista y de los países en desarrollo anteriormente analizadas, se encuentran fuera de lugar. Primero, se

---

[163] Ishikawa, Tomoko. «Third-Party Participation in Investment Treaty Arbitration». *International and Comparative Law Quarterly*, *ICLQ*. April 2010, vol. 59, p. 399. Consultado el 18 de noviembre de 2012. http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391.

[164] Pons Ráfols, Xavier. «Las organizaciones no gubernamentales y el derecho internacional: Planteamiento de tendencias y problemas actuales». *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público* (mayo 2009). Id. vLex: VLEX-57842131. Consultado el 6 de mayo de 2013. http://vlex.com/vid/57842131.

señala que el aceptar presentaciones de varios tipos de *amicus curiae*, incluyendo, ONGs industriales o corporaciones de negocios en el arbitraje de inversiones, no traerá ningún perjuicio ni a las partes ni al procedimiento.

Un ejemplo de esto lo constituye el hecho de que el tribunal *UPS* haya aceptado la presentación de la Cámara de Comercio de Estados Unidos. Similarmente, el tribunal *Glamis* aceptó la presentación de la Asociación Nacional de Minas, la cual está comprometida con las corporaciones del sector minero americano. De esta manera, debe tener en cuenta que, al aceptar argumentos de *amicus curiae*, que cuentan con perspectivas y propósitos diferentes, los tribunales podrán obtener una amplia gama de fundamentos a fin de tomar una decisión adecuada. Se afirma, además, que la diversidad de opiniones y la aptitud analítica de las presentaciones *amicus curiae* enriquecerán el debate y contribuirán así a un análisis más profundo.[165] En segundo lugar, se destaca el hecho de que siempre queda a discreción del tribunal rechazar presentaciones que no reúnan los criterios suficientes antes mencionados.

Asimismo, se plantean dudas sobre la efectividad de las presentaciones *amicus curiae*, sin que exista una completa transparencia en el procedimiento. Se argumenta que los *amicus curiae* necesitan tener información suficiente respecto a una controversia determinada para poder contribuir con su experiencia y sus perspectivas. El hecho de que exista o no efectividad dependerá de muchos factores, y no únicamente del acceso que se pueda tener a documentos del procedimiento o el acceso a las audiencias del mismo.

Esto se debe a que estas controversias normalmente cuentan con un rango de información potencial que es de dominio público que puede ser tomada en cuenta. Además, estas organizaciones podrán obtener dicha información a través de otras fuentes de información que no sean únicamente las actuaciones del procedimiento arbitral. Esto generará argumentos sólidos que sostengan la redacción y futura presentación del informe *amicus curiae*,[166] tal como sucedió en el caso *Biwater Gauff vs. Tanzania*, donde

---

[165] Ishikawa, Tomoko. «Third-Party Participation in Investment Treaty Arbitration». *International and Comparative Law Quarterly, ICLQ*. April 2010, vol. 59, p. 400. Consultado el 18 de noviembre de 2012. http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391.

[166] *Ibidem*.

existió considerable información de carácter público que pudo ser usada por los *amicus curiae*.[167]

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

Cualquiera sea la razón, esta perspectiva adicional podrá ayudar a los tribunales, no sólo a ver el caso en general, sino a hacer un análisis más profundo, enriqueciendo el debate y otorgando al tribunal argumentos legales más comprensibles, como la realización de estudios jurídicos comparativos detallados. Esto se evidenció en el caso *Biwater Gauff vss Tanzania*, donde se le proporcionó al tribunal un análisis jurídico detallado sobre el deber de los inversionistas de actuar de buena fe en el derecho internacional, ya que éste es un elemento básico en las relaciones entre el inversionista y el Estado anfitrión. En el informe *amicus curiae*, en este caso, se indicó que el patrón de comportamiento del demandante sugería una estrategia de pre y post renegociación que consistía en hacer una oferta baja, a fin de recibir el contrato para luego renegociarlo.[168] Como observamos, este análisis proporcionado tendrá la posibilidad de influenciar la decisión del tribunal.

Otro beneficio que brindará la presentación de estos informes *amicus curiae* es la capacidad de proveer al tribunal información científica y conocimientos técnicos especializados o proporcionar información fáctica sobre hechos específicos en la disputa. Cuando se requiera que el tribunal evalúe la idoneidad de las medidas ambientales como una aplicación de la política medioambiental, el análisis exhaustivo realizado por expertos de las organizaciones no gubernamentales (por ejemplo, las organizaciones no gubernamentales internacionales y locales pueden combinar su experiencia y conocimientos y hacer una presentación conjunta) será especialmente

---

[167] Laudo *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. United Republic of Tanzania*. *Icsid Case* n.° ARB/05/22, párrafo 367.

[168] *Amicus Curiae Submission*, *Case* n.° ARB/05/22, *between Biwater Gauff (Tanzania) Limited and United Republic of Tanzania*, p. 32, párrafo 70, 26 March 2007.

valiosa. Esto se produce, en especial, en el campo de los derechos humanos donde, como se ha señalado, las ONGs, en base a su experiencia, están en mejor condición para proponer «buenas prácticas».[169]

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

Por las razones señaladas, consideramos que los informes *amicus* deben tener un rol substancial más que nominal en el procedimiento arbitral, siendo necesario que el uso de los informes *amicus curiae* se haga efectivo y que los mismos sean tomados en cuenta por el tribunal.[170] Análogamente, estos informes pueden ser beneficiosos para los países en desarrollo que no cuentan muchas veces con los medios suficientes para establecer defensas sólidas basadas en información técnica y especializada como el que poseen otro tipo de organizaciones civiles. Este beneficio no sólo será efectivo para los países en desarrollo que son parte de una controversia, sino que también podrán resultar beneficiados países en desarrollo que no son partes del procedimiento arbitral, pero que pueden resultar afectados con la decisión del tribunal. Esto puede producirse debido a la relación estrecha que estos

---

169 Decaux, E. «Human rights and civil society». En *The EU and Human Rights.* Alston, P. (ed.). Oup, Oxford, 1999, p. 917. Citado por Ishikawa, Tomoko. «Third-Party Participation in Investment Treaty Arbitration». *International and Comparative Law Quarterly, ICLQ.* April 2010, vol. 59, p. 381. Consultado el 18 de noviembre del 2012. http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391.

170 Ishikawa, Tomoko. «Third-Party Participation in Investment Treaty Arbitration». *International and Comparative Law Quarterly*, *ICLQ.* April 2010, vol. 59, pp. 401-412. Consultado el 18 de noviembre del 2012. http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391.

países pudiesen tener con el asunto controvertido que busca una solución en un centro de arbitraje de inversiones.[171]

Finalmente, tal como ha sido recomendado por estudiosos en esta materia, como el profesor Peter Häberle, para que esta información brindada sea eficiente, será necesario trabajar de manera conjunta y coordinada con el país en desarrollo preferentemente, de forma anticipada, las sumisiones de los mismos al tribunal arbitral, a fin de que sus argumentos no sean contradictorios y generen efectos negativos en contra de la posición del Estado al que están ayudando a sustentar su posición.[172]

[171] *Idem*, p. 403.

[172] Häberle, Peter. Intervención en la Sesión 34 «No State actor in the dispute settlements system». Miércoles 26 de septiembre de 2012, OMC.

Conclusiones

- En la presente investigación se ha probado el rol beneficioso que tiene la participación del *amicus curiae* en los arbitrajes de inversiones, a través de la presentación del informe escrito, a fin de afianzar la posición y los argumentos de defensa de los países en desarrollo. A diferencia de otros casos notablemente similares, el reconocimiento por parte del tribunal arbitral de la utilidad y el rol positivo de esta figura se ha visto reflejada, en forma parcial, en el laudo emitido en el caso *Biwater Gauff vs. Tanzania*. Esta posibilidad de participación que los propios tribunales arbitrales han reconocido en los casos estudiados viene seguida del reconocimiento por parte de los tribunales de la facultad de aceptar estos informes, tomando como base intereses importantes como son la protección de los derechos humanos y del medioambiente, a fin de lograr el desarrollo sostenible de los pueblos. Si bien es cierto que los países en desarrollo, se han mostrado en contra de dicha participación por el peligro que consideran que la misma podría acarrear, los tribunales han afirmado el respeto al debido proceso y al derecho de las partes.

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

- A partir de los casos analizados podemos concluir que los intereses, tales como la protección al medio ambiente, a los derechos humanos y al desarrollo sostenible para los pueblos que representen los *amicus curiae*, no se verán supeditados a determinados mandatos. Dichos mandatos podrían restringir participaciones de gran utilidad. Esto fortalece una posición a favor de los países en desarrollo, la cual se llevará a cabo a través de una toma de decisión informada por parte del tribunal.

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

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

- La modificación de las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi) muestra una clara tendencia de la aceptación que esta figura ha tenido en los casos analizados. Evidentemente, esto se produce en el marco de un cumplimiento de estrictos parámetros procedimentales, de forma tal que no se alteren los derechos sustanciales y procesales de las partes. Este cambio va de la mano con la evolución del derecho

internacional económico donde estos nuevos roles se van implementando basados en la protección de intereses globales.

- A partir de este análisis, considero importante que los tribunales arbitrales de inversión hayan permitido la participación de los *amicus curiae*, en especial, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Se estima necesaria una participación de los *amicus curiae* más activa, en especial, en colaboración con los países en desarrollo, a fin de que se hagan las coordinaciones necesarias con estas organizaciones para que los argumentos expuestos, tanto en el informe *amicus curiae* como en los que sustenten la defensa de los países en desarrollo, no resulten contradictorios al momento de remitir sus presentaciones a los tribunales arbitrales. Esto tiene como finalidad última otorgarles un beneficio a estos países.

Bibliografía

Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. Caso Ciadi n.° ARB/03/19.

Aguas del Tunari SA vs. The Republic of Bolivia. Caso Ciadi n.° ARB/03/02.

Alija Fernández, Rosa Ana
2012 «Las ONG y su intervención como *amicus curiae* ante órganos jurisdiccional e internacionales: el tratamiento de la pena de muerte en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público*. Abellán Honrubia, Victoria y Jordi Bonet Pérez (dirs.). Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2009, ISBN 8476988206, pp. 103-132. Consultado el 15 de septiembre de 2012. http://vlex.com/vid/ong-amici-curiae-rganos-jurisdiccionales57842136?ix_resultado=15.0&query%5Bpage%5D=2&query%5Bq%5D=amicus+curiae.

Amicus Curiae Submission, *Biwater Gauff (Tanzania) Limited vs. United Republic of Tanzania*, 26 March, 2007.

Appellate Body Report, *US - Lead and Bismuth II*.

Bohoslavsky, Juan Pablo
2012 «Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)», artículo publicado para Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), revisado el 25 de junio de 2012.

Brus, Marcel M.T.A.
1995 «Third-Party Dispute Settlement in an Interdependent World». Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

McLachlan, Campbell (Q.C.), Laurence Shore y Matthew Weiniger
2008 «International investment arbitration, substantive principles». Nueva York: Oxford University Press.

Center for International Environmental Law
2007 *Revising the Uncitral Arbitration Rules to address State Arbitrations*, febrero del 2007. Consultado el 23 de noviembre de 2012. http://www.iisd.org/pdf/2007/investment_revising_uncitral_arbitration.pdf

Collier Lowe, John
1999 *The settlement of disputes in international law*. Nueva York: Oxford University Press.

Cordonier Segger, Marie-Claire, Markus W. Gehring y Andrew Newcombe
2011 *Sustainable development in world investment.* La Haya: Kluwer Law International.

Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la Participación de partes no contendientes, de fecha 7 de octubre de 2003 en Montreal, Canadá por la Comisión de Libre Comercio del Nafta. Consultado el 1 de abril de 2013.

Disponible en: http://www.economia.gob.mx/files/comunidad_negocios/Nondispute_s.pdf.

Dupuy, Pierre-Marie, Francesco Francioni y Ernst-Ulrich Petersman
2009 *Human rights in international investment law and arbitration*. Nueva York: Oxford University Press.

Laudo *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. United Republic of Tanzania*, *Icsid Case* n.° ARB/05/22.

Levine, Eugenia
2011 «*Amicus curiae* in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation». En *Berkeley J. Int'l Law*. 200, 2011, vol. 29. Consultado el 15 de septiembre de 2012. http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol29/iss1/6.

Fach Gómez, Katia
2012 *Rethinking the Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw the line favorably for the public interest* (June 4, 2011). *Fordham International Law Journal*, 2012, vol. 35. Consultado el 23 de agosto de 2012. SRN: http://ssrn.com/abstract=1999374.

Häberle, Peter
2012 Intervención en la Sesión n.° 34. *No State actor in the dispute settlements system*, miércoles 26 de septiembre de 2012, OMC.

2009 «Human rights arguments in *Amicus Curiae Submission*: Promoting social justice?». En *Human rights in International Investment-Law Arbitration*. Dupuy, Pierre-Marie, Ernst-Ulrich Petersmann y Francesco Francioni (eds.). Nueva York: Oxford University Press, 2009, pp. 396-421.

Hinojosa Martínez, Luis M y Javier Roldán Barbero
2010 *Derecho internacional económico*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos-Plomo y bismuto.

Lowenfeld, Andreas F.
2008 *International Economic Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2.ª edición.

Medina-Casas, Héctor Mauricio
2009 «Las partes en el arbitraje Ciadi». En *15 International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, pp. 215-242. Consultado el

23 de julio del 2012. http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/08 LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf.

Sornarajah, M.
2010 *International Law in Foreign Investment*. Nueva York: Cambridge University Press, 3.ª edición.

Nafta Free-Trade Commission. *Statement of the Free-Trade Commission on Non- Disputing Party Participation.* October 7, 2003, 16 W.T.A.M. 167 (2004).

Módulo de Formación sobre el Sistema de Solución de Diferencias
2012 Capítulo 9. Participación en el procedimiento de Solución de Diferencias. Consultado el 23 de noviembre de 2012. http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disp_settlement_cbt_s/c9s3p1_s.htm.

OMC
2012 «Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias». Artículo 1. Consultado el 23 de septiembre de 2012. http://docsonline.wto.org/GEN_searchResult.asp?RN=0&searchtype=bro se&q1=%28@meta_Symbol+LTüURüA2üDSüUü1%29+%26+%28@meta_Types+Legal+-text%29.

Opino Juris
2006 B*echtel abandons its ICSID claim against Bolivia*, 10 February 2006. Consultado el 4 de abril de 2013. http://lawofnations.blogspot.com/2006/02/bechtel-abandons-its-icsid-claim.html.

Procedural Order n.° **3,** *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. vs. United Republic of Tanzania. Icsid Case n.° ARB/05/22.*

Parra, Antonio
2011 «Transparency and amicus curiae in Icsid Arbitration». *En Sustainable Development in World Investment*. Cordonier Segger, Marie-Claire; Markus W. Gehring y Andrew Newcombe (eds.). La Haya: Kluwer Law International, 2011, pp. 188-207.

Pérez-Esteve, María
2012 «WTO rules and practices for transparency and engagement with civil society organizations World Trade Organization». *Economic Research and Statistics Division, Staff Working Paper* n.° ERSD-2012-14, 18 de septiembre de 2012. Consultada el 10 de noviembre de 2012. http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201214_e.pdf.

Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*. Caso Ciadi n.° ARB/03/19. Consultada el 18 de noviembre de 2012. https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC512_Sp&caseId=C18.

Resolución en respuesta sobre la petición de terceras personas para intervenir como *amicus curiae*. *Caso Methanex Corporation vs. Estados Unidos de América*.

Shaffer, Gregory y Víctor Mosoti
2002 «The EC-Sardines Case: How North-South NGO-Government Links Benefited Perú». *Bridges*, vol. 6:7, at 15 Oct. 2002 (ICTSD). Consultado el 26 de mayo de 2013. http://www.ictsd.org/monthly/bridges/BRIDGES6-7.pdf.

Solicitud de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*, en el Caso n.° ARB/03/19 ante el Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones entre Aguas Argentinas S.A. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. y la República*

Argentina. Consultada el 15 de noviembre de 2002. http://ciel.org/Publications/SuezAmicus_27Jan05_Spanish.pdf.

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. Caso Ciadi n.° ARB/03/19, párrafo 14. Decisión sobre la jurisdicción consultada en 15 de noviembre de 2012. Disponible en https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC518_Sp&caseId=C19.

Tomoko, Ishikawa
2012 «Third-Party Participation in Investment Treaty Arbitration». En *International and Comparative Law Quarterly*, *ICLQ*. April 2010, vol. 59, pp. 373-412. Consultado el 18 de noviembre de 2012. http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391.

Umbricht, Georg C.
2001 «An "*amicus curiae brief*" on the *Amicus Curiae Brief* at the WTO». *En Journal of International Economic Law*, 2001, pp. 773-794. Nueva York: Oxford University Press, vol. 4(4), pp. 773-794. Consultado el 23 de septiembre de 2012. http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/218086390?accountid=2839.

Anexos

Disposiciones de los acuerdos internacionales de inversión

• Acceso del público a los documentos procesales y laudos arbitrales

Model BIT (2004)	**Nafta**	**Japan-México FTA (2004)**
Article 29 (1): 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.... (d) minutes or transcripts of hearings. (e) orders, awards, and decisions of the tribunal.	*Article 1127:* The non-disputing Nafta parties shall receive written notice of any arbitration and copies of all pleadings. *Article 1129 (1):* The non-disputing Nafta parties have the right to receive all the evidence submitted... *Annex 1137 (4):* In arbitration involving either Canada or the United States, either one of those countries or a disputing investor that is a party to the arbitration may make an award public.	*Article 94 (4):* Either disputing party may make available to the public in a timely manner all documents, including an award.... subject to redaction of: (a) confidential business information (b) information which is privileged or otherwise protected from disclosure under the applicable law of either party: (c) information which the party must withhold pursuant to the relevant arbitration rules, as applied.

Woo, Lee Jae. «Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration, Korean Commercial Arbitration Board Seoul». November 2010. Consultado el 5 de diciembre de 2012, disponible en http://www.uncitral.org/pdf/english/whats_new/11_2010/1124_3_LEE_JW.pdf**.**

• ***Open hearings***

Canada's FIPA	US Model BIT (2004)	Australia-Chile FTA (2004)
Article 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 portion of hearings in camera.	*Article 29 (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.	*Article 10.22.2:* Similar to the US Model BIT

Woo, Lee Jae. «Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration, Korean Commercial Arbitration Board Seoul». November 2010. Consultado el 5 de diciembre de 2012, disponible en http://www.uncitral.org/pdf/english/whats_new/11_2010/1124_3_LEE_JW.pdf.

Relevant Provisions in Arbitration Rules

	Icsid	**Uncitral Arbitration Rules**
Access to documents and arbitral awards	*Icsid Convention Article 48 (5):* «The Center shall not publish the award without the consent of the parties». However, Rule 48 (4) of the Icsid Arbitration Rules provides that even without the parties' consent, the Centre shall promptly include in its publications excerpts of the legal reasoning of the tribunal.	Do not address public access to procedural documents: *Article 34 (5) of the revised Arbitration Rules (2010)* «An award may be made public with the consent of all parties or where and to the extent disclosure is required of a party by legal duty....».
Open hearings	*Rule 32 (2) of the Icsid Arbitration Rules*: «Unless either party objects, the Tribunal may allow other persons (besides the parties) to attend or observe all or part of the hearings, subject to appropriate logistical arrangements».	*Article 28 (3) of the revised Arbitration Rules (2010):* «Hearings shall be held in camera».

Woo, Lee Jae. «Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration, Korean Commercial Arbitration Board Seoul. November 2010. Consultado el 5 de diciembre de 2012, disponible en http://www.uncitral.org/pdf/english/whats_new/11_2010/1124_3_LEE_JW.pdf.

Rol del *amicus curiae* en los procedimientos
arbitrales del Centro Internacional de Arreglo
de Diferencias Relativas a Inversiones (Ciadi), referidos
a las expropiaciones en los países en desarrollo
se terminó de imprimir en el mes de
octubre del 2020, con F.M. Servicios
Gráficos S.A., Miguel Aljovín 414, Urb. Santa Rita,
Miraflores, teléfono: 620-5795
Lima 18, Perú