

“*AMICUS CURIAE*”: UN ANÁLISIS COMPARATIVO DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN

Sebastián F. Bórquez Becker*

Resumen. El objetivo principal de esta investigación es comparar el trato otorgado a los escritos *Amicus Curiae* en el derecho de la OMC y en las normas de arbitraje internacional de inversión. Este documento adicionalmente señalará los orígenes, significados y tipos de *Amicus Curiae*, para después centrar la discusión en como los Acuerdos de la OMC y su jurisprudencia interactúan con ellos. También se centrará en el papel de los escritos en el marco legal del arbitraje internacional de inversión y su jurisprudencia, analizando las reglas de arbitraje de CIADI, el mecanismo complementario de CIADI y las reglas de arbitraje de CNUDMI; incluyendo el recién adoptado Reglamento de la CNUDMI sobre la transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado. La evidencia estudiada en este artículo demuestra la evolución del tema, y los diferentes caminos que han tomado los dos sistemas legales, ya sea basándose en un análisis caso por caso, o reformando sus textos legales con efectos generales, concluyendo en ambos casos con una fertilización cruzada entre los dos sistemas legales en algunos aspectos.

Palabras clave. *Amicus curiae*, escrito *amici*, participación de terceros, OMC, CIADI, CNUDMI, Arbitraje internacional de inversión.

*Abogado, Universidad Central de Chile, LLM. Máster en derecho en Derecho y Política Económica Internacional (IELPO), Universidad de Barcelona. Actualmente se desempeña como abogado litigante en el Consejo de Defensa del Estado de Chile.

Traducción de Ana Luz Hernández

I. INTRODUCCION

Este artículo es una investigación sobre escritos *amicus curiae* comparando las normas de la OMC y las normas de inversión internacional. Los escritos *amicus curiae* se relacionan ampliamente con la manera en que terceras partes sin interés jurídico en una disputa, pueden participar en ellas.

Existe una limitada bibliografía sobre los *amicus curiae* desde una perspectiva comparativa. De hecho la mayoría de la bibliografía relacionada con la cuestión de los Amici tiene enfoque unidireccional, examinándola únicamente desde el punto de vista de la OMC o desde la perspectiva del arbitraje internacional de inversión, a pesar de la existencia de artículos comparando esta cuestión en otras jurisdicciones de diferente naturaleza, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Internacional de Justicia, entre otras. En segundo lugar, este estudio tiene una importancia práctica debido a la información obtenida de la regulación de los *Amicus Curiae*, en ambos foros: la evolución de la jurisprudencia estableciendo requisitos para presentar los escritos Amici, los argumentos para aceptarlos o no y el valor que se le da a su contenido.

En lo que se refiere a la OMC, este artículo analiza ocho casos. Con relación al arbitraje internacional de inversión, este artículo toma en cuenta las reformas que se han hecho recientemente como las enmiendas al Reglamento de la CNUDMI sobre la transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, adoptadas en 2014.

El primer capítulo aborda las definiciones, orígenes, características y tipos de *amicus curiae*. El segundo capítulo se refiere a los *amicus curiae* relacionados con el ámbito legal de la OMC, incluyendo los acuerdos abarcados y la jurisprudencia más importante. El tercer capítulo examina a los *amicus curiae* en las normas de inversión internacional y arbitraje, incluyendo las Reglas de Arbitraje de CIADI, el Mecanismo Complementario de CIADI, las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL y el recientemente adoptado Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado. Este capítulo también incluye la jurisprudencia más relevante.

Al final, presentamos nuestras conclusiones.

II. ASPECTOS GENERAL DE LOS “AMICUS CURIAE”

A. ORIGENES

Los *amicus curiae* como institución jurídica surgen en la época romana,¹ pero como veremos posteriormente en este artículo, hay poca certeza acerca de su significado y función a través del tiempo.

En Roma, las participaciones Amicus eran completamente diferentes a las de ahora. De hecho, fue un consejero independiente de la corte,² quien fue designado por la corte para brindarle ayuda cuando lo solicitara. La estructura política y jurídica de Roma fomentaba la idea de que las decisiones importantes no podían ser tomadas por un solo individuo. Los *Amicus curiae* se convirtieron en una tradición implementada en varias instituciones romanas, como el *consillium* que tenía la función de dar asesoría al Emperador. En la mayoría de los casos estas personas eran amigos cercanos o *Amici* del Emperador. Por lo tanto, el término *Amicus curiae* se utilizaba para indicar esta posición.³

Posteriormente, el *consillium* solía solicitar asesoría antes de emitir una decisión. Esto se convirtió en una práctica también utilizada por los jueces romanos, preguntando a prominentes juristas sobre asuntos complejos. Estos juristas eran nombrados *jurisconsultior jurisprudentes*.

Esta práctica ha existido desde el siglo III o IV, pero no era llamada *Amicus curiae* en los textos romanos. Más bien, se usaban en ellos los términos *Amici*, *consullaru*, *iris consulti* or *iris prudentes*, *iuris pubicirespondendi and ministratorare*.⁴

Esta antigua institución fue introducida en los sistemas del *common law* en el siglo XIV. Desde los siglos XVII y XVIII, referencias sobre la existencia y participación de los *Amicus curiae* han sido comunes en todos los reportes de Inglaterra.⁵ De hecho, el desarrollo de esta institución puede estar

¹ Mohan, “*The Amicus curiae: Friends No More?*” 12 *Research Collection School of Law (Open Access)*. (2010) Paper 975, página 4. http://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/975

² Mohan, *supra* nota 1, página 11.

³ Crook, “*Consullium Principis: Imperial Councils and Counsellors from Augustus to Diocletian*” (1955), página 26.

⁴ Mohan, *supra* nota 1, página 13.

⁵ Gao, “*Amici Curiae in WTO Dispute Settlement: Theory and Practice*” 51 *Big country Small Wold. China Rights Forum*. (2006) 1, página 51.

ligado con el rechazo de aceptar terceras partes en los procedimientos ante el *common law*.⁶ En consecuencia, las terceras partes que querían ser escuchadas dentro de un procedimiento tenían que usar esta institución, lo cual era regularmente aceptado en las cortes inglesas. Más aún, en 1573 las Cortes Inglesas alentaron a la gente para participar como *Amicus curiae* “para informar a la corte de algún error, con el fin de prevenir que la corte cometiera errores”.⁷

En el derecho comercial internacional, el primer escrito *amici* se presentó en el caso *Estados Unidos – Gasolina*, llevado a cabo antes de la OMC, iniciado por Venezuela a través de una solicitud de consultas en 1995. Pero este escrito no fue considerado por el Grupo Especial. Posteriormente, en el campo de la inversión internacional, vemos *Amicus curiae* buscando ser participantes en los procedimientos, lo que ocurrió por primera vez en el caso *Methanex v. EUA*, en 2001.

B. SIGNIFICADO Y TIPOS DE *AMICUS CURIAE*

La traducción del latín de las palabras *Amicus curiae* es “amigo de la corte”, la cual brinda un aparente y simple significado.⁸

En el diccionario jurídico *Mellinkoff's* se define como:

Alguien no parte del litigio, pero usualmente favoreciendo a una de las partes a quien la corte le permite hacer argumentos⁹

Los tipos de *Amicus Curiae* difieren bastante en términos de hechos y contexto. Encontramos en los *Amicus curiae* clásicos o tradicionales, los *Amicus curiae* de apoyo y los *Amicus curiae* políticos o modernos.¹⁰

⁶ Shelton, “*The Participation of Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings*” Vol. 88, *The American Journal of International Law*, (1994) 4, página 616.

⁷ Mohan, *supra* nota 1, página 5.

⁸ J. Belhouse y A. Lavers, “*The Modern Amicus curiae: A Role in Arbitration?*” (2004), página 187.

⁹ D. Mellinkof, “*Dictionary of American Legal Usage*” (2001) página 41.

¹⁰ I. Doron y M. Troty-Jubran, “*Too Little, Too late? An American Amicus in an Israeli Court*” 19 temp. Int'l & Comp. L. J. (2005), página 105.

Los *amicus curiae* tradicionales consisten en un abogado designado por la Corte cuando considere que necesita más ayuda de la que se brinda por las partes. El objetivo final es asistir a la corte y no representar los intereses de ninguna de las partes.

Los *Amicus curiae* de apoyo, consisten en que una persona es designada por la Corte para representar a una parte indefensa, cuando la ayuda legal no está disponible.

Por último, los *Amicus curiae* políticos o modernos, son aquellos en los que quien actúa, lo hace sin designación por la corte, pero usualmente teniendo un fuerte interés en la resolución de la disputa, incluso sin tener interés jurídico como tercer participante. Por lo general, representan grupos de personas unidas por el mismo interés que surge de una estructura organizada.

III. LOS *AMICUS CURIAE* EN LA OMC

A. LOS ACUERDOS DE LA OMC SOBRE LOS *AMICUS CURIAE*

El mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC), resuelve las diferencias entre los Miembros de la OMC. El Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD) y el Procedimiento de trabajo para el examen de apelación (Reglamento) - el derecho adjetivo aplicable - no contienen disposiciones sobre los escritos *Amicus curiae*.

Sin embargo, organizaciones no gubernamentales (ONG's), académicos, empresarios y asociaciones de la industria, entre otras organizaciones desvinculadas a la OMC, han demostrado interés en las diferencias de la organización desde el primer caso de la época OMC, e incluso antes en la época del GATT.¹¹ De hecho, durante la época del GATT se recibieron muchos escritos *Amici*, pero todos fueron rechazados. Después del establecimiento de la OMC en conjunto con "el sistema internacional de solución de diferencias más completo de la historia",¹² el número de *escritos amici* no ha disminuido, al contrario, ha incrementado.

¹¹G. Macau y M. Stilwell, "*Practical Suggestions for Amicus Curiae Briefs before the WTO Adjudicating Bodies*", 1 *Journal of International Economic Law*, (2001), página 157.

¹² A. Lowenfeld, "*International Economic Law*" (2002) página 150.

El primer caso previo a los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación (OA) de la OMC en el que se presentó un escrito *Amici*, fue *EU-Gasolina*. Sin embargo, siguiendo la práctica del antiguo GATT, en la que existía una fuerte creencia de que las disciplinas comerciales eran de interés exclusivo de los Miembros de la OMC, no fueron considerados.

Los acuerdos de la OMC no contienen las palabras *Amicus curiae*, o *Amici* o algo similar. Sin embargo, los escritos *Amici* han sido presentados en un amplio número de casos. Por esta razón, existía la necesidad de dar sentido a la realidad de esos escritos aun cuando los negociadores de los Acuerdos de la OMC no los previeron o no los querían.

En general, hay algunas maneras de abordar los escritos *amici*, 1) prohibiéndolos; 2) regulando su aceptación por medio de una enmienda basada en el artículo 10 del Acuerdo de Marrakesh; y c) regulando su aceptación sobre una base caso por caso por los órganos juzgadores de la OMC. El último camino fue adoptado.

Los primeros casos en los que el Órgano de Apelación se encontró ante los *escritos amici* fueron *EU-Camarón*,¹³ *EU-Acero*,¹⁴ y *CE – Amianto*¹⁵ casos que se presentarán en los siguientes capítulos. Sin embargo, después de *CE – Amianto*, en donde el Órgano de Apelación decidió recibir abiertamente escritos *amici* (solo para ese caso), se desató un fuerte e intenso debate entre los Miembros de la OMC. De hecho, algunos Miembros de la OMC estaban totalmente en desacuerdo con la decisión tomada por el Órgano de Apelación y Egipto tomó el liderazgo en representación de los países en desarrollo solicitando una reunión extraordinaria del Consejo General de la OMC, para discutir la cuestión de los *amicus*.

El 22 de noviembre del 2000, se llevó a cabo la reunión extraordinaria. La mayoría, con pocas excepciones, estaban en contra de la decisión tomada por el Órgano de Apelación por haber invitado

¹³*Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*. WT/DS58/AB/R. (12 de octubre de 1998). Párrafos 79-91 y 99-110.

¹⁴*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*. WT/DS138/AB/R. (10 de mayo de 2000). Párrafos 36-42.

¹⁵*Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*. WT/DS135/AB/R. (12 de marzo de 2001). Párrafos 50-57.

abiertamente en *CE - Amianto* a no-Miembros de la OMC como *amicus curiae*. Las siguientes líneas contienen algunos extractos de las opiniones brindadas ese día.

"Uruguay creía que el efecto práctico había sido garantizar un derecho a individuos e instituciones fuera de la OMC, que los mismos Miembros no poseían".¹⁶

En la opinión de Egipto "[e]l Grupo creía que la decisión que había sido tomada por la División del Órgano de Apelación que atendía la apelación en el caso *Amianto*, de adoptar un procedimiento adicional para revisar escritos recibidos por otras personas diferentes de una Parte o terceros en la disputa, iba más allá del Mandato del Órgano de Apelación".¹⁷

Muchos otros Miembros estaban claramente en contra de la decisión tomada por el Órgano de Apelación sobre los escritos *Amicus* para el caso *CE-Amianto*, porque en su opinión, existía una cuestión sistemática sustantiva más que un tema procedimental. En consecuencia, el poder legislativo de la OMC debería lidiar con el problema y no el poder judicial que carece de competencia para eso. En la opinión de Canadá "... Desde el punto de vista de su delegación, Miembros, y no del sistema de solución de diferencias, deben decidir sobre cómo debería ser vista la cuestión de la participación de *Amicus* en el futuro."¹⁸

El único que país que apoyó abiertamente al Órgano de Apelación fue Estados Unidos, el cual tenía la siguiente opinión: "la representación de los Estados Unidos cree que el Órgano de Apelación ha actuado apropiadamente al adoptar el procedimiento adicional en la apelación de *amianto*. El Órgano de Apelación, tiene la autoridad bajo la Regla 16(1) de sus Procedimientos de Trabajo para adoptar el procedimiento adicional con respecto a la aceptación y consideración de escritos *Amicus* en ese caso."¹⁹

La experiencia de la OMC con respecto a los *Amicus curiae* ha sido un tanto controversial desde la perspectiva legal, pero también para la perspectiva normativa y política y al final, los Miembros no han alcanzado ninguna solución sistemática ni constitucional. El Órgano de Apelación ha lidiado con la cuestión a través de su propia jurisprudencia. Pero al parecer, la discusión ha evolucionado de si

¹⁶ Ibid, párrafo 7.

¹⁷ Ibid, párrafo 12.

¹⁸ Ibid, párrafo 73

¹⁹ Ibid, párrafo 74.

aceptar o no los escritos *amici* hacia el valor y peso jurídico de dichos escritos, dado que hasta ahora, el Órgano de Apelación nunca ha considerado algún escrito *amici* como útil o pertinente para sus decisiones.

B. LOS ACUERDOS APLICABLES A LOS *AMICUS CURIAE*

Los escritos *Amicus curiae* no están regulados en los Acuerdos Abarcados de la OMC. Únicamente los Miembros de la OMC pueden iniciar y participar en las disputas de la OMC.

Por ejemplo, el artículo 1 del ESD, el cual contiene la cobertura y aplicación del Acuerdo, establece que la solución de diferencias de conformidad con el ESD tendrá lugar exclusivamente entre los Miembros de la OMC. De hecho, la primera y segunda oración del artículo 1(1) del ESD establece que las reglas y procedimientos del ESD son aplicables a las disputas entre los Miembros en cuanto a las disposiciones de sus acuerdos del anexo 1 del ESD y sus derechos y obligaciones bajo las disposiciones del acuerdo por el que se establece la OMC y el mismo ESD.

El artículo 1(2) del ESD establece las reglas de procedimiento el ESD respecto a los acuerdos abarcados del anexo 2. En caso de que existan disposiciones específicas en esos acuerdos, éstos deberían prevalecer. Pero esas disposiciones únicamente refieren a Miembros de la OMC como partes en las diferencias.

El ESD regula la participación de terceras partes durante el procedimiento ante el Grupo Especial en el artículo 10, sin mencionar a los No-Miembros de la OMC. Las terceras partes son únicamente Miembros de la OMC que no son reclamantes ni reclamados en la disputa.

El proceso de apelación del artículo 17(4) del ESD contempla que terceras partes tengan el derecho de apelar, lo cual es preservado solo por las partes en la diferencia. Sin embargo, las terceras partes que han participado en dichas diferencias, pueden enviar alegatos escritos y ser oídas por el Órgano de Apelación.

Por lo tanto, la cuestión más importante y generalizada es si los Grupo Especiales o el Órgano de Apelación están facultados para recibir, considerar y tomar en cuenta los *escritos amici* que se les presenten. Esta no es una pregunta fácil.

Ninguna regla permite o prohíbe explícitamente a los Grupo Especiales o al Órgano de Apelación recibir alegatos escritos *amicus curiae*. Por lo tanto, la puerta para la interpretación jurídica se encuentra abierta para la jurisprudencia de la OMC.

El artículo 13(1) del ESD brinda a los Grupo Especiales el derecho de buscar información y ayuda técnica de cualquier individuo o grupo que considere apropiado. Posteriormente el artículo 13(2) del ESD, establece que el Grupo Especial puede buscar información de cualquier fuente relevante y podrá consultar a expertos para obtener su opinión sobre determinados aspectos de lo que se esté examinando. Por lo tanto, si se interpreta este artículo ampliamente, podría llegarse a la conclusión de que los Grupo Especiales pueden permitir escritos *amici* como medio para recabar información.

También el artículo 12 del ESD permite a los Grupo Especiales desviarse de los procedimientos del Anexo 3 del ESD y crear sus propios procedimientos.

Otra obligación importante de los Grupo Especiales está incluida en el artículo 11 del ESD, el cual obliga al Grupo Especial a hacer evaluaciones objetivas de la materia del asunto. Incluyendo los hechos, su aplicación y su compatibilidad con los acuerdos abarcados relevantes.

Algunos académicos sostienen la opinión de que los Grupos Especiales tienen el derecho de buscar información y al mismo tiempo el poder establecer sus propios procedimientos precisamente porque su mandato establecido en el artículo 11 del ESD, los obliga a realizar una evaluación objetiva de la materia y hechos. Por lo tanto, la autoridad de los Grupos Especiales de permitir *amicus curiae* está implícita en este conjunto de normas.²⁰

Pero cuando se trata de la apelación ante el Órgano de Apelación, el artículo 13 del ESD pierde su aplicación ya que únicamente cubre procedimientos ante el Grupo Especial, no en apelaciones. Por lo tanto, el artículo 17(9) del ESD "procedimientos para la apelación" establece que los procedimientos de trabajo de Órgano de Apelación deberán ser establecidos por el mismo en consulta con el Presidente del OSD y el Director General de la OMC, y comunicados a todos los Miembros.

²⁰Howse, 'The Most Dangerous Branch? WTO Appellate Body Jurisprudence on the Nature and Limits of the Judicial Power' in T. Cottier and P. Mavroidis (eds), *The Role of the Judge in International Trade Regulation: Experience and Lessons for the WTO* (2000) 4, página 23.

También la regla 16(1) de los procedimientos de trabajo del Órgano de Apelación establece que, donde surja una duda sobre el procedimiento (como ¿cómo deben de ser tratados los *amicus curiae* que se presenten?) que no se abarque en esas reglas, una división puede adoptar el procedimiento apropiado para los propósitos de la apelación, siempre que no sean inconsistentes con el ESD, los demás acuerdos abarcados y las reglas.

Esta regla únicamente cubre cuestiones de procedimiento y la adopción de un procedimiento especial aplica únicamente para la apelación, entre otras notificaciones que se requieren una vez que haya establecido el procedimiento. Varios académicos y Miembros de la OMC sostienen que el tema de los *amicus curiae* no es procedimental sino sustantivo. Además, es importante señalar que el Órgano de apelación únicamente trata cuestiones de derecho, no de hechos. Por lo tanto, los escritos *amici* deben tratar únicamente con cuestiones de derecho.

Como se explicó en esta sección, los Acuerdos Abarcados de la OMC no tratan directamente a los *amicus curiae*. Más aún, las palabras *amici* o *amicus curiae* no se usaron en ningún momento en los Acuerdos de la OMC. No obstante, algunos artículos del ESD y del Reglamento han sido usados para interpretar que existe una puerta abierta para la participación de esta antigua institución legal en el sistema de solución de diferencias de la OMC.

C. JURISPRUDENCIA DE LA OMC SOBRE *AMICUS CURIAE*

El trato a los *amicus curiae* ha evolucionado en jurisprudencia de la OMC. Por ejemplo, en *EU - Camarón* únicamente se resolvió sobre si los Grupo Especiales tenían o no, la autoridad de recibir escritos *amici* no solicitados. Posteriormente en *EU-Acero*, el Órgano de Apelación concluyó que no tenía la facultad de recibir y aceptar escritos *amici* no solicitados. Después en *CE-Amianto* el Órgano de Apelación designó un procedimiento especial para la participación en las disputas de terceros no miembros de OMC.

1. *Australia – Salmón (Artículo 21.5) (DS18)*

Canadá fue el reclamante contra Australia. El reporte del Grupo Especial del 18 de febrero de 2000, en el marco del procedimiento previsto en el artículo 21.5 del ESD iniciado por Canadá.

En este caso, el 25 de noviembre de 1999 el Grupo Especial instituido para resolver sobre el artículo 21.5, recibió una carta por parte de “Pescadores y Procesadores interesados” del sur de Australia. En ella se referían al trato que Australia le brindaba a las importaciones de sardina para usarlas como cebo o alimento para peces y las importaciones de salmón.

El Grupo Especial consideró que la información contenida en la carta era relevante y la aceptó como parte de la resolución. Basó su decisión en el artículo 13.1 del ESD, que da al Grupo Especial la autoridad para buscar información.²¹

La información en el *escrito amicus* señalaba el trato diferenciado que daba Australia a las importaciones de sardina *vis à vis* las de salmón, a la luz del artículo 5.5 del Acuerdo sobre la aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias el cual se refiere a potenciales discriminaciones arbitrarias o injustificables.²²

2. Estados Unidos – Camarón (DS58)

Este caso tuvo como reclamantes a India, Malasia, Paquistán y Tailandia y como reclamado a Estados Unidos. Los reportes del Grupo Especial y el Órgano de Apelación fueron adoptados el 6 de noviembre de 1998. La medida en cuestión era la prohibición de importación por parte de Estados Unidos de camarón y productos de camarón de países no certificados en los que se utilizaba una determinada tecnología pesquera.

Este caso ha sido bastante citado por *amicus curiae*. Primero el Órgano de Apelación dejó claro que los *escritos amicus* que van acompañados con una comunicación escrita de una de las partes, al menos *prima facie*, deben ser considerados parte integral de la actuación de una parte, por lo tanto, aceptada completamente por el Tribunal.²³

Segundo, y más importante, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial con respecto a rechazar dos *escritos amicus* no solicitados enviados por el Centro de Conservación

²¹ Australia – Medidas que afectan las importaciones de Salmón –Recurso 21.5 por Canadá-WT/DS18/RW, 18 de febrero 2000, párrafo 7.8.

²² *Ibid*, párrafo 7.9.

²³ *Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos.*, *supra* nota 15, párrafo 89.

Marina (CCM) y el Centro de Derecho Ambiental Internacional (CIEL, por sus siglas en inglés). También se presentó un tercer escrito por *World Wide Found for Nature* (WWFN) el cual tampoco se consideró en esta constatación del Grupo Especial. El Órgano de Apelación revocó esta constatación y estableció que:

los grupos especiales tienen la facultad de *aceptar o rechazar* cualquier información o asesoramiento que hayan solicitado y recibido, o de disponer de ellos de algún modo apropiado ... para determinar *la necesidad de información y asesoramiento* en un caso concreto, para establecer la aceptabilidad y pertinencia de la información o del asesoramiento recibidos y para decidir *qué peso atribuir a tal información o asesoramiento* o para concluir que no se debería conferir importancia alguna al material recibido.²⁴

Esta constatación se basó en el artículo 13 del ESD el cual establece el derecho del Grupo Especial de recabar información. Pero también el Órgano de Apelación encontró que el artículo 12.1 del ESD autoriza a los Grupos Especiales de desviarse o de adherirse a los Procedimientos de Trabajo establecidos en el Anexo 3 del ESD, y establecer sus procedimientos después de la consulta a una parte. Posteriormente, sostuvo que la flexibilidad otorgada a los Grupos Especiales tiene un razón, y es que puedan cumplir con su objetivo final – hacer una evaluación objetiva del asunto y los hechos ante ellos y la aplicabilidad y la conformidad con los acuerdos abarcados, tal como se establece en el artículo 11 del ESD.²⁵

3. Tailandia – Vigas doble T (DS122)

En este caso el reclamante fue Polonia y reclamante Tailandia. Los reportes del Grupo Especial y Órgano de Apelación, fueron adoptados el 5 de abril de 2001. La medida en cuestión eran las medidas impuestas *antidumping* impuestas por Tailandia en contra de las Vigas doble T provenientes de Polonia.

El Órgano de Apelación recibió un *escrito amíci* entre otros presentados, de *Consuming Industries Trade Action (CITAC)*, la cual es una coalición entre las compañías de Estados Unidos y las asociaciones comerciales. El escrito señalaba algunas cuestiones legales en la apelación y también fue

²⁴ *Ibid*, Estados Unidos – Prohibición de importaciones de camarón y productos de camarón, párrafo 104.

²⁵ *Ibid*, Estados Unidos – Prohibición de importaciones de camarón y productos de camarón, párrafo 106.

enviado a la partes y a las terceras partes involucradas – las Comunidades Europeas, Japón y Estados Unidos.

Tailandia en una comunicación escrita al Órgano de Apelación, señaló que el Órgano de Apelación no tenía autoridad de considerar *escritos amici*. Al mismo tiempo estableció que CITAC debió tener acceso a la comunicación escrita de Tailandia porque establecieron el mismo tipo de argumentos en su escrito y citó párrafos de la comunicación de Tailandia. Por lo tanto, desde el punto de vista de Tailandia, existió una violación a las obligaciones de confidencialidad en el procedimiento.

Surgió una nueva cuestión con respecto a las participaciones *amicus curiae*: la confidencialidad de los procedimientos de la OMC de acuerdo con los artículos 17.10 y 18.2 del ESD. La primera disposición establece que los procedimientos del Órgano de Apelación son confidenciales y la redacción de los reportes es privada, evitando que las partes o cualquier persona participe. La segunda disposición, por un lado, establece que las comunicaciones escritas a los Grupos Especiales o el Órgano de Apelación deberán de ser tratadas como confidenciales y únicamente disponibles para las partes en la diferencia. Esta disposición establece que las partes en la diferencia deberán de tratar como confidencial cualquier información que se le comunique al Grupo Especial o al Órgano de Apelación por otras partes en la diferencia.

El Órgano de Apelación sostuvo que si los hechos fueran ciertos así como los planteó Tailandia, se creería que puede existir una violación *prima facie* a los artículos 17.10 y 18.2 del ESD.²⁶

El Órgano de Apelación rechazó el escrito de CITAC y no lo consideró.

4. CE – Amianto (DS135)

En esta disputa, el reclamante fue Canadá y el reclamado las Comunidades Europeas. Los reportes del Grupo Especial y el Órgano de Apelación fueron adoptados el 5 de abril de 2001. La medida en

²⁶ *Tailandia – Derechos antidumping sobre los perfiles de hierro y acero sin alear y vigas dobles T procedentes de Polonia*, WT/DS122/AB/R, 12 de marzo de 2001, párrafo 68.

cuestión era la prohibición de Francia de amianto y productos que contienen amianto *vis a vis* determinados sustitutos nacionales como PVA, celulosa, productos de fibra de vidrio.

Este caso ha sido citado en múltiples ocasiones en el contexto de los *amicus curiae*.

Cuando se apeló el reporte de Amianto, el Órgano de Apelación tenía previsto un gran número de comunicaciones *amicus*.²⁷ Por primera vez, el 7 de noviembre del 2000 el Órgano de Apelación conforme a la Regla 16.1 de los Procedimientos de Trabajo estableció un procedimiento para permitir eventuales comunicaciones *amicus curiae* de no-Miembros de la OMC, tras la celebración de consultas con las partes y los terceros en la diferencia. El procedimiento se estableció únicamente para la apelación.

Este procedimiento adoptado por el Órgano de Apelación fue el siguiente:

- Cualquier persona, física o jurídica, que no sea parte o tercero en la presente diferencia y desee presentar una comunicación por escrito al Órgano de Apelación deberá solicitar la autorización del Órgano de Apelación para presentar esa comunicación antes del mediodía del jueves 16 de noviembre de 2000.
- La solicitud de autorización para presentar una comunicación por escrito de esa índole:
 - Se hará por escrito, estará fechada y firmada por el solicitante e incluirá la dirección y otras informaciones que permitan ponerse en contacto con el solicitante;
 - No excederá, en ningún caso, de tres páginas mecanografiadas;
 - Contendrá una descripción del solicitante, que incluya una declaración en la que se indique la composición y la condición jurídica del solicitante, los objetivos generales que el solicitante trata de alcanzar, la naturaleza de las actividades del solicitante y las fuentes de financiación del solicitante;
 - Especificará la naturaleza del interés que el solicitante tiene en esta apelación;
 - Identificará las cuestiones de derecho específicas tratadas en el informe del Grupo Especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por el Grupo Especial que constituyen el objeto de esta apelación, según se indican en la notificación de la

²⁷ D. Palmer y P. Mavroidis. *Dispute Settlement in the World Trade Organization, Practice and Procedure*. (2004) párrafo 36.

apelación (WT/DS135/8), de fecha 23 de octubre de 2000, que el solicitante se propone tratar en su comunicación escrita;

- Expondrá las razones por las que sería conveniente, en interés de obtener una solución satisfactoria del asunto considerado, con arreglo a los derechos y obligaciones que corresponden a los Miembros de la OMC según el ESD y los otros acuerdos abarcados, que el Órgano de Apelación autorizase al solicitante a presentar una comunicación por escrito en esta apelación; e indicará, en particular, de qué forma el solicitante aportará a la solución de esta diferencia una contribución que no constituya una repetición de lo que ya haya comunicado una parte o un tercero en la presente diferencia; y
 - Contendrá una declaración que revele si el solicitante tiene alguna relación, directa o indirecta, con cualquier parte o cualquier tercero en la presente diferencia, así como si ha recibido o recibirá alguna asistencia, financiera o de otra índole, de una parte o de un tercero en esta diferencia en la preparación de su solicitud de autorización o en su comunicación por escrito.
- El Órgano de Apelación examinará y considerará cada solicitud de autorización para presentar una comunicación escrita y adoptará, sin demora, una decisión acerca de la concesión o denegación de esa autorización.
 - La concesión por parte del Órgano de Apelación de autorización para presentar una comunicación no implica que el Órgano de Apelación examinará en su informe los argumentos jurídicos formulados en esa comunicación.
 - Cualquier persona, que no sea parte o tercero en esta diferencia, y a la que se haya concedido autorización para presentar una comunicación escrita al Órgano de Apelación, deberá presentar su comunicación en la Secretaría del Órgano de Apelación a más tardar al mediodía del lunes 27 de noviembre de 2000.
 - La comunicación escrita que un solicitante al que se haya concedido autorización para presentar esa comunicación presente al Órgano de Apelación :
 - Estará fechada y firmada; por la persona que de presente
 - Será concisa y en ningún caso excederá 20 páginas mecanografiadas, incluidos los apéndices; y

- Constará de una declaración exacta, limitada estrictamente a los argumentos jurídicos, que sustente la posición jurídica del solicitante en cuanto a las cuestiones de derecho o las interpretaciones jurídicas contenidas en el informe del Grupo Especial respecto de las cuales se haya concedido al solicitante autorización para presentar una comunicación por escrito.
- Un solicitante al que se haya concedido autorización, además de presentar su comunicación por escrito en la Secretaría del Órgano de Apelación, dará traslado de una copia de su comunicación a todas las partes y terceros en la diferencia a más tardar al mediodía del lunes 27 de noviembre de 2000.
- El Órgano de Apelación ofrecerá a las partes y terceros en esta diferencia una oportunidad completa y suficiente para formular observaciones y responder a cualquier comunicación por escrito presentada al Órgano de Apelación por un solicitante a quien se haya concedido autorización con arreglo al presente procedimiento.²⁸

De acuerdo con los procedimientos adicionales establecidos por el Órgano de Apelación, se presentaron diecisiete solicitudes. Seis de ellas fueron recibidas fuera de plazo y por lo tanto, se negó el permiso. Las otras once solicitudes también fueron rechazadas debido a que el Órgano de Apelación consideró que no se cumplían con los requisitos establecidos en el procedimiento adicional.²⁹

5. Estados Unidos – Plomo y bismuto II (DS138) (EU-Acero)

En este caso el reclamante era las Comunidades Europeas y el reclamado era Estados Unidos. Los reportes del panel y el Órgano de Apelación fueron adoptados el 7 de junio del 2000.

La medida en cuestión era la dependencia de Estados Unidos sobre cambiar su metodología de propiedad usada para calcular el monto del subsidio en determinados productos de plomo y bismuto provenientes de Reino Unido con el fin de determinar la cuota compensatoria en la revisión administrativa.

²⁸ Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y los productos de amianto, párrafo. 52.

²⁹ *Ídem*, Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y los productos de amianto, párrafo 56.

Este caso ha sido citado en múltiples ocasiones con respecto a la cuestión *amicus curiae* ya que el Órgano de Apelación decidió por primera vez sobre si tiene la autoridad de aceptar *escritos amici*.

El 7 de febrero de 2000, el Órgano de Apelación recibió dos escritos *amicus curiae*.³⁰ La cuestión legal era si el artículo 13 del ESD, que establece el derecho de allegarse información de los grupos especiales, aplica también al Órgano de Apelación.

El Órgano de Apelación no revisa hechos, sino cuestiones de derechos e interpretaciones legales de acuerdo con el artículo 17.6 del ESD. Por lo tanto, cualquier comunicación *amicus curiae* debe apegarse a cuestiones de derecho y no puede agregar ningún nuevo hecho.

El Órgano de Apelación decidió que ni el ESD ni los Procedimientos de Trabajo del Órgano de Apelación prohibían explícitamente aceptar o considerar *escritos amici*. Por lo tanto, el Órgano de Apelación de conformidad con el artículo 17.9 del ESD, estableció que siempre y cuando el Órgano de Apelación actúe de conformidad con los Acuerdos Abarcado y las reglas y los procedimientos del ESD, tiene la autoridad de adoptar reglas de procedimiento.³¹ Sin embargo, los *escritos amici* no fueron considerados en este caso.

6. CE – Sardinias (DS231)

El reclamante de este caso era Perú y el reclamado las Comunidades Europeas. Los reportes del Grupo Especial y el Órgano de Apelación fueron adoptados el 23 de octubre de 2002.

La medida en cuestión era la regulación que establecía estándares en el mercado común para la preservación de sardinias por las Comunidades Europeas, incluyendo especificaciones que solo los productos preparados de *Sardina pichardus* podrían ser comercializados/etiquetados como sardinias protegidas. El producto era de dos especies de sardinias en cuatros lagos diferentes – *Sardina pichardus* Walbaum del Noreste del Atlantico, el Mar Mediterraneo y el Mar Negro; *Sardinopssagaxsagax* del Este del Pacifico a lo largo de la costa de Perú y Chile.

³⁰ Del Instituto Americano de Hierro y Acero y de la Industria Especializada del Acero de Norteamérica.

³¹ *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*, WT/DS138/AB/R, 10 de Mayo del 2000, párrafo 39.

Este caso también es citado en relación con los *amicus curiae*. Su importancia deriva del hecho de que es el primer caso en el que un Miembro de la OMC envía un *escrito amicus*. El Miembro no hizo uso de su derecho para ejercer como tercero en el procedimiento.

Primero, el Órgano de Apelación estableció claramente que tenía la autoridad de aceptar *amicus curiae* como ya había aceptado en *EU – Acero*, de acuerdo con el artículo 17.9 del ESD. Posteriormente, el Órgano de Apelación estableció que los no-Miembros de la OMC no tenían derecho de participar. Los Órganos decisorios de la OMC estaban facultados para aceptar *escritos amici*.

El razonamiento del Tribunal era que, si el Órgano de Apelación aceptaba escritos de no-Miembros de la OMC, debería otorgarle el mismo trato y no uno menor a los *amicus* provenientes de Miembros de la OMC.³²

El Órgano de Apelación ofreció mayor orientación. Puede rechazar escritos *amici* presentados por Miembros de la OMC que fueron presentados en una muy “... tardía etapa en los procedimientos de apelación, con el resultado de imponer una carga excesiva a los demás participantes.”³³

Este reporte del Órgano de Apelación es muy relevante en la cuestión de contenido de *escritos amici* en la etapa de apelación. De hecho, el Órgano de Apelación aceptó el *escrito amicus* de Marruecos, pero solo consideró un punto de todo el documento, el cual fue los argumentos legales del artículo 2.1 del Acuerdo OTC y del GATT de 1994. La información fáctica restante en el escrito fue desestimada porque no era pertinente a la etapa de apelación.³⁴

En conclusión, este caso estableció que un Miembro de la OMC puede participar en procedimientos ante el Órgano de Apelación como *amicus curiae* en casos en donde el Miembro no ejerza su derecho a participar como tercero en la etapa del Grupo Especial. Si no fuera así, a los Miembros de la OMC se les concedería un trato menos favorable que el acordado a los no-Miembros. Además, el Órgano de Apelación estableció que los *escritos amici* presentados ante el Órgano de Apelación deben contener únicamente argumentos jurídicos e interpretaciones y excluir información

³² European Communities –Trade Description of Sardines. WT/DS231/AB/R. 26 de septiembre de 2002. Párrafo. 164.

³³ *Ibid.* párrafo 167.

³⁴ *Ibid.* párrafo 169 y 170.

fáctica. Finalmente el escrito no debería ser presentado al final de la etapa de los procedimientos del Órgano de Apelación.

7. *EU – Salvaguardas al Acero (DS248, 249, 251, 252, 253, 254, 258 y 259)*

Este procedimiento trata de manera conjunta ocho disputas en contra de la misma medida impuesta por Estados Unidos. Los reclamantes eran Brasil, China, las Comunidades Europeas, Japón, Corea, Nueva Zelanda, Noruega y Suiza. Los reportes del Grupo Especial y el Órgano de Apelación fueron adoptados el 10 de diciembre de 2003.

La medida en cuestión fue la salvaguarda definitiva de Estados Unidos en un número de productos de acero.

En este caso, el Instituto Americano de Acero Internacional envió un escrito *amicus curiae*. El Órgano de Apelación lo aceptó, pero fue desestimado porque trataba una cuestión que no era parte de ninguna de las reclamaciones. Por lo tanto, encontraron que no era útil en la decisión de la apelación.³⁵

8. *Estados Unidos – Madera Blanda VI (DS277)*

En este caso el reclamante fue Canadá y el reclamado fue Estados Unidos. El reporte del Grupo Especial no fue apelado y fue adoptado el 26 de abril de 2004. La medida en cuestión fue la aplicación definitiva de cuotas antidumping y compensatorias impuestas a la madera blanda proveniente de Canadá.

El Secretariado recibió una comunicación *amicus curiae* no solicitada por parte de *Northwest Ecosystem Alliance*. Subsecuentemente el Panel decidió no aceptar dicho escrito, basando su decisión en la siguiente consideración:

³⁵Estados Unidos – Medidas de salvaguardia definitivas sobre las importaciones de determinados productos de acero. WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R y WT/DS259/AB/R, 10 de Noviembre de 2003, párrafo 268.

- La cuestión *amicus curiae* tiene una falta de consenso entre los Miembros de la OMC.³⁶

Esta decisión partió de la jurisprudencia del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos–Camarón* el cual estableció que los Grupos Especiales tienen la autoridad de aceptar *escritos amici*, diciendo ahora que la cuestión *amicus curiae* es una cuestión sistemática que no había sido resuelta por los Miembros de la OMC.

IV. *AMICUS CURIAE* EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN.

A. UNA MIRADA AL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y SU EXPERIENCIA CON *AMICUS CURIAE*

La confidencialidad es tradicionalmente considerada una de las mayores ventajas del arbitraje comercial internacional entre partes privadas. Pero en años recientes se han incrementado las demandas para más apertura y transparencia en el arbitraje de inversión en casos en los que están en juego cuestiones de interés público.³⁷

Un tratado bilateral de inversión (TBI) brinda al inversionista de una parte del TBI que no ha firmado el tratado, el derecho de presentar un caso en el marco del arbitraje contra el Estado receptor, cuando el inversionista ha sufrido daños causados por una medida tomada por el Estado receptor que sea inconsistente con las obligaciones del tratado.

El derecho de la inversión internacional no tiene una estructura multilateral con órganos permanentes. El derecho de inversión aplicable a los Estados, es aplicable de manera bilateral en su mayoría y hoy en día existen más de 2,500 TBI's. Esto tiene un gran impacto en el estudio de las participaciones *amicus curiae*, porque la ley que rige la materia es usualmente el TBI específico.

Los TBI's establecen varias opciones cuando se trata de reglas de arbitraje. Por ejemplo, el artículo 10.15 (5) del Tratado de Libre Comercio de Estados Unidos – Chile (TLC) sobre inversión brinda cuatro opciones sobre reglas de arbitraje:

³⁶Estados Unidos – Investigación de la Comisión de Comercio Internacional respecto de la madera blanda procedente del Canadá. WT/DS277/R 22 de marzo de 2004. Nota 75.

³⁷ R. Dolzer y C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*. (2012), página 286.

- El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.
- El Mecanismo Complementario del Centro de Internacional de Arreglo a las Diferencias Relativas a Inversiones;
- Las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (Reglas de CNUDMI);
- O cualquier otra institución de arbitraje o reglas de arbitraje que acuerden las partes en la diferencia.

Una regla muy similar se encuentra en el TLCAN³⁸ pero excluye la alternativa de cualquier otra institución de arbitraje acordada por las Partes. En la práctica, únicamente el Mecanismo Complementario de CIADI y las reglas de CNUDMI están disponibles para México o sus inversionistas ya que únicamente Estados Unidos y recientemente Canadá han firmado el Convenio de CIADI y México no lo ha hecho.³⁹

La solución de diferencias inversionista-Estado puede ser iniciado de conformidad con diferentes mecanismos de los tratados y por lo tanto pueden ser llevados bajo el auspicio de diferentes centros arbitrales. Una disputa puede seguir las reglas de CIADI o del mecanismo complementario de CIADI, administrados por CIADI, o puede seguir las reglas de UNCITRAL con un tribunal arbitral *ad-hoc*. Adicionalmente a este conjunto de reglas, la solución de diferencias en materia de inversión puede también llevarse a cabo bajo las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI rules),⁴⁰ entre otras reglas que rigen algunas otras instituciones internacionales de arbitraje.

Específicamente, respecto a la participación de terceras partes, el TLCAN tomó una decisión en 2001 interpretando el Capítulo 11 del Tratado. En esta decisión se reconoció que ninguna disposición del TLCAN impone a las partes en la diferencia, la obligación general de confidencialidad.

³⁸Art. 1120(1) (a)-(c) TLCAN.

³⁹LIST OF CONTRACTING STATES AND OTHER SIGNATORIES OF THE CONVENTION a partir del 01 de noviembre del 2013. En <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=English> Consultado en noviembre del 2014.

⁴⁰Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República de Bolivia para la Promoción y Protección de Inversiones. En el artículo 9.

Adicionalmente, cada parte acordó hacer disponible al público todos los documentos envidados a, o emitidos por, un Tribunal del Capítulo 11, con excepción de los documentos con contenido confidencial, información de negocios, información privilegiada o material protegido contra la divulgación conforme al derecho de una de las partes e información que una parte debe de retener de acuerdo con las reglas arbitrales relevantes, tal como se aplica.⁴¹

Posteriormente, en 2003 las partes del TLCAN emitieron un procedimiento relacionado con la participación de partes que no son parte de la controversia. Brevemente, bajo este procedimiento las partes que no son parte de la controversia, tienen que pedir autorización del Tribunal el cual consulta a las partes y posteriormente adopta una decisión con respecto a aceptar el *escrito amici*. Los límites del tribunal no está interrumpir el procedimiento y no imponer una carga demasiado pesada a las partes en la disputa y aceptar el *escrito amici*. Si el tribunal acepta el escrito las partes en la controversia tienen el derecho de presentar comunicaciones con respecto a la comunicación *amici*. Pero el Tribunal no está obligado en ningún sentido por esas presentaciones hechas por partes fuera de la diferencia.⁴²

La confidencialidad en el arbitraje de inversión, es una característica que deriva del arbitraje comercial internacional.⁴³ De hecho, las reglas de CNUDMI (revisadas en 2010) conforme al artículo 28(3)⁴⁴ aseguran a las partes confidencialidad por medio de procedimientos a puerta cerrada, prohibiendo el acceso a terceros a menos que las partes en la disputa estén de acuerdo. El Reglamento de la CNUDMI sobre la transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado entró en vigor recientemente e incluye *amicus curiae*.

En el caso del CIADI sucede lo mismo. De hecho, bajo los términos de la Convención del CIADI y sus reglas de arbitraje, la publicación de los laudos no está permitida a menos que las partes estén de acuerdo en hacerlo de conformidad con los artículos 48(5) y 48(4) del Convenio del CIADI. Las audiencias son a puerta cerrada, a menos que las partes dispongan lo contrario. Sin embargo, al igual

⁴¹ 31 de julio del 2001, Decisión de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN. http://www.naftaclaims.com/commissionfiles/NAFTA_Comm_1105_Transparency.pdf

⁴² Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre participación de no-partes, 7 de octubre del 2003. <http://www.naftaclaims.com/commissionfiles/Nondisputing-en.pdf>

⁴³ Levine, 'Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third Party Participation' 29 (2011) 1, página 204.

⁴⁴ La misma disposición en las reglas de CNUDMI de 1976, que aplica a la mayoría de los casos.

que las reglas de CNUDMI, se han hecho algunos cambios sobre la participación de terceras partes, como se discutirá más adelante.

El primer escrito *amicus curiae* en el arbitraje internacional de inversión se presentó en el caso *Methanex v. Estados Unidos* en 2001. El Tribunal aceptó esta comunicación aun cuando las reglas del TLCAN y las reglas de arbitraje de UNCITRAL no permitieran expresamente aceptar *escritos amici*.

La experiencia de los *amicus curiae* en el arbitraje internacional de inversión viene de 2001 a través de la jurisprudencia. Posteriormente tuvieron lugar algunas reformas a las reglas del CIADI y enmiendas a las reglas de CNUDMI.

B. *AMICUS CURIAE* BAJO LAS REGLAS DEL CIADI Y EL MECANISMO COMPLEMENTARIO DE CIADI

Antes de 2006, la estructura legal de CIADI no tenía reglas sobre escritos hechos por partes que no son parte de la diferencia. En 2006, el CIADI introdujo la siguiente disposición en la Regla de Arbitraje 37(2):

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

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

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

(c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento. El Tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente.

También se incluyó una disposición similar al artículo 41(3) del Mecanismo Complementario de CIADI.

El camino para presentar un *escrito amicus* en una disputa de inversión internacional bajo las reglas de CIADI está dispuesto por la regla 37(2) de las reglas de arbitraje de CIADI y el artículo 41.3 del Mecanismo Complementario de CIADI.

Según lo dispuesto al final de la regla 37(2), el Tribunal tiene que asegurar la integridad de los procedimientos y no imponer ninguna barrera a las partes.

Finalmente, las reglas de arbitraje del CIADI no dan únicamente al Tribunal la facultad de decidir si un *escrito amici* es admisible pero también la facultad de determinar su valor bajo las reglas de arbitraje del CIADI 34(1) (1) “El Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquiera prueba rendida y de su valor probatorio.”

El Convenio de CIADI y las Reglas de Arbitraje y el Mecanismo Complementario tratan directamente la cuestión *amicus curiae*.

C. CASOS ANTES DE LAS ENMIENDAS DE PARTICIPACION A TERCERAS PARTES

1. *Aguas de Tunari v. Bolivia (CIADI Caso No. ARB/02/3)*

Este caso envuelve la reclamación de un inversionista en contra de Bolivia sobre la cancelación de la concesión de distribución de agua, bajo el TBI entre Bolivia y los Países Bajos.

En 2002, el Tribunal rechazó la solicitud de presentar una comunicación *amicus* en una carta del 29 de enero de 2003.⁴⁵ Se basó en la falta de facultad para recibir y permitir esas presentaciones sin el consentimiento de las partes, por lo tanto el *escrito amici* no fue aceptado.

2. *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A. Suez, Sociedad general de Aguas de Barcelona S.A. e Inter Aguas Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentina (CIADI Caso ARB/03/17)* y *Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad general de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. v. Argentina (CIADI Caso ARB/03/19)*

⁴⁵ *Aguas del Tunari S.A. v. República de Bolivia* CIADI Caso ARB/02/3, Decisión de objeciones del demandante sobre jurisdicción, página 574.

Estos dos casos tuvieron un solo Tribunal. Se presentó una orden en respuesta a una petición de transparencia y participación de *amicus curiae*. Nosotros únicamente examinaremos la situación del ARB/03/19.

La primer orden fue publicada el 19 de mayo de 2005 en el caso ARB/03/19, el cual se convirtió en el primer caso bajo las reglas de CIADI en permitir la participación de *amicus curiae*.

En este caso un inversionista que ha tenido la concesión de servicio de agua se vio afectado por la medida de emergencia que tomó el Gobierno de Argentina en 2001-2002, consecuencia de la crisis económica argentina. La reclamación se dio en el marco del TBI entre Francia y Argentina. Algunas ONG's enviaron peticiones para actuar como *amicus curiae* y sus escritos fueron aceptados, siguiendo ciertos criterios dictados por el tribunal.

El Tribunal estableció que estaba facultado para permitir *escritos amici* basado en a) el hecho de que el Convenio de CIADI y las Reglas de Arbitraje de CIADI no se refieren a la presentación de *amicus*, b) tiene poderes inherentes dados por el artículo 44 del Convenio de CIADI y c) el caso involucra temas de interés público.

A continuación están los párrafos pertinentes de la orden del Tribunal:

21. Teniendo en cuenta el interés público en la materia objeto de este caso, es posible que las no partes apropiadas puedan aportar al Tribunal perspectivas, argumentos y conocimientos que le ayudarán a llegar a una decisión correcta. En lugar de rechazar las ofertas de esa asistencia perentoriamente, el Tribunal, teniendo cuidado de preservar los derechos procesales y sustantivos de las partes contendientes y la conducción ordenada y eficiente del arbitraje, cree que es apropiado considerar cuidadosamente si aceptar o rechazar tales ofrece.

22. La aceptación de presentaciones *amicus* tendría la consecuencia deseable adicional de aumentar la transparencia de arbitraje inversionista-Estado. La aceptación pública de la legitimidad de los procesos arbitrales internacionales, particularmente cuando implican Estados y asuntos de interés público se ve reforzada por una mayor apertura y un mayor conocimiento de cómo funcionan estos procesos. Es este imperativo que ha llevado a una mayor transparencia en los procesos arbitrales de la Organización Mundial del Comercio y el Acuerdo de Libre Comercio de Norteamérica. A través de la participación de los representantes apropiados de la sociedad civil en los casos apropiados, el público va a ganar una mayor comprensión de los procesos del CIADI.⁴⁶

⁴⁶Orden en respuesta a una petición para participar como *amicus curiae*. *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad general de Aguas de Barcelona S.A. e Inter Aguas Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentina* CIADI (2005) Caso ARB/03/19 (trad. Libre).

Así mismo decidió que: “Ni el Convenio del CIADI ni las Reglas de Arbitraje autorizan específicamente o prohíben específicamente la presentación por no-partes de escritos *amicus curiae* u otros documentos. Además, al conocimiento del Tribunal, ningún tribunal anterior que funciona bajo las reglas del CIADI ha concedido una no parte en la diferencia de *amicus curiae* y presentaciones *amicus curiae* aceptadas.”⁴⁷

El Tribunal llegó a la conclusión de que tiene el poder de aceptar *escritos amicus curiae* de acuerdo con el artículo 44 del Convenio de CIADI⁴⁸ el cual establece básicamente que cada vez que surja una cuestión de procedimiento que no está cubierta por las normas, el Tribunal decidirá la cuestión. El Tribunal también estableció que la cuestión *amicus curiae* era una cuestión de procedimiento no una cuestión sustantiva.

Además el Tribunal estableció las condiciones para la admisión de los escritos *amicus curiae*, imponiendo tres criterios básicos: a) Si el escrito es apropiado a la materia objeto de la causa; b) la idoneidad de una no-parte para actuar como *amicus curiae* en ese caso; y c) el procedimiento por el cual se hace la presentación de *amicus curiae* y es considerado.

Bajo el primer criterio, el tribunal encontró que el caso en cuestión era claramente de interés público, debido al hecho que la responsabilidad internacional de la República de Argentina estaba en juego y también el caso relacionado con la distribución de agua y el sistema de drenaje en el área metropolitana de Buenos Aires.⁴⁹

Con respecto al segundo criterio, *i.e.*, la oportunidad de las no-partes de actuar como *amicus curiae*, el Tribunal siguiendo la declaración del 7 de octubre de 2003 por la Comisión de Libre Comercio del TLCAN sobre la Participación de Partes que No están en la Disputa la cual requirió una licencia especial del Tribunal, con el fin de enviar sus escritos *amicus curiae*, solicitando; a) la identidad y la historia del peticionario, su naturaleza si es una organización, y su naturaleza de su relación, si existe, con alguna de las partes de la disputa; b) La naturaleza de los intereses del peticionario; c) Si el peticionario recibe ayuda financiera o material de alguna de las partes o de

⁴⁷ *Ibid*, párrafo 9.

⁴⁸ *Ibid*, párrafo 10.

⁴⁹ *Ibid*, párrafo 19.

cualquier persona conectada con las partes en el caso; y d) Las razones porque el Tribunal debería aceptar el escrito *amicus curiae*.⁵⁰

El tercer criterio fue el procedimiento para *amicus curiae* una vez que el Tribunal decidiera conceder la presentación del escrito. El principal objetivo era preservar el derecho sustantivo y de procedimiento de las partes.⁵¹

D. CASOS POSTERIORES A LA REFORMA DE ARBITRAJE DE CIADI Y EL MECANISMO COMPLEMENTARIO DE CIADI EN 2006

Después de 2006, todos los casos fueron regulados por las versiones modificadas de las Reglas de Arbitraje del CIADI y el Mecanismo Complementario del CIADI, las cuales incluyen el artículo 37(2) de las Reglas de Arbitraje y el artículo 41(3) del Mecanismo Complementario del CIADI en relación con la participación de no-partes. Como la solución procedía de la enmienda a los tratados, la controversia fue resuelta *erga omnes* y el tribunal posterior aceptó los escritos *amicus curiae* de acuerdo con las nuevas reglas.

En los siguientes casos, las comunicaciones *amicus curiae* fueron autorizadas; “Pac Rim Cayman LLC v. República del Salvador” (CIADI Caso ARB/09/12); “Biwater Gauff Limited v. República Unida de Tanzania” (CIADI Caso ARB/05/22); “PieroForesti v. República de Sudáfrica” (CIADI Caso ARB(AF)/07/1); “IoanMicula and Others v. Rumania” (CIADI Caso ARB/05/20); “Electrable S.A. v. Republica de Hungría” (CIADI Caso ARB/07/19); “AES Summit Generation Limited v. Republica de Hungría” (CIADI Caso ARB/01/04); y “Caratube International Oil Company LLP v. Republica de Kazajastán” (CIADI Caso ARB/08/12).

1. *Amicus curiae* bajo las reglas de la CNUDMI

a) *Marco legal de las Reglas de Arbitraje de CNUDMI.*

Ni las Reglas de Arbitraje de CNUDMI de 1976 ni la versión revisada de 2010, incluyen alguna disposición específica de la participación de partes que no son parte de la controversia.

⁵⁰*Ibid*, párrafo 25.

⁵¹*Ibid*, párrafo 29.

Sin embargo, el artículo 17(1) de las Reglas de Arbitraje de CNUDMI de 1976 faculta al tribunal a “...dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que en una etapa apropiada del procedimiento se dé a cada una de las partes una oportunidad razonable de hacer valer sus derechos.”

La versión revisada de 2010 de las Reglas de Arbitraje de CNUDMI establecen lo mismo que el artículo 17 y también agrega “...En el ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes.”

La situación de las Reglas de Arbitraje de CNUDMI relacionadas con *amicus curiae* cambió recientemente cuando la CNUDMI confió al Grupo de Trabajo II de Arbitraje y Conciliación la tarea de preparar un estándar legal de transparencia en un tratado de arbitraje inversionista-Estado. Ese trabajo concluyó el 2 de octubre de 2013, con la previa emisión del texto del Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, que entró en vigor el 01 de abril 2014.⁵²

Este nuevo conjunto de reglas comprende varias cuestiones relacionadas con transparencia, y entre ellas la cuestión *amicus curiae* en el artículo 5, que señala:

Artículo 5. Escritos presentados por partes en el tratado que no sean litigantes

1. El tribunal arbitral permitirá, con arreglo al párrafo 4, que partes en el tratado que no sean litigantes presenten escritos o, tras consultar con las partes litigantes, podrá invitar a partes en el tratado que no sean litigantes a que presenten escritos sobre cuestiones relativas a la interpretación del tratado.
2. El tribunal arbitral, tras celebrar consultas con las partes litigantes, podrá permitir que partes en el tratado que no sean litigantes presenten escritos sobre otras cuestiones que sean objeto del litigio. Para determinar si permite la presentación de tales escritos, el tribunal arbitral tendrá en cuenta, entre otros factores que considere pertinentes, los factores mencionados en el artículo 4, párrafo 3 y, a fin de aportar una mayor certeza, la necesidad de evitar la presentación de escritos en que se apoye la reclamación de un inversionista de modo tal que equivalga a protección diplomática.
3. El tribunal arbitral no sacará conclusión alguna de la falta de escritos o de respuesta ante una invitación formulada con arreglo a lo establecido en los párrafos 1 o 2.

⁵²Disponible en http://uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency.html

4. El tribunal arbitral asegurará que los escritos presentados no perturben ni dificulten innecesariamente el procedimiento arbitral y no causen ningún perjuicio indebido a ninguna de las partes litigantes.

5. El tribunal arbitral asegurará que se dé a las partes litigantes una oportunidad razonable de hacer observaciones acerca de los escritos presentados por partes en el tratado que no sean litigantes.

De acuerdo con el artículo 5(1) del Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, el tribunal arbitral podrá expresamente tener la discreción de aceptar cualquier *amicus curiae* no solicitado. El consentimiento de las partes solo es necesario si el Tribunal arbitral desea invitar a terceras partes a enviar sus escritos sobre cuestiones de interpretación del tratado. La única limitación es la necesidad de evitar la interrupción de, o sobrecargar indebidamente, el procedimiento arbitral o injustamente causando perjuicio de cualquiera de las partes.

Después, el artículo 5(2) del Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia a en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, establece el criterio bajo el cual el Tribunal Arbitral puede permitir la presentación sobre otras cuestiones, pero con el enfoque en la diferencia. Entre otros factores, evita la protección diplomática a escondidas dada al inversionista.

Estas reglas se aplican plenamente a las controversias derivadas de los tratados celebrados a partir del 1 abril de 2014, de lo contrario, se requiere un acuerdo entre las partes.

2. *Los casos*

a) *Methanex Corporation v. Estados Unidos de América*

La primer petición para enviar un escrito *amicus curiae* en el arbitraje internacional de inversión registrado se presentó en *Methanex v. Estados Unidos de América* en 2001.⁵³ El Tribunal aceptó esa comunicación.⁵⁴ Este fue un caso del TLCAN llevado a cabo bajo auspicios del CIADI, que se aplicaron bajo las reglas de arbitraje de la CNUDMI de 1976. En este caso el Tribunal basó su

⁵³*Methanex v. United States*. En el asunto de un Arbitraje Internacional bajo el Capítulo 11 del TLCAN y las Reglas de Arbitraje de CNUDMI, Laudo Definitivo del Tribunal sobre Jurisdicción y Méritos. Párrafo 26. Disponible en www.state.gov/documents/organization/51052.pdf

⁵⁴*Ibid.* Parte II-Capítulo Cat. párrafo 26.

decisión en el artículo 15 (1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, lo que le permite llevar a cabo el procedimiento de la manera que considere apropiada.

El Tribunal siguió la línea que en el TLCAN o marco de las Reglas de Arbitraje de CNUDMI, ninguna norma prohíbe específicamente, o permite, al Tribunal aceptar o rechazar un *amicus curiae*⁵⁵ y en particular se tomó muy en cuenta el escrito de amici presentado por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD).⁵⁶

b) United Parcel Service of America Inc. v. Canadá

Este caso se llevó a cabo bajo el capítulo 11 del TLCAN, en el que UPS alegaba prácticas anticompetitivas por Canada Postal Corp. UPS Canadá sobre todo alegaba la discriminación por las agencias federales de Canadá.

El tribunal decidió no aceptar *escritos amici* presentados por la Unión Canadiense de Trabajadores Postales y el Consejo Canadiense y seguir el mismo camino que en el caso *Methanex* utilizando el artículo 15 de las Reglas de Arbitraje de CNUDMI.

El análisis del Tribunal se ve reflejado en el siguiente párrafo:

El Tribunal vuelve a la importancia que los peticionarios, con gran contundencia, han colocado tanto en el carácter público importante de los asuntos en cuestión en este arbitraje y en su propio interés real en estas materias. Recuerda así el énfasis puesto en el valor de una mayor transparencia de los procedimientos de este tipo. Tales procedimientos no están ahora, si es que alguna vez estuvieron, para equipararse a la corrida estándar del arbitraje comercial internacional entre partes privadas. Los peticionarios han hecho un caso para ser autorizados a presentar comunicaciones escritas sobre asuntos pertinentes según lo determine, previa solicitud, por el Tribunal. Una consideración de gobierno será si es probable que los peticionarios sean capaces de proporcionar asistencia más allá de la proporcionada por las partes contendientes. El Tribunal también tendrá la facultad de fijar las condiciones para el ejercicio de esa posibilidad. Una condición probable es con respecto a la duración de las comunicaciones escritas.⁵⁷

⁵⁵*Ibid.* Parte II-Capítulo C párrafo 27.

⁵⁶*Ibid.* Parte IV-Capítulo B párrafo 27

⁵⁷UPS v. Canadá. Decisión del Tribunal sobre peticiones para intervención y participación como *amici curiae*, (2001), párrafo 70.

Disponible en <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0883.pdf>

V. CONCLUSIONES

Ciertamente la cuestión *amicus curiae* ha evolucionado en los escenarios de solución de diferencias en el Comercio Internacional y en la Inversión Internacional con diferencias notables entre ellos. Mientras que el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC resolvió el problema a través de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación en una base de caso por caso, el campo de Inversión Internacional tomó un camino diferente al enfrentar el problema con las reformas y modificaciones a sus normas, como la reforma del CIADI de 2006 y la reforma de 2014 de la CNUDMI.

Si la cuestión *amicus curiae* es procesal o sustantiva no ha sido resuelta por la jurisprudencia. El Tribunal CIADI en el caso ARB/03/19 estableció que esta cuestión tiene naturaleza procesal. En la OMC, por otra parte, los Miembros determinaron que es una cuestión sustantiva, pero la solución adoptada por el Órgano de Apelación se basó parcialmente en sus facultades para modificar procedimientos.

Los Tribunales CIADI han tenido en cuenta el interés público de la materia objeto del caso cuando decidieron sobre la admisibilidad de los escritos. Este criterio es nuevo y diferente de la jurisprudencia de la OMC analizada.

La diferencia más significativa entre las Reglas del CIADI y el derecho de OMC y su jurisprudencia se encuentra en el artículo 34 (1) de las Reglas de Arbitraje de CIADI que permite al tribunal juzgar la admisibilidad de las pruebas aportadas y de su valor probatorio. A partir de esta regla, se concluye que a un escrito *amici* podría darse un valor probatorio. Bajo el derecho de la OMC y la jurisprudencia esto sólo es posible para los Grupos Especiales y no para el Órgano de Apelación.

El derecho de la OMC y el Derecho Internacional de Inversiones compartieron la falta de normas relativas a la participación de no-partes durante mucho tiempo antes de las reformas del CIADI y de la CNUDMI. En el caso de la OMC esto se explica por el sistema utilizado en la era del GATT, donde la diplomacia era la principal herramienta para resolver las disputas comerciales, mientras que en el campo de las inversiones internacionales la brecha tuvo como origen Arbitraje Comercial Internacional, donde la confidencialidad es clave.

Nos parece que en la OMC la cuestión de si se debe aceptar un *escrito amici* es más una cuestión del poder del Grupo Especial o el Órgano de Apelación que el derecho de una parte (caso *CE-Amianto*). En el derecho de Arbitraje Internacional de Inversiones, sin embargo, es bastante claro que las partes siempre deben ser consultadas cada vez que el Tribunal quiere invitar *amicus curiae* para participar en la disputa.

Además, el procedimiento para la admisión de *escritos amici* adoptado por el Órgano de Apelación en el caso *CE-Amianto* en 2000 en comparación con la reforma del CIADI de 2006 es claramente un ejemplo de la fertilización cruzada. El procedimiento adoptado por el Órgano de Apelación requiere un interés específico del *amicus curiae*. El escrito tuvo que hacer frente a las interpretaciones legales relacionadas con el caso, demostrar la necesidad de ser oído por el tribunal y el aporte extra que el escrito haría al caso. Del mismo modo, la reformada Regla de Arbitraje 37 (2) del CIADI requiere que los escritos *amici* contengan un conocimiento particular, diferente de la que viene de las partes contendientes, abordar el tema de la controversia, y demostrar un gran interés en el procedimiento.

La cronología de los *amicus curiae* contiene algunos puntos de referencia importantes como el caso *CE-amianto* en 2001, las declaraciones de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN sobre transparencia de 2001 y sobre no partes en 2003, las reformas de CIADI en 2006 y el Reglamento de CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado en 2014.

Finalmente, ambos sistemas exigen al Tribunal salvaguardar el proceso al no dejar que el procedimiento de admisión de *amicus curiae* interfiera, interrumpa o imponga cargas indebidas a las partes contendientes.