

# PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERU

## Maestría en Derecho Internacional Económico



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD  
CATÓLICA**  
DEL PERÚ

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**

Tesis para optar el grado de Magister en Derecho Internacional Económico

Autor:

Alejandra Fiorella Zegarra Blanco

Asesora:

Yovana Reyes Tagle

Lima-Perú  
2013

## INDICE

<b>INTRODUCCION</b>	<b>1</b>
 <b>I. CAPITULO</b>	
<b>EVOLUCION DEL AMICUS CURIAE O (AMIGOS DE LA CORTE) EN EL DERECHO INTERNACIONAL.</b>	<b>2</b>
<b>1. Los amicus curiae en el Derecho Internacional.</b>	<b>2</b>
<b>2. Rol del los amicus curiae en la Organización Mundial del Comercio (OMC).</b>	<b>9</b>
A. Asunto Sardinias-Comunidades Europeas, labor de una ONG en beneficio del Perú.	18
<b>3. Rol de los amicus curiae en el Arbitraje Internacional de Inversiones.</b>	<b>20</b>
A. En el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA).	22
B. En el marco de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI O UNCITRAL).	28
 <b>II. CAPITULO</b>	
<b>EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS (CIADI) REFERENTE AL ROL QUE DESEMPEÑA AMICUS CURIAE LOS EN SU PROCEDIMIENTO ARBITRAL.</b>	<b>32</b>

**III. CAPITULO.**

**LA IMPORTANCIA DE LOS AMICUS CURIAE EN LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI).** 45

**1. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y Vivendi Universal S.A. vs República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/19.** 46

- 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. 47

**2. Caso Biwater Gauff Limited V. La Republica Unida de Tanzania(ICSID Case No. ARB/05/22).** 53

- A. Solicitud de participación en el procedimiento arbitral como Amicus Curiae. 54
- B. Respuesta del Tribunal del tribunal respecto al estatus amicus curaie. 56
- Respecto a la solicitud del acceso a documentos del procedimiento arbitral. 57
  - Respecto a la solicitud de acudir a las Audiencias. 58
- C. Informe Amicus Curiae. 58
- D. Decisión Final 60

**CONCLUSIONES.** 71

**BIBLIOGRAFIA.** 74

**ANEXOS.** 80

## GLOSARIO

ESD	Entendimiento de Solución de Diferencias
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión
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

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación busca analizar a través del estudio de varios casos el rol del Amicus Curiae en los procedimientos arbitrales de inversión, y explorar 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 participación 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 estén provistos de 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 medios 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 se llevará a cabo usando el método comparativo, estudiando la participación de los Amicus Curiae en cortes internacionales, 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.

## I. CAPITULO

### EVOLUCION 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», es necesario saber que esta figura tiene sus orígenes en el Derecho Romano, donde el papel de *amicus curiae* era llamar la atención del tribunal a un precedente o hecho crucial que había sido pasado por alto<sup>1</sup>. Así mismo esta figura se incorpora a la práctica judicial en Inglaterra, existiendo evidencia de su utilización desde el siglo XIV para expandirse posteriormente a otros países de *Common Law*<sup>2</sup>, de esta forma ha constituido una práctica consolidada y desde donde se introduce en el Derecho Internacional. Curiosamente, esta práctica internacional ha ejercido a su vez una notable influencia en la proliferación de la participación *amicus curiae* ante los tribunales de países donde esta figura era desconocida<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> UMBRICHT, Georg C., *An "amicus curiae brief" on the Amicus Curiae Briefd at the WTO*, en *Journal of International Economic Law* (2001) 773-794, Oxford University Press, Vol.4(4), p. 778 consultado el 24 de noviembre del 2012. <<http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/218086390?accountid=2839>>.

<sup>2</sup> ASCENCENSIO, Hervé indica que en los sistemas de *Common Law*, esta práctica es más restrictiva en el Reino Unido que en 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 juridictions internationales», *Revue Générale de Droit International Public*, Tomo 105, nº 4, 2001, 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 Abellán Honrubia, Jordi Bonet Pérez, Victoria, *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público*, J.M. Bosch Editor, 2009, ISBN 8476988206, 103-132 consultado: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>.

<sup>3</sup> *Ibídem*, 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 nº 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).

Por otra parte cabe señalar que no existe una definición precisa del *amicus curiae*, puesto que, desde sus orígenes, su participación ha sido planteada como una prerrogativa de los órganos judiciales, más que como un derecho o una obligación lo que si bien deja un gran margen de discrecionalidad a los tribunales, también favorece al uso flexible de esta figura<sup>4</sup>, el hecho de que esta figura no cuente con el mismo status de las partes, nos indica que nunca deberá asumir las consecuencias jurídicas directas del resultado del proceso.<sup>5</sup>

Con el fin de tener claro el concepto del *amicus curiae*, Lorella de la Cruz Iglesias propone una definición, que pone énfasis en su faceta de fuente de información externa, al considerar que 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”.<sup>6</sup> Por lo que podemos señalar que el *amicus curiae* se cataloga como aquel sujeto que no es parte en el proceso pero que está interesado en el mismo y que suministrará información a los tribunales para

<sup>4</sup> 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 Abellán Honrubia, Jordi Bonet Pérez, Victoria, La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público, J.M. Bosch Editor, 2009, ISBN 8476988206, 103-132 consulta: 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](http://vlex.com/vid/ong-amici-curiae-rganos-jurisdiccionales-57842136?ix_resultado=15.0&query%5Bpage%5D=2&query%5Bq%5D=amicus+curiae)>.

<sup>5</sup> UMBRICHT, Georg C., *An “amicus curiae brief” on the Amicus Curiae Briefd at the WTO*, en *Journal of International Economic Law (2001) 773–794*, Oxford University Press, Vol.4(4), p. 780 consultado el 24 de noviembre del 2012. <<http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/218086390?accountid=2839>>

<sup>6</sup> 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*», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Vol. 3, 2001, p. 2, disponible en <http://www.reei.org>, consultada por última vez el 16/10/07) citada 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 Abellán Honrubia, Jordi Bonet Pérez, Victoria, La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público, J.M. Bosch Editor, 2009, ISBN 8476988206, 103-132 consulta: 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](http://vlex.com/vid/ong-amici-curiae-rganos-jurisdiccionales-57842136?ix_resultado=15.0&query%5Bpage%5D=2&query%5Bq%5D=amicus+curiae)>.

ayudarles a tomar una decisión apropiada.<sup>7</sup> Evidentemente esta información tendrá un carácter especializado, técnico, debido a que tal participación en los procedimientos arbitrales, estará basada en el otorgamiento de información al tribunal que brinde certeza y ayude a la toma de decisiones informadas.

Indudablemente en el ámbito internacional, la aportación de este tipo de información puede resultar aún más valiosa, a fin de ilustrar al tribunal sobre la práctica y el ordenamiento jurídico de los Estados. Así mismo 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.<sup>8</sup>

Por consiguiente, al referirse a más allá, podemos interpretar que ya sea que las partes estén buscando razonablemente un beneficio a su favor podrían omitir información valiosa, la cual no fue proporcionada adrede o simplemente por falta de recursos suficientes; que en el caso de los Países en Desarrollo, esta podrá ayudar a establecer una defensa solida de sus posiciones e intereses, información que el tribunal consideraría necesaria para una toma de decisión adecuada. Así podemos

---

<sup>7</sup> 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". STEPHEN H. Giffis, Law Dictionary (Barron's Legal Guides) (Barron's Educational Series, New York, 2003).

<sup>8</sup> SHELTON, D., «*The participation of Nongovernmental organizations in international Judicial proceedings*», American Journal of International Law, Vol. 88, nº 4, 1994, 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 Abellán Honrubia, Jordi Bonet Pérez, Victoria, La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público, J.M. Bosch Editor, 2009, ISBN 8476988206, 103-132. Consulta: 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](http://vlex.com/vid/ong-amici-curiae-rganos-jurisdiccionales-57842136?ix_resultado=15.0&query%5Bpage%5D=2&query%5Bq%5D=amicus+curiae)>.

observar la importancia y el rol beneficioso del *amicus curiae* en el derecho internacional, propósito en el que se basa la presente investigación.

Para ilustrar nuestros argumentos hemos analizado esta figura tanto en la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Europea de Justicia, los Tribunales Criminales Internacionales de la Antigua Yugoslavia y Ruanda, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, casos controvertidos bajo el Capítulo IX del NAFTA y el CIADI, los cuales han aceptado la admisión del informe *amicus curiae* representados por organismos no gubernamentales y expertos independientes.<sup>9</sup>

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.<sup>10</sup>

Particularmente en estos casos, dicha facultad se deriva de interpretaciones extensivas de las normas de funcionamiento, como 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), de las competencias del órgano en la fase de prueba (así ocurre en los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) o ante la CADHP) o de la legitimidad para concurrir ante el órgano con un título diferente y más amplio (como el tercer interviniente previsto en el CEDH, o incluso como demandante, en los casos del TEDH y de la CADHP). En cualquier caso, de los rasgos propios del *amicus curiae* se deduce que la intervención de las ONGs, actores de la sociedad civil, o expertos independientes, ante las jurisdicciones internacionales presenta dos límites claros:

---

<sup>9</sup> DUPUY, Pierre-Marie ; FRANCONI, Francesco y PETERSMAN, Ernst-Ulrich "Human Rights in International Investment Law and Arbitration", Oxford University Press, New York. 2009, pp. 400.

<sup>10</sup> SHELTON D, loc. Cit.

- a. Su intervención ha de ser autorizada por el órgano judicial, bien sea porque, de propia iniciativa, éste invite a estos terceros a intervenir, o bien sea porque acepte estudiar la comunicación espontáneamente presentada por la organización; y
- b. 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.<sup>11</sup>

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 ocurre en las Reglas de Procedimiento y prueba de la Corte Penal Internacional, regla 103, donde se permite la participación de la figura del *amicus curiae*<sup>12</sup> y en las respectivas Reglas de Procedimiento y prueba del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda señalando igualmente en la Regla 74<sup>13</sup>, la posibilidad de la admisión del informe *amicus curiae*. Efectivamente los tribunales internacionales

---

<sup>11</sup> 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 Abellán Honrubia, Jordi Bonet Pérez, Victoria, La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público, J.M. Bosch Editor, 2009, ISBN 8476988206, 103-132. Consulta: 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>.

<sup>12</sup> La Regla 103, sobre «Amicus curiae y otras formas de presentar observaciones», establece en su apartado 1: «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.

<sup>13</sup> 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» (ICTY, Rules of Procedure and Evidence, Documento 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).

penales *ad hoc* son bastante receptivos a la intervención de *amicus curiae*, que en la práctica la mayoría son de expertos independientes o de Estados, mientras que muy pocas son de ONGs<sup>14</sup>.

Del mismo modo los tribunales regionales de derechos humanos, por su parte, permiten la participación activa de los actores de la sociedad civil y ONGs como *amicus curiae* tanto en procedimientos contenciosos como en los consultivos, pese a que la normativa reguladora del funcionamiento de estos órganos no suele mencionar expresamente esta figura.

Así mismo en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, existe la posibilidad de que una ONG intervenga como *amicus curiae*, aunque esta figura no está expresamente prevista en sus normas. Sin embargo, puede deducirse de la capacidad de tal tribunal que pueda actuar ante este a título de *tercer interviniente*, figura regulada en el artículo 36.2 CEDH (desarrollada por la Regla 44 del Reglamento del Tribunal), la cual otorga una amplia discrecionalidad del TEDH para permitir la intervención de terceros en los procesos que se sustentan en relación con el CEDH.<sup>15</sup> Así, en virtud de este precepto, cualquier persona interesada distinta del

---

<sup>14</sup> 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 en favor del TPIY, éste intervenga como *amicus curiae* (ese fue el caso, por ejemplo, de Alemania en el asunto Tadić, caso nº IT-94-1). También el TPIR ha permitido en diversas ocasiones que los gobiernos de Ruanda y de Bélgica intervinieran como *amici curiae* (así ocurrió por ejemplo en los asuntos Bagosora Théoneste, caso nº ITR-96-7, y Semanza Laurent, caso nº 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 Abellán Honrubia, Jordi Bonet Pérez, Victoria, La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público, J.M. Bosch Editor, 2009, ISBN 8476988206, 103-132. Consulta: 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](http://vlex.com/vid/ong-amici-curiae-rganos-jurisdiccionales-57842136?ix_resultado=15.0&query%5Bpage%5D=2&query%5Bq%5D=amicus+curiae)>.

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

demandante puede ser invitada por el presidente del tribunal a presentar alegaciones escritas y participar en las audiencias, 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 recordar que 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. De modo similar en una clara muestra de receptividad a la participación de ONG.<sup>16</sup>

Particularmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no suele rechazar comunicaciones *amicus curiae*, pese a que esta figura no aparece expresamente recogida en las normas que la regulan. De acuerdo 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 al artículo 64), la CIDH podrá oír a cualquier persona cuya declaración estime pertinente y, además, podrá solicitar a cualquier entidad que recabe información, exprese una opinión, haga un Informe o dictamen sobre un punto determinado (artículo 45.1 y 3). Por extensión, se permite a las ONG presentar sus comunicaciones.<sup>17</sup> En resumidas cuentas el rol que

---

<sup>16</sup> La voluntad de favorecer la participación de las ONGs, que 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, donde tanto las ONG con estatuto consultivo ante el Consejo de Europa tal como 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 dice el artículo 3 del Protocolo.

<sup>17</sup> ABELLÁN HONRUBIA, Jordi Bonet Pérez, Victoria, La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público, J.M. Bosch Editor, 2009, ISBN 8476988206, citado 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 Abellán Honrubia, Jordi Bonet Pérez, Victoria, La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público, J.M. Bosch Editor, 2009, ISBN 8476988206, 103-132. Consulta: 15 de septiembre del 2012. <<http://vlex.com/vid/ong-amici->

juegan los amicus curiae en este ámbito, es mucho más amplio, debido a que están involucrados la protección de los derechos humanos y derechos fundamentales para el desarrollo sostenible. A lo mejor a partir de la aceptación de la figura del amicus curiae en el campo del Derecho Internacional, la misma ha sido usada en otros órganos de solución de controversias tales como la Organización Mundial de Comercio y el Arbitraje de inversiones. Donde las razones para que estos tribunales acepten estos informes, están basadas 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, teniendo practicas más transparentes y canales que se comprometen con los actores de la sociedad civil y las ONGs. Cabe destacar que aunque únicamente los Estados miembros de la OMC podrán llevar una disputa ante el Órgano de Solución de Diferencias (OSD), no obstante, los organismos no miembros, incluyendo a los actores de la sociedad civil y las ONGs han otorgado contribuciones a través de diferentes vías, que indicaremos a continuación:

En primer lugar, asistiendo a las partes en las disputas preparando informes o anexando estudios a las sumisiones de los países miembros en disputa, otorgando de esta forma asesoramientos en los diferentes niveles. En segundo lugar, emitiendo informes amicus curiae, al OSD, los cuales podrán ser tomados en cuenta, si los paneles correspondientes y el Órgano de Apelaciones los consideran útiles. En tercer lugar, asistiendo a los paneles expertos (amparándose en el artículo 13 del

---

curiae-rganos-jurisdiccionales  
57842136?ix\_resultado=15.0&query%5Bpage%5D=2&query%5Bq%5D=amicus+curiae>.

Entendimiento de Solución de Diferencias), cuando el panel ha requerido la opinión de un experto en determinado tema, por su propia iniciativa.<sup>18</sup>

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

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

En segundo lugar el hecho de ampliar 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.<sup>19</sup>

### **La transparencia: Apertura de 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. Entre Septiembre del 2005 y febrero del 2012, tal como lo señala Pérez-Esteve María, once reuniones del grupo especial,<sup>20</sup> ocho audiencias del Órgano de Apelación,<sup>21</sup> y dos procedimientos arbitrales<sup>22</sup> han sido abiertos al público, incluyendo a ONGs y actores de la sociedad civil.

<sup>18</sup> PEREZ-ESTEVE, Maria, “WTO rules and practices for transparency and engagement with civil society organizations”, WTO 26 July 2012, Staff Working Paper ERSD-2012-14 P.12. Consulta: 18 Septiembre del 2012, p. 20. <[http://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd201214\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201214_e.pdf)>.

<sup>19</sup> Ídem. p.21.

<sup>20</sup> 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)*.

<sup>21</sup> 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*

En la mayoría de los casos, las audiencias orales han sido abiertas para la observación del público mediante la visualización de la transmisión de circuito cerrado, mostrado en una sala de reuniones por separado, donde se encontraran los delegados de los países miembros de la OMC debidamente registrados y el público en general al cual se ha concedido el acceso. En unos pocos casos, se han mostrado en forma diferida las grabaciones de video, esto debido a que así aseguraran que ninguna información confidencial se dé a conocer inadvertidamente, como podría ocurrir con la visualización simultánea.<sup>23</sup>

A fin de ilustrar este punto, hasta octubre del 2011, el numero de ONGs que se han registrado para participar en estas audiencias públicas, sigue siendo relativamente baja, las que van entre uno y nueve por visualización, estos datos están basados en el número de ONGs registradas para atender a reuniones del Grupo Especial, Audiencias del Órgano de Apelaciones y procedimientos arbitrales que fueron abiertos al Público.<sup>24</sup>

No obstante hay otros dos inconvenientes referidos a la transparencia; el primer inconveniente se refiere a la confidencialidad de las presentaciones escritas, al respecto el Entendimiento de Solución de Diferencias señaló que el artículo 18, obliga a los Miembros a proveer un resumen no confidencial de las presentaciones escritas hecha por ellos si algún miembro lo solicita. Sin embargo esta práctica ha evolucionado y más miembros simplemente hacen sus sumisiones públicas. El segundo inconveniente consiste en que los informes finales del panel no circularan antes de que estos sean traducidos en los tres lenguajes oficiales de la OMC. Con el propósito de aclarar y mejorar el Entendimiento de Solución de Diferencias se

---

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).

<sup>22</sup> 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).

<sup>23</sup> PEREZ-ESTEVE, Maria, “WTO rules and practices for transparency and engagement with civil society organizations”, WTO 26 July 2012, Staff Working Paper ERSD-2012-14 P.12 consultado el 18 September 2012, p. 21 disponible en <[http://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd201214\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201214_e.pdf)>.

<sup>24</sup> El Grupo especial abrió sus audiencias al público por primera vez en septiembre del 2005 en 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.

negociaran propuestas con la finalidad de mejorar la transparencia, lo cual incluirá audiencias públicas y el hecho de hacer estas sumisiones públicas, excepto aquellos fragmentos relacionados con información comercial confidencial.<sup>25</sup>

### Informes Amicus Curiae

Estos son informes presentados por alguien, que puede ser una ONG o un actor de la sociedad civil interesado en influenciar el resultado de la disputa, pero que no es parte de ella. Así pues 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.<sup>26</sup> Esta facultad se deriva de la interpretación extensiva que el Órgano de apelación dio al artículo 13 antes indicado, del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC, pese a no existir disposición expresa al respecto, se permitirá a los grupos especiales y al Órgano de Apelaciones aceptar y considerar comunicaciones no solicitadas”.<sup>27</sup>

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.*

---

<sup>25</sup> WTO (2011) document TN/DS/25 of 21 April 2011 citado por PEREZ-ESTEVE, Maria, “WTO rules and practices for transparency and engagement with civil society organizations”, WTO 26 July 2012, Staff Working Paper ERSD-2012-14 P.12. Consulta: 18 de septiembre del 2012, p. 22. <[http://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd201214\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201214_e.pdf)>.

<sup>26</sup> OMC, “Módulo de Formación sobre el Sistema de Solución de Diferencia: Capítulo 9, Participación en el procedimiento de Solución de Diferencias”. Consulta: 23 de noviembre del 2012. <[http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/dispu\\_settlement\\_cbt\\_s/c9s3p1\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_settlement_cbt_s/c9s3p1_s.htm)>

<sup>27</sup> STERN, B, 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 Abellán Honrubia, Jordi Bonet Pérez, Victoria, La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público, J.M. Bosch Editor, 2009, ISBN 8476988206, 103-132. Consulta: 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](http://vlex.com/vid/ong-amici-curiae-rganos-jurisdiccionales-57842136?ix_resultado=15.0&query%5Bpage%5D=2&query%5Bq%5D=amicus+curiae)>.

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.<sup>28</sup>

Esta facultad se hizo material en el asunto *US- Camarones*,<sup>29</sup> donde el Órgano de Apelaciones admitió tres informes amicus, sin embargo, indico 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.<sup>30</sup>

No obstante, en casos posteriores, el Órgano de Apelaciones recibió y admitió informes amicus directamente de no Miembros u otros individuos. Otro ejemplo es el asunto *Plomo y Bismuto II*<sup>31</sup>, 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,<sup>32</sup> en otras palabras la aceptación de estos informes dependerá de la discrecionalidad del

---

<sup>28</sup> 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+LT%20UR%20A2%20DS%20U%20%29+%26+%28@meta\\_Types+Legal+text%29](http://docsonline.wto.org/GEN_searchResult.asp?RN=0&searchtype=browse&q1=%28@meta_Symbol+LT%20UR%20A2%20DS%20U%20%29+%26+%28@meta_Types+Legal+text%29)>.

<sup>29</sup> 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, párr. 108. El Grupo especial no había tenido en cuenta las comunicaciones **amicus curiae** presentadas respectivamente por el centro de conservación Marina (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 EEUU (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).

<sup>30</sup> *US – Shrimp/Turtle*, above n 9, paras 79–91 and 99–110.

<sup>31</sup> 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.

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

OSD, con la finalidad de determinar si algún país miembro no actuó dentro de las normas marcos de esta organización, ocasionando una reclamación internacional en el OSD de la OMC.

Así mismo la novedad más destacada en informes amicus fue en el asunto *EC-Asbestos*. En este caso el Órgano de Apelación decidió adoptar un procedimiento especial en virtud de la Regla 16 (1) de los Procedimientos de Trabajo para el examen del Órgano de Apelación a fin de recibir informes amicus curiae; de modo que 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 facilitado por la adopción de procedimientos adecuados, solo para los efectos de esta apelación... a fin de tratar o encargarse de cualquier posible presentación amicus...".<sup>33</sup>

Para posteriormente solicitar, la opinión de las partes sobre los posibles procedimientos que pudieran recibir informes amicus, incluyendo una "solicitud de licencia" del procedimiento; tras celebrar consultas con las partes y los terceros participantes, el Órgano de Apelación anunció que había adoptado un Procedimiento adicional, para hacer frente a las presentaciones escritas recibidas de sujetos distintos de las partes y terceros en la presente diferencia.<sup>34</sup>

Acto seguido el Presidente del Órgano de Apelación informó por escrito al Presidente del OSD el procedimiento adicional adoptado y esa carta fue distribuida a todos los Miembros de la OMC el 8 de noviembre de 2000. En consecuencia a esta comunicación se dio una reunión extraordinaria del Consejo General el 22 de noviembre 2000,<sup>35</sup> durante esta reunión varios miembros Países en desarrollo, criticaron al Órgano de Apelación, pues consideraban que este había creado nuevas reglas y actuó 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

---

<sup>33</sup> Appellate Body Report, *EC – Asbestos*, para. 50.

<sup>34</sup> Appellate Body Report, *EC – Asbestos*, para. 51.

<sup>35</sup> WT/GC/M/60, para. 123.

Apelación que este debería actuar con extrema precaución, respecto a la aceptación de los informes *amicus curiae*.

Desde entonces, el Órgano de Apelación ha dictaminado que escritos *amicus* recibidos "No fuesen necesariamente" tomados cuenta,<sup>36</sup> rigiendo sistemáticamente, que no será obligatorio el análisis de tales informes por parte de los Órganos de Solución de Diferencias de la OMC quedando a su discrecionalidad tomar en cuenta la información brindada o no al momento de resolver la controversia presentada por países miembros. Sin embargo es necesario tener en cuenta que el Órgano de Apelación considero que este derecho deriva de su amplia autoridad para adoptar normas de procedimiento, a condición de que no contradigan las disposiciones del Entendimiento de Solución de Diferencias<sup>37</sup> o de los acuerdos abarcados.<sup>38</sup> Si bien el Órgano de Apelación nunca ha denegado su derecho a recibir informes no solicitados por parte de los *amicus curiae*, han sido muy cautos 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 con temas como la protección del medio ambiente, los derechos humanos y el desarrollo sostenible de los pueblos.<sup>39</sup> Resulta que los casos relacionados con la legislación ambiental estuvieron entre los primeros que llamaron el interés de la sociedad civil en el marco del Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC. Como resultado, el ESD se ha convertido en un área en que

---

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

<sup>37</sup> Conforme 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.

<sup>38</sup> Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos — Plomo y bismuto, párrafo 43.

<sup>39</sup> PEREZ-ESTEVE, Maria, "WTO rules and practices for transparency and engagement with civil society organizations", WTO 26 July 2012, Staff Working Paper ERSD-2012-14 P.23 Consulta: 18 de septiembre del 2012. <[http://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd201214\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201214_e.pdf)>.

muchos de ellos están interesados en seguir de cerca, buscando además influir en ella. A propósito los actores civiles arguyen que se encuentran en una mejor condición para presentar argumentos necesarios a fin de defender intereses comunes a favor desarrollo sostenible de los pueblos y la protección de los Derechos Humanos de varios Países Miembros en Desarrollo de la OMC.<sup>40</sup> Sumado al hecho que los amicus curiae podrán presentar argumentos que los Miembros de la OMC no puedan o deseen presentar, debido a que son consientes de la posibilidad que estos mismos argumentos podrían ser utilizados en su contra en futuras controversias.<sup>41</sup>

Por otra parte el examen de los grupos especiales y el Órgano de Apelación de las presentaciones escritas no solicitadas de los amicus curiae, ha sido muy polémico y criticado por algunos Miembros de la OMC, les preocupa que la sociedad civil pueda adquirir un mayor acceso e influir en el proceso de solución de diferencias que los propios miembros que no son partes en la controversia,<sup>42</sup> elevando el estatus del amicus curiae sobre los mismos. Además los países miembros consideran 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.

Sin embargo, 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;<sup>43</sup> a pesar de ello hasta la fecha, el Órgano de Apelación ha sido muy cauteloso en la consideración de presentaciones independientes amicus curiae en el procedimiento.

---

<sup>40</sup> PEREZ-ESTEVE, Maria, “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. Consulta: 18 de septiembre 2012.  
<[http://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd201214\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201214_e.pdf) >

<sup>41</sup> *Ibidem.*

<sup>42</sup> *Ibidem.*

<sup>43</sup> *Ibidem.*

No obstante las negociaciones para aclarar y mejorar el Entendimiento de Solución de Diferencias también han incluido propuestas para regular las presentaciones de informes *amicus curiae*.<sup>44</sup> 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 decidirá quién, en su representación compondrá su delegación en una disputa en 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<sup>45</sup> 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, aportando información sobre cuestiones fácticas (por ejemplo, sobre el contexto en el que se desarrollaron los hechos o sobre legislación interna) o expresando una opinión sobre cuestiones jurídicas<sup>46</sup> (tanto aspectos sustantivos como procesales)<sup>47</sup>, incluidas las cuestiones de su propia

---

<sup>44</sup>PEREZ-ESTEVE, Maria, “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. Consulta: 18 de septiembre del 2012. <[http://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd201214\\_e.pdf](http://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201214_e.pdf)>.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> 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).

<sup>47</sup> *Ibidem*. A este respecto, son ilustrativas las invitaciones hechas por el TPIY a la intervención de *amicus 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 v. 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

participación sobre todo en un primer momento o incluso respecto a la jurisdicción del tribunal.

Por tanto, es difícil saber con exactitud el impacto que puedan tener estas comunicaciones amicus curiae en el contenido de la decisión final, ya que en general, en el mismo no se precisa en qué cuestiones de derecho ha influido sobre su decisión, la posición mantenida en el informe amicus curiae.<sup>48</sup> Sin embargo, las consecuencias de un laudo arbitral que contenga una decisión informada, podrá otorgar beneficios a algún país miembro los cuales podrían ser Países en Desarrollo, cuyas capacidades no les permitieran sustentar una adecuada defensa con fundamentos técnicos especializados que ayuden a defender su posición; por consiguiente será positivo rol de los amicus curiae para estos países.

### **A. Asunto Sardinias-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, enviando presentaciones escritas independientes o adjuntando informes amicus curiae a las presentaciones. Es el *Asunto Sardinias-Comunidades Europeas*.

El 26 de septiembre del 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

---

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; ibíd., 30 de octubre de 2001; ibíd., 23 de noviembre de 2001).

<sup>48</sup> 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 Abellán Honrubia, Jordi Bonet Pérez, Victoria, La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público, J.M. Bosch Editor, 2009, ISBN 8476988206, p. 128. Consulta: 15 de septiembre del 2012. <[http://vlex.com/vid/ong-amici-curiae-rganos-jurisdiccionales57842136?ix\\_resultado=15.0&query%5Bpage%5D=2&query%5Bq%5D=amicus+curiae](http://vlex.com/vid/ong-amici-curiae-rganos-jurisdiccionales57842136?ix_resultado=15.0&query%5Bpage%5D=2&query%5Bq%5D=amicus+curiae)>.

Técnicas al Comercio de la OMC;<sup>49</sup> al imponer una medida por la cual solo las especies atrapadas en aguas territoriales de Europa podrían comercializarse en la Comunidad Europea bajo la denominación *sardinus* (*Sardina pilchardus*), prohibiéndose por consiguiente la comercialización de las sardinus peruanas (*Sardinops sagax sagax*) enviadas a Europa con esta denominación.<sup>50</sup>

En este asunto además de demostrar la importancia del Codex Alimentarius en las controversias originadas en la OMC, se demostró como 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, podía prevalecer sobre los grandes poderes que se ostentan en las controversias de la OMC.<sup>51</sup> Lo cual nos lleva al hecho de que a pesar del temor por parte de los países en desarrollo sobre la transparencia del Sistema de Solución de Controversias de la OMC, esta puede ser beneficiosa para ellos, teniendo la posibilidad de trabajar de manera coordinada con ONGs internacionales.

Un ejemplo de ello es lo que sucedió en este asunto, pues el informe que la Asociación de Consumidores 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, señalando que la asociación del termino sardinus para los consumidores europeos, no estaba referido únicamente a las sardinus pilchardus, pudiendo ser cualquiera de sus tipos. De esta manera, la disposición tomada constituía una medida de proteccionismo a favor de una industria en particular de la Unión Europea, la cual era la industria pesquera de España, alegación que obviamente tuvo un impacto en la resolución de este asunto en la OMC.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> SHAFFER, Gregory Y MOSOTI, Victor, "The EC-Sardines Case: How North-South NGO-Government Links Benefited Peru", *Bridges*, vol. 6:7, at 15 Oct. 2002 (ICTSD) p.1. Consulta: 26 de mayo del 2013. <<http://www.ictsd.org/monthly/bridges/BRIDGES6-7.pdf>>.

<sup>50</sup> Ídem. p.2.

<sup>51</sup> Ídem. p.1.

<sup>52</sup> Ídem. p.4-p.6.

Así mismo el Perú adjuntó este informe a sus presentaciones, las cuales fueron aprobadas. En efecto este trabajo conjunto nos da un claro ejemplo del rol beneficioso que estas ONGs pueden brindar a países en desarrollo. A propósito muchos miembros de la OMC confirman la necesidad de trabajar con organizaciones privadas a fin de sustentar argumentos sólidos para una adecuada defensa. Así se sostiene que los países en desarrollo deberían tomar esta iniciativa, que únicamente lograra un beneficio para ellos.<sup>53</sup>

### **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. Es por esta razón que se ha buscado proteger tales inversiones, de políticas nocivas y poco transparentes, a través de un mecanismo de solución de controversias el cual se dará de forma rápida y segura.<sup>54</sup>

Es evidente que en el Derecho internacional Económico (DIE), existen varios sujetos que están involucrados en el desenvolvimiento y el actuar del mismo, dentro de ellos tenemos a los Estados, organizaciones internacionales y los particulares. Como sabemos el DIE está dominado por las relaciones jurídicas entre y con particulares con un componente transnacional, las cuales tienen la posibilidad de alcanzar por su repercusión y volumen, el rango de alta política lo cual contribuye decisivamente a configurar el sistema económico internacional.

A propósito el amicus curiae, viene desarrollándose dentro de este ámbito, donde los actores de la sociedad civil y las ONGs, desempeñarán este rol en los

---

<sup>53</sup> SHAFFER, Gregory Y MOSOTI, Victor, "The EC-Sardines Case: How North-South NGO-Government Links Benefited Peru", *Bridges*, vol. 6:7, at 15 Oct. 2002 (ICTSD) p.6. Consulta: 26 de mayo del 2013. <<http://www.ictsd.org/monthly/bridges/BRIDGES6-7.pdf>>.

<sup>54</sup> CAMPBELL, Mc LACHLAN QC; SHORE, Laurence; WEINIGER Matthew "International Investment Arbitration, Substantive Principles", Oxford University Press, New York. 2008. p. 208.

procedimientos arbitrales internacionales, entidades sin ánimo de lucro vienen ganando gran peso respecto a la elaboración y aplicación del DIE en especial en el marco de la socialización, democratización de los asuntos, públicos internacionales y el surgimiento de una sociedad civil internacional, la misma que está orientada a la búsqueda del desarrollo sostenible, implicando la protección de derechos medioambientales y humanos, tal actuación por supuesto no debe quedar al margen del control y la crítica.<sup>55</sup>

Del mismo modo el arbitraje internacional de inversiones viene acompañado de una serie de principios inmersos en tal, donde el único objetivo es lograr la toma de decisiones a través de un laudo justo que refleje los interés de las partes; generándose varios centros arbitrales y tribunales ad hoc, donde sus decisiones y sus procedimientos han evolucionado de la misma forma que los principios inherentes en el DIE, aceptando la participación de la figura del amicus curiae, prueba de ello son los casos sometidos a los diversos arbitrajes de inversiones en los cuales se admitió el informe amicus curiae.

Ante todo, es importante diferenciar entre lo que es el arbitraje comercial internacional donde la privacidad y la confidencialidad de sus procedimientos son conceptos fundamentales, y el arbitraje de inversiones el cual además de tener inmerso estos principios, su naturaleza deriva de los tratados de inversión;<sup>56</sup> donde en sustancia los arbitrajes de inversión tienen un carácter público que lo distinguen del arbitraje comercial internacional. Así pues el arbitraje internacional de inversiones cuenta con esta característica pública, en la que los derechos y

---

<sup>55</sup> HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M; ROLDAN BARBERO, Javier, *"Derecho Internacional Económico"*, Marcial Pons, ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid 2010, p 60.

<sup>56</sup> TOMOKO ISHIKAWA, *"Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration"*, International and Comparative Law Quarterly, ICLQ vol 59, April 2010 p. 375. Consulta: 18 de noviembre del 2012. <<http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391> >.

obligaciones sustantivos en cuestión, son establecidos por los tratados, siendo así el Derecho Internacional general aplicable a este arbitraje.<sup>57</sup>

Sin duda el arbitraje internacional de las inversiones, brinda nuevas luces respecto a la importancia del desarrollo sostenible, la protección de los derechos humanos y medioambientales concediendo herramientas en los procedimientos arbitrales para lograr tal protección; una de ellas es la participación de la figura del *amicus curiae*. A continuación analizaremos como 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 primer caso que admitió la intervención de los *amicus curiae* en el NAFTA, *Methanex Corp. vs. Estados Unidos*. En este asunto, el 25 de agosto del año 2000, el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible requirió el permiso al tribunal para presentar un informe *amicus curiae*. Posteriormente Bluewater Network y la organización Communities for a Better Environment se adhirieron a este pedido, sosteniendo que los puntos debatidos afectaban de forma importante el interés público, pues la fórmula química usada en los productos de Methanex violaba las disposiciones federales del Estado de California del Gobierno de E.E.U.U. sobre aditivos de gasolina.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> Art 42(1) of the ICSID Convention; Art 1131 of the NAFTA; *AAPL v Sri Lanka (Asian Agricultural Products Ltd v Sri Lanka (Award of 27 June 1990) ICSID Case No. ARB/87/3 para 21)*; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc v Argentine Republic (Decision on Liability of 3 October 2006) ICSID Case No. ARB/02/1 para 97)*; A Redfern and M Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (4th edn, Sweet & Maxwell, London, 2004) 486; AR Parra, 'Applicable Substantive Law in ICSID Arbitrations Initiated Under Investment Treaties' (2001) 16 *ICSID Rev* 20, 21; C Schreuer, *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) 562, 612.

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

De este modo el 7 de septiembre del 2000, el pedido contenido en esta petición fue abordada 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 estos fueron sólo sobre la petición dirigida por el Instituto. A fin de resolver esto, el tribunal estableció un calendario para que las observaciones sobre la intervención de terceros como *amicus curiae* se dieran a conocer por escrito, cuestión que se decidiría por el tribunal como un Principio General.<sup>59</sup> 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. A partir de estos escritos, el tribunal pudo tomar una decisión sobre este asunto. Agradeció la respuesta que tuvo su pedido, reconociendo que indudablemente tal decisión afectaría principios generales muy importantes, afectando así directamente el futuro de ese procedimiento arbitral y el efecto potencial, directo e indirecto, de cualquier laudo que dé respuesta a una controversia sustantiva de dos partes contendientes.<sup>60</sup>

Por otra parte los *amicus curiae* solicitaron permiso para presentar un informe escrito (de preferencia luego de leer los escritos de las partes), tener acceso a los documentos del procedimiento arbitral, hacer presentaciones orales, y tener la condición de observador en las audiencias orales. Estos permisos fueron solicitados basados en la inmensa importancia pública del caso y el impacto crítico que tal laudo tendría en la elaboración de leyes medioambientales y cualquier otra ley que esté relacionada al bienestar público, lo cual se vería reflejado en el desarrollo sostenible de la región NAFTA. Así mismo, señalo que esta participación ayudaría a disipar la inquietud pública sobre el carácter cerrado de los procedimientos arbitrales en virtud del Capítulo 11 del NAFTA. Sobre la facultad del Tribunal para aceptar estos informes,

---

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

<sup>60</sup> Ídem., párrafo 4, p.3.

el amicus curiae hizo referencia a las prácticas del Órgano de Apelaciones de la OMC y las cortes de Estados Unidos y Canadá.<sup>61</sup>

A propósito de las alegaciones del amicus curiae, una de las más importantes a mi parecer fue el hecho de que, en este tipo de arbitrajes no existe el derecho a apelar el laudo arbitral lo cual hace sustancial el hecho que no deban existir errores en este, los cuales pueden tener como causa la falta de una perspectiva fresca y relevante, la cual podrá ser otorgada por los amicus curiae.

Así mismo la presentación remitida por México, señalaba que no estaba de acuerdo con la introducción de esta figura al procedimiento. Debido a que México consideraba que el Capítulo 11 del NAFTA no preveía esta figura y que si el tribunal la permitía, le otorgaría derechos no contemplados en el Tratado. Basándose igualmente en que este Capítulo, señaló que debería haber un balance entre las legislaciones de los Estados miembros, y la legislación de México no contemplada esta figura, por lo que no debería ser insertada en este procedimiento arbitral ni en otros.

Por su parte Canadá, si apoyaba la aceptación de esta figura y a la apertura de este procedimiento bajo el Capítulo 11 del NAFTA, teniendo en cuenta obviamente las obligaciones de confidencialidad impuestas en el artículo 25(4) de UNCITRAL.

En cambio Methanex Corp., desestimo la aceptación del informe amicus curiae bajo tres puntos principales referidos a:

En primer lugar la confidencialidad. Methanex Corp se basó en el art. 25(4) de las reglas de Arbitraje de UNCITRAL señalando que las audiencias deberían celebrarse a puertas cerradas. Además indico que el darles acceso a los documentos del procedimiento violaría la confidencialidad del mismo.

---

<sup>61</sup> Resolución sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como Amicus Curiae, Caso Methanex Corporation vs Estados Unidos, párrafo 1, p.4.

En segundo lugar Jurisdicción del tribunal. Methanex Corp señaló que el tribunal no tenía la facultad de adherir la figura del *amicus curiae* al procedimiento, y que otorgarles este permiso sería equivalente a adherir partes al procedimiento arbitral; indicando además que no existía ningún precedente en UNCITRAL donde se haya garantizado el estatus de *amicus curiae* a individuos que no fueran parte en el proceso.

En tercer lugar 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 el testimonio de ellas como evidencia en el procedimiento. Añadió simultáneamente que tal participación elevaría los costos del proceso, temiendo que esta decisión pueda ocasionar que en este y otros procesos dentro del NAFTA aparezca la figura del *amicus curiae*, la cual originaría un perjuicio, indico además los mismos argumentos que esgrimió México.<sup>62</sup>

Sin embargo Estados Unidos, basándose en las normas de solución de controversia de la OMC, en especial, la jurisprudencia del Órgano de Apelación en el asunto *Bismuto v. Reino Unido* consideraba que el tribunal tenía la facultad para aceptar la intervención del *amicus curiae* a través del informe escrito; destacando que no había una regla expresa en UNCITRAL ni en el acuerdo NAFTA que prohibiera la intervención de esta figura, a demás de incidir en la flexibilidad de las mismas. Así mismo Estados Unidos indico que la participación del *amicus curiae* a través de un informe escrito debería ser permitida pues su objetivo era asistir al tribunal a través sus conocimientos y su experiencia ya que esta información sería relevante y ayudaría a tomar una decisión informada.<sup>63</sup>

Finalmente el tribunal consideró que tenía el poder de aceptar el informe *amicus curiae*, porque ni en las normas de UNCITRAL ni de NAFTA existía una referencia expresa que no le diera esta facultad al tribunal arbitral; aclarando que recibir tal

---

<sup>62</sup> Resolución sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *Amicus Curiae*, Caso Methanex Corporation vs Estados Unidos, p.8.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

presentación escrita no significa adherir otras personas como partes del arbitraje, pues estas no adquieren ningún derecho, tal como también lo señaló el Órgano de Apelación de la OMC. En consecuencia la naturaleza del arbitraje se mantendría intacta, sin afectar los derechos de las partes.

A demás de la expresado el tribunal indico que la equidad e imparcialidad en el proceso, no se vería dañada debido a que el tribunal analizaría la información del informe amicus y le daría el peso que corresponda. Así, no existiría un riesgo inmediato de trato injusto o desigual para cualquiera de las partes. El tribunal resolvió únicamente 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. También denegó el pedido de los amicus curiae a asistir a las audiencias, pues este no tenía la autoridad de permitir ese tipo de participación, basando este argumento en el artículo 25(4) de las normas de procedimiento de UNCITRAL, donde se requiere el consentimiento de ambas partes, para permitir su presencia en las audiencias.<sup>64</sup>

Respecto a la evolución de la figura del amicus curiae en el NAFTA, el 7 de octubre del 2003 en Montreal, Canadá, mientras el caso *Methanex* estaba aún en proceso, se emitió la Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la Participación de partes no contendientes (NAFTA Free Trade Commission “FTC”), en el Capítulo 11 del procedimiento NAFTA. La Declaración reconoce expresamente que los individuos no contendientes, en este caso amicus curiae, los cuales podrán solicitar la autorización para presentar un escrito en la medida que, a. la comunicación de la parte no contendiente podría asistir al Tribunal en la de las cuestiones de hecho o de derecho relativas al arbitraje, al ofrecer una perspectiva, un conocimiento o un criterio particulares distintos de los de las partes contendientes; b. la comunicación de la parte no contendiente abordaría cuestiones que están en el ámbito de la disputa; c. la parte no

---

<sup>64</sup> Resolución sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como Amicus Curiae, Caso *Methanex Corporation vs Estados Unidos*, p. 12-24.

contendiente tiene un interés significativo en el arbitraje; y, d. existe un interés público sobre el objeto del arbitraje<sup>65</sup>. También establece directrices para la aceptación de tales presentaciones.<sup>66</sup>

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

Por consiguiente esta declaración emitida por el GEI es un claro ejemplo de que 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 que nada en esa esta declaración prejuzga los derechos de las partes del NAFTA conforme al artículo 1128 del tratado<sup>68</sup>, este punto es muy importante debido a que con esta afirmación desestima las declaraciones que pudieran hacerse por parte de los inversionistas, que aleguen que esta participación ocasionaría un perjuicio tanto a ellos como al procedimiento arbitral, punto en discusión en la presente investigación la cual da claras luces de que estas afirmaciones son indudablemente cuestionables.

---

<sup>65</sup> 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 01 de abril del 2013, disponible en <[http://www.economia.gob.mx/files/comunidad\\_negocios/Nondispute\\_s.pdf](http://www.economia.gob.mx/files/comunidad_negocios/Nondispute_s.pdf)>

<sup>66</sup> TOMOKO ISHIKAWA, *Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration*, International and Comparative Law Quarterly, ICLQ vol 59, April 2010 p.380. Consulta: 18 de noviembre del 2012. <<http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391>>.

<sup>67</sup> 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 01 de abril del 2013. <[http://www.economia.gob.mx/files/comunidad\\_negocios/Nondispute\\_s.pdf](http://www.economia.gob.mx/files/comunidad_negocios/Nondispute_s.pdf)>

<sup>68</sup> *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 contiene cierta privacidad y derechos de confidencialidad.<sup>69</sup> Y si bien es cierto el reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI en sus siglas en español o UNCITRAL en sus siglas en inglés), fue diseñado para resolver controversias internacionales entre particulares o entidades privadas<sup>70</sup>, es empleado con frecuencia en disputas arbitrales de inversión garantizando los derechos de las partes, otorgando privacidad en las audiencias del procedimiento arbitral, sin acceso por parte de terceros a menos que las partes contendientes consientan lo contrario.<sup>71</sup> Así mismo está restringida la publicación del laudo arbitral, sin el consentimiento de las partes.<sup>72</sup>

Debemos tener en cuenta que existe un deber general de confidencialidad que prohíbe el acceso de terceros a los documentos del procedimiento arbitral si las partes no consienten haciendo así efectivo los derechos de las partes.<sup>73</sup>

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 promueva la transparencia y la participación pública, a

---

<sup>69</sup> MISTELIS, supra note 25, citado por LEVINE, EugeniE, “*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 del 2012 p.204 disponible en <<http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol29/iss1/6>>.

<sup>70</sup> TOMOKO ISHIKAWA, THIRD PARTY PARTICIPATION IN INVESTMENT TREATY ARBITRATION, International and Comparative Law Quarterly, ICLQ vol 59, April 2010 p.374, consultado el 18 de noviembre del 2012, disponible en <<http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391>>

<sup>71</sup> UNCITRAL Arbitration Rules, supra note 18, art. 25(4).

<sup>72</sup> Ídem. art. 32(5).

<sup>73</sup> 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 del 2012 disponible en <<http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol29/iss1/6>>.

la luz del compromiso de la Carta de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos y de buen gobierno en general.<sup>74</sup>

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. v. Los Estados Unidos*, el cual fue estudiado anteriormente, donde el caso implicaba una controversia desarrollada en el ámbito del NAFTA y se procedió conforme a las Reglas de la UNCITRAL.<sup>75</sup>

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 riesgos potenciales para la salud de las poblaciones locales.<sup>76</sup>

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 así como el acceso a las audiencias como un observador.<sup>77</sup> 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*,<sup>78</sup> así mismo, teniendo en cuenta las limitaciones del procedimiento, tomaría una decisión final reciba o no tales argumentos.

---

<sup>74</sup> CENTER FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW, REVISING THE UNCITRAL ARBITRATION RULES TO ADDRESS STATE ARBITRATIONS, febrero del 2007, p.4, consultado el 23 de noviembre del 2012, disponible en <[http://www.iisd.org/pdf/2007/investment\\_revising\\_uncitral\\_arbitration.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2007/investment_revising_uncitral_arbitration.pdf)>

<sup>75</sup> *Methanex Amicus Curiae Decision*, *supra* note 30.

<sup>76</sup> Resolución sobre la decisión del Tribunal sobre la Petición de Terceras Personas para intervenir como *Amicus Curiae*, Caso *Methanex Corporation vs Estados Unidos*, párrafo 30.

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> *Ibidem*.

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 indica:

*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.*

Por esta razón 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) v. Canadá*, el tribunal tomó el mismo enfoque que el tribunal *Methanex*, haciendo referencia al artículo 15(1) antes mencionado de las reglas de arbitraje de UNCITRAL antes señalado, en sentido que el aceptar la participación de los *amicus curiae* es un potestad del tribunal antes que un derecho de los *amicus curiae*.

Así como en el asunto *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, donde 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 la misma la facultad de los tribunales para aceptar los informes *amicus curiae*, no fue cuestionada en los subsiguientes procedimientos.<sup>79</sup>

Como hemos revisado los árbitros bajo el Reglamento de UNCITRAL han admitido estas intervenciones acudiendo al ya citado artículo 15, en la práctica arbitral, esta petición de intervención como parte no contendiente se subsume dentro de una reclamación más amplia, como es la de la transparencia durante todo el curso 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

---

<sup>79</sup> TOMOKO ISHIKAWA, "Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration", *International and Comparative Law Quarterly*, ICLQ vol 59, April 2010 p.381. Consulta: 18 de noviembre del 2012. <<http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391>>.

ceder en pos de la defensa de intereses colectivos relevantes (salud, medio ambiente, desarrollo sostenible, etc.)<sup>80</sup>. De ahí que los *amicus curiae* también invoquen el artículo 25.4 del Reglamento de UNCITRAL para poder asimismo comparecer en las audiencias públicas arbitrales si las partes lo permitieran así<sup>81</sup>.



---

<sup>80</sup> 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 (RefS14/3) p. 2. Consulta: 03 de diciembre del 2012. <<http://ssrn.com/abstract=1686923>>

<sup>81</sup> 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.

## II. CAPITULO

### EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS (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 con regulaciones ambientales de protección a la salud, a la seguridad y la provisión de servicios públicos, nos enfocaremos en cómo es que el procedimiento arbitral del CIADI ha evolucionado, para así permitir a la sociedad civil una participación más activa a través de la figura del amicus curiae.

Como es de conocimiento general, 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., teniendo como objetivo el facilitar la solución de controversias de naturaleza jurídica, suscitadas en materia de inversiones internacionales. Para lograr este objetivo, el Convenio configuró 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.<sup>82</sup>

A propósito la jurisdicción del CIADI está limitada a la solución de controversias entre inversionistas particulares y Estados; estando descartada la posibilidad de conocer controversias cuyas partes sean sólo particulares, o controversias cuyas partes sean solamente Estados. Bajo este entendido, es posible someter una controversia al Centro siempre que el Estado receptor de la inversión y el Estado de donde es nacional el inversionista hayan ratificado el Convenio<sup>83</sup> y siempre que las partes hayan

---

<sup>82</sup> MEDINA-CASAS, Héctor Mauricio, "Las partes en el arbitraje CIADI, 15 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*", (2009). ISSN: 1692-8156p. 218, Consulta: 15 de mayo del 2012. <[http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/08LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/08LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf) >.

<sup>83</sup> 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.

consentido ese sometimiento.<sup>84</sup> Además, se requiere que el conflicto sea disputa jurídica que deberá surgir directamente de una inversión.<sup>85</sup>

De modo que 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 referidas, pero que tienen un interés significativo en el procedimiento que justifique su participación. Se trata de terceros que actúan a título de *Amicus Curiae* o *amigos de la corte*, que gozan de ciertas facultades dentro del procedimiento arbitral.<sup>86</sup>

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

Por regla general, los inversionistas se oponen a la intervención de *amicus curiae* pues consideran que les genera un perjuicio debido a que los obliga a litigar no sólo contra el Estado contraparte, sino también contra otros sujetos que no son parte del acuerdo

---

<sup>84</sup> MEDINA-CASAS, Héctor Mauricio, *Las partes en el arbitraje CIADI*, 15 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (2009). ISSN:1692-8156p. 218. Consulta: 15 de mayo del 2012. <[http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/08LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/08LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf) >.

<sup>85</sup> TOMOKO ISHIKAWA, THIRD PARTY PARTICIPATION IN INVESTMENT TREATY ARBITRATION, *International and Comparative Law Quarterly, ICLQ* vol 59, April 2010 p.374 consultado el 18 de noviembre del 2012, disponible en <<http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391> >.

<sup>86</sup> Sobre la intervención de *amicus curiae* en otras jurisdicciones: MEDINA-CASAS, Héctor Mauricio, *Las partes en el arbitraje CIADI*, 15 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (2009). ISSN:1692-8156p. 218, consultado el 15 de mayo del 2012, disponible en [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/08-LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/08-LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf) cita a Ascencio Hervé, *L'amicus curiae devant les juridictions internationales*, 105 *Revue Générale de Droit International Public, RGDIP*, 4, 897-929 (2001). Brigitte Stern, *L'intervention des tiers dans le contentieux de l'OMC*, 107 *Revue Générale de Droit International Public, RGDIP*, 2, 257-303 (2003).

<sup>87</sup> TOMOKO ISHIKAWA, "Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration", *International and Comparative Law Quarterly, ICLQ* vol 59, April 2010 p.377. Consulta: 18 de noviembre del 2012. <<http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391> >.

de arbitraje;<sup>88</sup> sin embargo, en varios asuntos CIADI se ha permitido la participación de los mismos por razones de transparencia y por tratarse de asuntos que involucran el interés público.<sup>89</sup>

Con la finalidad de realizar un correcto análisis, es necesario considerar los pedidos de presentaciones amicus curiae a los tribunales arbitrales del CIADI a fin de dilucidar la evolución de la figura del amicus curiae dentro de este convenio.

Cabe destacar que los casos que se procederán a analizar tienen como característica en 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 algunas casos se les ha dado un trato injusto con relación a los tratados firmados.<sup>90</sup>

Seguidamente analizaremos como es que la figura del amicus curiae ha evolucionado desde el primer caso que buscó introducir esta figura en el 2002. Este fue un asunto controvertido y de mala reputación,<sup>91</sup> donde el tribunal de arbitraje de inversiones del CIADI, inicialmente rechazó la propuesta de terceras partes a participar como amicus curiae.<sup>92</sup> Esto sucedió en el caso *Aguas del Tunari SA v. la Republica de Bolivia*, conocido como el caso *Bechtel*,<sup>93</sup> el cual se llevó a cabo de

---

<sup>88</sup> *Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*. Caso CIADI No. ARB/03/19.

<sup>89</sup> Brigitte Stern, *L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et Investisseur*, 2 *Revue de l'Arbitrage*, 329-345 (2002), 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. Consulta: 15 de mayo del 2012. <[http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/08-LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/08-LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf)>.

<sup>90</sup> HARRISON James, "Human Rights Arguments in Amicus Curiae Submission: Promoting Social Justice?". En PM DUPUY, F FRANCIONI and EU PETERSMANN, Oxford University Press 2009, p. 403.

<sup>91</sup> *Ibidem*.

<sup>92</sup> *Secretive World Bank Tribunal Bans Public and Media Participation in Bechtel Lawsuit over Access to Water*, CIEL.ORG, [http://www.ciel.org/Ifi/Bechtel Lawsuit\\_12Feb03.html](http://www.ciel.org/Ifi/Bechtel%20Lawsuit_12Feb03.html) citado por Eugenia Levine, , *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 del 2012 p.208 disponible en < <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol29/iss1/6>>.

<sup>93</sup> *Aguas del Tunari SA v. The Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/03/02 (Oct. 21, 2005), En abril de 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 continuo hasta que El 19 de enero 2006,

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, atender a las audiencias, el acceso a los documentos del caso y presentar un informe como *amicus curiae*.<sup>94</sup>

A diferencia de los casos estudiados y a estudiar, sólo en este, no se dio el reconocimiento de la facultad que posee 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.<sup>95</sup> Así mismo baso su decisión en la naturaleza consensual del arbitraje señalando que la aceptación de estos pedidos iba más allá de las facultades del tribunal. El resultado de esta decisión fue la presión social que generó a *Bechtel* por una serie de organizaciones de la sociedad civil protestando por la injusticia de su acción, lo que presionó a la empresa a que finalmente las actuaciones en este caso se interrumpieran en marzo de 2006 al llegar a un acuerdo,<sup>96</sup> a cambio de un pago nominal de dos pesos bolivianos.<sup>97</sup>

Es necesario aclarar que dentro de las normas que regulaban el CIADI, cuando se presento este caso, no existía ninguna disposición que permitiera o regulará la intervención del *amicus curiae*; aunque posteriormente se presentaron otros casos donde igualmente las normas del CIADI no habían tenido ninguna modificación, pero en ellos si se acepto poseer esta facultad, a diferencia de la decisión *Bechtel* la cual ha

---

los inversionistas principales de Aguas del Tunari, Bechtel y Abengoa decidieron abandonar el caso en el CIADI a cambio de un pago nominal.

<sup>94</sup> TOMOKO ISHIKAWA, "Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration", *International and Comparative Law Quarterly*, ICLQ vol 59, April 2010 p.382. Consulta: 18 de noviembre del 2012. <<http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391>>.

<sup>95</sup> *Ibíd.*

<sup>96</sup> HARRISON, James, PM DUPUY, "Human Rights Arguments in Amicus Curiae Submissions: Promoting Social Justice". En F FRANCIONI, EU PETERSMANN, *Human Rights in International Investment Law Arbitration*, Oxford University Press, Nueva York, 2009, p.419.

<sup>97</sup> OPINIO JURIS, *Bechtel abandons its ICSID claim against Bolivia*, 10 February 2006, consultado el 4 de abril del 2013, disponible en <<http://lawofnations.blogspot.com/2006/02/bechtel-abandons-its-icsid-claim.html>>

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.<sup>98</sup>

En la evolución de las normas del CIADI, se identifican dos momentos diferenciados. Primero con el caso *Agua Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*, en este asunto se estudió por primera vez la intervención de un *amicus curiae* dentro de un procedimiento del CIADI, donde cinco organizaciones no gubernamentales solicitaron se autorizará 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.<sup>99</sup> Sin duda 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, que indica:

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

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

---

<sup>98</sup> 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*”, Berkeley J. Int'l Law. 200 (2011), consultado el 15 de septiembre del 2012 p.208 disponible en < <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol29/iss1/6>>.

<sup>99</sup> MEDINA-CASAS, Héctor Mauricio, “*Las partes en el arbitraje CIADI*”, 15 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 215-242 (2009). ISSN:1692-8156 p. 232 consultado el 15 de mayo del 2012, disponible en < [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/08-LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/08-LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf)>.

- (i) Se tratara de escritos pertinentes al caso bajo estudio.
- (ii) Fueran presentados por personas con conocimientos especializados, experiencia e independientes y
- (iii) se presentaran bajo un procedimiento apropiado definido por el tribunal tendiente a proteger los derechos sustantivos y procesales de las partes contendientes.<sup>100</sup>

Así mismo, estos criterios descritos fueron posteriormente confirmados en el Caso CIADI 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, requisitos que deberían ser cumplidos para que este tribunal permita la intervención del *amicus curiae*, pudiendo ser considerados como un tamiz, a fin de que los tribunales arbitrales permitieran o no intervenciones *amicus curiae*.

Indudablemente en este análisis, se hizo incidencia en rasgos importantes como la pertinencia de los informes; ya que existe la posibilidad de que estos puedan contener información altamente politizada que no brinde un aporte necesario al proceso, por consiguiente lo entorpezca o cause demoras y gastos innecesarios, alegaciones que frecuentemente se han planteado por parte de los inversionista, pero gracias a los requisitos antes descritos, el tribunal tendría la oportunidad de desestimar cualquier informe que no contenga estas precisiones, la experiencia y la pericia de los miembros del tribunal son la garantía para asegurar que las preocupaciones de los inversionistas respecto al entorpecimiento del procedimiento arbitral puedan ser desestimadas, ya que como se señala, será necesaria la pertinencia, la información técnica y especializada, que llevará a que se protejan efectivamente los derechos sustantivos y procesales de las partes.

---

<sup>100</sup> 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 No. ARB/03/19, decisión (12 de febrero, 2007).

Consiguientemente el 10 de abril del 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, así mismo el acceso de terceras partes al procedimiento permitiendo la participación de los mismos por razones de transparencia y por tratarse de asuntos que involucran el interés público.<sup>101</sup>

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 la Regla 37(2) la cual señala 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, 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, el objeto de la misma que deberá guardar armonía con el objeto del procedimiento arbitral y el interés significativo de esta figura el cual deberá ser legítimo a fin de justificar su intervención, siendo entidades idóneas e independientes. Así mismo, estas reglas introdujeron cambios que facilitan la labor de los árbitros en

---

<sup>101</sup> Sobre la intervención de un amicus curiae, Brigitte Stern, L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et Investisseur, 2 Revue de l'Arbitrage, 329-345 (2002).

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 de la figura del *amicus curiae*, tanto a ellos como al procedimiento arbitral, se vean disipados; buscando garantizar que no haya perturbación del procedimiento y que la carga en las partes no sea indebida o las perjudique injustamente, estableciendo así una 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.<sup>102</sup>

Además es importante indicar que la Regla 37.2 no crea un derecho ni un status en favor de los *amicus curiae*<sup>103</sup> que los autorice a participar en los procedimientos arbitrales del CIADI 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 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*, el derecho de las partes se limita a ser oídos y consultados por los árbitros acerca de la solicitud de intervención realizada, lo cual es importante porque refuerza las facultades de tribunal arbitral.

Otro ejemplo de la evolución que viene desarrollándose dentro del CIADI, se dio en noviembre del 2008 , donde se autorizó la participación de la Comisión Europea a título de *amicus curiae* en *AES Summit Generation Ltd. y AES Tisza Eromu KFT vs.*

---

<sup>102</sup> MEDINA-CASAS, Héctor Mauricio, “*Las partes en el arbitraje CIADI*”, 15 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 215-242 (2009). ISSN:1692-8156 p. 233, consultado el 28 de mayo del 2012, disponible en < [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/08-LASPARTESNELARBITRAJECIADI.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/08-LASPARTESNELARBITRAJECIADI.pdf)>.

<sup>103</sup> Sobre este punto, en *Biwater Gauff Ltd. vs. la República de Tanzania*. Caso CIADI ARB/05/22, decisión (2 de febrero, 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 that might entail.”

*Hungría*. Caso CIADI ARB/07/22, pues 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,<sup>104</sup> lo que nos lleva a pensar que esta figura seguirá evolucionando, así como seguirá evolucionando el arbitraje de inversiones.

Ahora que se describió cómo es que se autoriza la participación de los *amicus curiae* en los procedimientos del CIADI, es importante abordar sus facultades<sup>105</sup>.

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

Entonces en 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 requieren la aprobación de las partes contendientes y así se ha reconocido en los distintos casos en los que se ha solicitado esta participación<sup>106</sup>

Al respecto, la Regla 32.2 de las Reglas de Arbitraje del CIADI dispone 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 consultaran a

---

<sup>104</sup> MEDINA-CASAS, Héctor Mauricio, “Las partes en el arbitraje CIADI”, 15 *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 215-242 (2009). ISSN: 1692-8156 p. 234 consultado el 15 de mayo del 2012, disponible en < [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/08-LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/08-LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf)>.

<sup>105</sup> *Ibidem*.

<sup>106</sup> Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. Caso CIADI No. ARB/03/19. Biwater Gauff Ltd. vs. República de Tanzania. Caso CIADI ARB/05/22.

estas y ellas tomaran la decisión definitiva respecto a permitir la participación de los amicus curiae o no, en la práctica no se ha aceptado la asistencia de los mismos.

Igualmente en lo relacionado a la solicitud del amicus curie referido al acceso a los documentos del procedimiento arbitral, en los casos en los cuales se ha hecho este pedido la respuesta ha sido negativa, enfatizando 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, pues 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 enfatizando que su intervención se justifica en la medida en que previamente conozcan el asunto en discusión y aporten nuevas perspectivas a los árbitros.

Particularmente en el caso *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República de Argentina*<sup>107</sup> donde se manifestó 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”.

Debido al principio de confidencialidad que trae inmerso el arbitraje de inversiones es que estas dos solicitudes por parte de los amicus curiae, han sido denegadas por parte del tribunal hasta el momento, quedando fuera de las atribuciones del mismo y dentro de las facultades de las partes la aceptación de la presencia de los amicus curiae en la audiencias y la solicitud de acceso a los documentos; lo cual 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

---

<sup>107</sup> Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. Caso CIADI No. ARB/03/19, decisión (19 de mayo, 2005).

los tribunales arbitrales; estos límites impuestos a la participación del *amicus curiae* son la garantía de que no habrá una perturbación del procedimiento y que la carga del inversionista no será indebida o lo perjudicará injustamente.

Finalmente respecto a la presentación del informe escrito emitido por los *amicus curiae*, los árbitros tendrán la libertad para aceptarlos. 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 estrictos parámetros en relación con la extensión del documento,<sup>108</sup> la presentación, el formato y el idioma. En ese sentido el papel 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.<sup>109</sup>

Del mismo modo en el ámbito de la transparencia también se han realizado cambios, pues la Regla 48 del CIADI señala que el Centro no publicará el laudo sin consentimiento de las partes, pero con la modificación, se permitió que cualquiera de las partes permita la publicación unilateral del laudo arbitral, sin la necesidad de consentimiento de la otra parte. Y aún así no existiera tal consentimiento el Centro deberá incluir prontamente en sus publicaciones extractos del razonamiento jurídico

---

<sup>108</sup> 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 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. Epaminontas Triantafilou, *A More Expansive Role for Amicus Curiae in Investment Arbitration?* (11 de mayo, 2009). [www.kluwerarbitrationblog.com](http://www.kluwerarbitrationblog.com).

<sup>109</sup> *Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*. Caso CIADI No. ARB/03/19, decisión (19 de mayo, 2005).

del Tribunal. En la actualidad estos laudos se encuentran publicados en la página del CIADI, para la revisión del público.<sup>110</sup>

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*, aun en contra de la voluntad de las partes del conflicto en la disputa arbitral, permitiendo así la participación del *amicus curiae* a través del informe escrito, sin importar la oposición de inversor, lo cual significa el no otorgar el poder de veto a cualquiera de las partes,<sup>111</sup> los tribunales han reconocido el carácter público de estas controversias, el 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; los cuales 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, que generará la toma de una decisión informada que podría beneficiar a un país en desarrollo.

En segundo lugar, que 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, dependerá de la aceptación de las partes, lo cual otorga protección a las mismas.

---

<sup>110</sup> Esta modificación a impulsado la transparencia en el CIADI, lo cual brinda seguridad y credibilidad a los árbitros y a los tribunales, pues sus decisiones, que tienen contenidos de interés público tendrán que ser mas cuidadosas y la información recolectada deberá de ser más especializada y técnica, con la finalidad de tomar una decisión adecuada, lo que generara un incentivo para que los tribunales arbitrales acepten y analicen informes emitidos por *amicus curiae*, claro está tomando en cuenta el requisitos necesarios para su admisibilidad antes descritos.

<sup>111</sup> PARRA, Antonio, “*Transparency and Amicus Curiae in ICSID Arbitration*” en CORDONIER SEGGER, Marie-Claire; GEHRING, Markus W; NEWCOMBE, Andrew “Sustainable development in world investment”, Editorial Kluwer Law International, The Netherlands. 2011, pp 198.

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



---

<sup>112</sup> Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina. Caso CIADI No. ARB/03/19, decisión (19 de mayo, 2005).

### III. CAPITULO

#### 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 bastante atención en los últimos años. A este lo describen como un híbrido, porque 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;<sup>113</sup> las mismas que se hacen evidentes cuando examinamos los dos principales arbitrajes de inversiones el Capítulo 11 del NAFTA y el arbitraje CIADI.

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

A demás 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. No solo porque 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,<sup>114</sup> 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 las presentación amicus curiae.

---

<sup>113</sup> TOMOKO ISHIKAWA, "Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration", International and Comparative Law Quarterly, ICLQ vol 59, April 2010 p.373. Consulta: 18 de noviembre del 2012. <<http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391> >.

<sup>114</sup> Ídem. p. 378.

## **1. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y Vivendi Universal S.A. vs República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/19**

El 17 de abril de 2003 el CIADI recibió una solicitud de arbitraje en contra de la República de *Aguas Argentinas S.A. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Vivendi Universal S.A. y AWG Group Ltd.* La misma 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.<sup>115</sup>

En respuesta a la crisis económica y financiera que la República Argentina empezó a experimentar en 1999, la cual tuvo 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, en el 2002, promulgó la Ley 15 que abolía la junta monetaria que había establecido la paridad entre el peso argentino y el dólar de los Estados Unidos, lo que dio lugar a una significativa depreciación del peso argentino. Las demandantes, considerando que estas medidas dañaban sus inversiones y representaban una infracción de los compromisos contraídos con ellas 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 de 2003 las Demandantes sometieron la diferencia con la República Argentina a arbitraje en el marco del Convenio del CIADI.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y Vivendi Universal S.A. vs República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/19, párrafo 1, Decisión sobre la Jurisdicción. Consulta: 15 de noviembre del 2012. <[https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC518\\_Sp&caseId=C19](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC518_Sp&caseId=C19)>.

<sup>116</sup> Ídem. párrafo 24.

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:

- (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.

Referentes a inversiones y controversias semejantes. Como se explica más adelante, estas solicitudes serían registradas posteriormente por el Centro y presentadas mediante acuerdo entre las partes al mismo tribunal.<sup>117</sup>

**a. Solicitud de transparencia y participación en calidad de Amicus Curiae<sup>118</sup> 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: Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Centro para el Derecho Internacional Ambiental (CIEL), Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria, y Unión de Usuarios y Consumidores, presentaron ante el CIADI una “Solicitud de Autorización para presentar un informe en calidad de Amicus Curiae.”<sup>119</sup> Estas ONGs argumentaron que el caso involucraba cuestiones de interés público básico y derechos fundamentales de los residentes de la zona afectada en este caso.

---

<sup>117</sup> Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y Vivendi Universal S.A. vs República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/19, pie de nota 1, Decisión sobre la Jurisdicción. Consulta: 15 de noviembre del 2012.

<[https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC518\\_Sp&caselD=C19](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC518_Sp&caselD=C19)>.

<sup>118</sup> Solicitud de transparencia y participación en calidad de Amicus Curiae, En el caso No. 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. Consulta: 15 de noviembre del 2002. <[http://ciel.org/Publications/SuezAmicus\\_27Jan05\\_Spanish.pdf](http://ciel.org/Publications/SuezAmicus_27Jan05_Spanish.pdf)>.

<sup>119</sup> Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y Vivendi Universal S.A. vs República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/19, párrafo 14, Decisión sobre la Jurisdicción. Consulta: 15 de noviembre del 2012. <[https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC518\\_Sp&caselD=C19](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC518_Sp&caselD=C19)>.

Concretamente los Peticionarios solicitaron al tribunal:

- a. Conceder a las peticionarias el acceso a las audiencias que se celebraran en este caso; esta petición fue denegada por parte de tribunal.
- b. Conceder a las peticionarias oportunidades suficientes para exponer argumentos legales en forma de amicus curiae. Si bien es cierto el tribunal consideró tal posibilidad, esta no se realizó.
- c. Conceder a los peticionarios acceso oportuno, suficiente e irrestricto a los documentos del proceso. 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 las 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 y concedió a los Peticionarios una oportunidad para solicitar autorización para efectuar una presentación en calidad de amicus curiae, de conformidad con ciertas condiciones.

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

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

- Posesión de conocimientos especializados,
- experiencia e
- independencia.

A fin de estar en posición de 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.<sup>120</sup> Respecto al primer criterio es importante resaltar gracias a este se contara 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 ocasionar algún problema en el procedimiento arbitral, sino únicamente enriquecer el análisis del caso a fin de que se emita una decisión informada.

En segundo lugar, se tomara en cuenta la aptitud de cada persona que no sea parte, para desempeñarse en calidad de amicus curiae en ese caso. Por cierto, pensamos 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; las mismas que a partir de esta experiencia analizaran 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.<sup>121</sup> Aunque no exista un formato para evaluar la información remitida a los tribunales, esta evaluación se dará de forma independiente por cada tribunal arbitral; en este punto cabe destacar la flexibilidad del DIE y en consecuencia esta rama al ser parte de II, contara con esta misma característica.

Así mismo en el presente caso, el tribunal concluyó que estaban involucradas materias de interés público de naturaleza similar, a las que tradicionalmente han dado

---

<sup>120</sup> 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 No. ARB/03/19, párrafo 24, p. 358 consultado el 18 de noviembre del 2012, disponible en <[https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC512\\_Sp&caseld=C18](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC512_Sp&caseld=C18)>.

<sup>121</sup> IDEM, párrafo 17, p.356

lugar a que algunas cortes y otros tribunales reciban presentaciones amicus realizadas por personas idóneas que no son partes.<sup>122</sup>

El tribunal, para reafirmar su conclusión, señaló en el párrafo 19 de la Resolución:

*“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 de tribunal referido a los intereses públicos incluidos en la controversia y las posibles consecuencias en la emisión de un laudo que involucre estos temas, a propósito del mismo, los actores de la sociedad civil y las ONGs han usado los mismos argumentos como base a su pedido de participación en los procedimientos arbitrales del CIADI, lo cual refleja la tendencia generada, a fin de permitir la aceptación de esta figura en el CIADI.

Así, esta 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 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

---

<sup>122</sup> 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 No. ARB/03/19, párrafo 24, p. 358. Consulta: 18 de noviembre del 2012. <[https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC512\\_Sp&caseId=C18](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC512_Sp&caseId=C18)>.

procedimiento que permitiera salvaguardar el debido proceso y el trato equitativo, así como la eficiencia de los procedimientos”.<sup>123</sup>

Con esta Resolución el tribunal claramente ha antepuesto la protección a los derechos de las partes; aunque las demandantes arguyen que el tribunal debió rechazar la petición porque las peticionarias no buscan ofrecer ningún elemento de hecho nuevo, sino hacer argumentos legales inapropiados,<sup>124</sup> los inversionistas se basan en estas afirmaciones para objetar la participación de los amicus curiae, pero el tribunal, en la Resolución antes mencionada, no limitó la contribución de un amicus curiae a “nuevos elementos de hecho.” Mas bien, 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.<sup>125</sup>

Por consiguiente, el tribunal no aceptó los argumentos de las demandantes sobre este punto<sup>126</sup> considerando que las razones expuestas por ellas 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, de acuerdo con los límites y condiciones referidas anteriormente.<sup>127</sup>

Sobre esas bases y habiendo considerando la Petición y las observaciones de las partes, el Tribunal determinó que las Peticionarias podían presentar los informes

---

<sup>123</sup> 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 No. ARB/03/19, párrafo 24, p. 358 consultado el 18 de noviembre del 2012, disponible en <[https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC512\\_Sp&caselId=C18](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC512_Sp&caselId=C18)>.

<sup>124</sup> *Ibidem*.

<sup>125</sup> *Ibidem*.

<sup>126</sup> *Ibidem*.

<sup>127</sup> *Ídem*. p, 360.

escritos *amicus Curiae*, lo cual no se realizó debido a que el tribunal posteriormente manifestó que por versar la discusión en ese momento sobre un asunto de derecho, particularmente jurisdiccional, no era necesaria la intervención de un *amicus curiae*, sin embargo, el tribunal indicó la forma en que podrían ser presentados en el futuro sus escritos para que fueran estudiados por los árbitros.<sup>128</sup>

A partir de las actuaciones analizadas anteriormente se desprende el hecho de que, los inversionistas regla general se oponen a la intervención de *amicus curiae* pues 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,<sup>129</sup> a demás, 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 10 de abril del 2006. De conformidad con esta norma se requiere a los tribunales “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”.

A través de lo expuesto anteriormente respondemos a una de las interrogantes planteadas en la presente investigación. Basada en las alegaciones por parte de los inversionistas, las cuales señalan que tal participación pueda causar perjuicios tanto a los inversionistas, al tener que litigar contra otra parte la cual sería el *amicus curiae*, como al procedimiento arbitral entorpecimiento el mismo, con información no

---

<sup>128</sup> 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*, 1, 58-79 (2002).

<sup>129</sup> Medina-Casas señala que Sobre la intervención de un *amicus curiae*, Brigitte Stern, *L'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etat et Investisseur*, 2 *Revue de l'Arbitrage*, 329-345 (2002).

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 desarrollan esta cuestión, podemos dar respuesta a las posiciones en contra de la participación del *amicus curiae* por parte del inversionista, considerando que no existe tal perjuicio, debido a que en primer lugar *amicus curiae* no se le otorga ningún derecho en el procedimiento pues los tribunales admiten estos informes basados en las facultades inherentes de los mismo, quedando a su discrecionalidad su aceptación, en lo referido al perjuicio que se ocasionara al procedimiento arbitral, el tribunal podrá desestimar comunicaciones que no cumplan los requerimientos necesarios para brindar nuevas luces a la solución de la controversia, siendo esta una herramienta que el tribunal podrá usar a fin de enriquecer su análisis brindando así una decisión justa e informada. Es a partir de este punto donde podemos deslindar el rol beneficioso de esta figura para países en desarrollo, los cuales apoyados en estos informes podrán sustentar de manera más sólida su defensa.

## **2. Caso Biwater Gauff Limited V. La Republica Unida de Tanzania (ICSID Case No. ARB/05/22)**

Este caso está relacionado a 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 inversor solicitó una revisión del contrato a fin de aumentar la tarifa alegando que así podría realizar las inversiones necesarias para prestar el servicio de manera adecuada, solicitud que 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.<sup>130</sup> El inversor demandó a Tanzania ante el CIADI. En el laudo (*Biwater Gauff contra Tanzania*) se estableció que hubo en efecto expropiación ilegal de la inversión, aunque no hubo conexión entre esa conducta ilegal y los daños económicos que reclamaba el inversor ya que el valor de la compañía al momento de la expropiación era negativo,<sup>131</sup> esta demanda se basó en el Tratado Bilateral de Inversiones entre Tanzania y 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 llevaría a cabo a través de la remisión de un informe escrito, requiriendo además 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.

Entonces, la petición se llevó a cabo 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)<sup>132</sup>

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 amicus curiae deben abordar,

---

<sup>130</sup> PARRA, Antonio, "Transparency and Amicus Curiae in ICSID Arbitration" en CORDONIER SEGGER, Marie-Claire; GEHRING, Markus W; NEWCOMBE, Andrew "Sustainable development in world investment", Editorial Kluwer Law International, The Netherlands. 2011, p. 199.

<sup>131</sup> Laudo *Biwater Gauff (TANZANIA) LTD. V. United Republic of Tanzania*, ICSID CASE NO. ARB/05/22, párrafo 807.

<sup>132</sup> Amicus Curiae Submission, *Caso Biwater Gauff (TANZANIA) LTD. V. United Republic of Tanzania*, ICSID CASE NO. ARB/05/22, 26 March, 2007. Consulta: 17 de agosto del 2012. <[http://www.ciel.org/Publications/Biwater\\_Amicus\\_26March.pdf](http://www.ciel.org/Publications/Biwater_Amicus_26March.pdf)>

además del hecho que no existiera ningún procedimiento específico establecido para solicitar esta condición.

A pesar de no haber una forma preestablecida proporcionada para este propósito, las ONGs basaron su presentación en los requisitos que se señalaron en dos casos anteriores a la modificación de la normativa del CIADI<sup>133</sup>, los cuales son:

- Indicar la identificación y los antecedentes del peticionario, la naturaleza de su membrecía, si era una organización y la naturaleza de su relación con alguna de las partes en disputa.
- Debiendo señalar la naturaleza del peticionario interesado en el caso, y
- si el peticionario había recibido ayuda financiera o económica de alguna de las partes o de alguna persona conectada con las partes del procedimiento.
- A demás de la razón por la cual el tribunal debería aceptar la sumisión de *amicus curiae* en este caso.<sup>134</sup>

En este orden, las ONGs demostraron en el informe *amicus curiae* emitido, que cumplía con tales requerimientos, indicando el interés público inherente a nivel nacional e internacional de la presente controversia; así mismo remarcando 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. Indicando que este arbitraje además tendría incidencia en el desarrollo sostenible, lo cual concierne a toda la comunidad internacional.<sup>135</sup>

A fin de ilustrar la decisión en esta caso, cabe una vez más enfatizar, la facultad con la que cuenta el tribunal para aceptar estos informes incluso en contra de la voluntad de

---

<sup>133</sup> PARRA, Antonio, “*Transparency and Amicus Curiae in ICSID Arbitration*” en CORDONIER SEGGER, Marie-Claire; GEHRING, Markus W; NEWCOMBE, Andrew “*Sustainable development in world investment*”, Editorial Kluwer Law International, The Netherlands. 2011, p. 198.

<sup>134</sup> *Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*. Caso CIADI No. ARB/03/19.

<sup>135</sup> PARRA, Antonio óp. cit, p. 198.

las partes, teniendo como referente la primera decisión en el arbitraje internacional de inversiones que permitió esta sumisión, el cual fue en *Methanex v. Estados Unidos*, la misma situación ocurrió como se describió anteriormente en *Aguas Argentinas v. Argentina*, *Aguas Provinciales de Santa Fe v. Argentina*, donde el tribunal señaló 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.”*<sup>136</sup>

Del mismo modo, en que estos intereses se vieron involucrados en diferentes controversias, en el caso *Biwater Gauff vs Tanzania* igualmente surgieron, pudiendo los amicus curiae basarse en anteriores decisiones que apoyaban tal participación.

La empresa Biwater Gaff, al igual que los otros inversionistas de los casos analizados, se opuso a su 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.<sup>137</sup>

### **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 llegar a esta conclusión, el tribunal tomo en cuenta, en particular : en primer lugar, el hecho de que la controversia fue muy pública y ampliamente difundida, en segundo lugar, que la Orden Procedimental N ° 5 no permitiría la revelación de los documentos del procedimiento a los peticionarios; y en tercer lugar que en sus presentaciones escritas, no debían referirse a los documentos intercambiados en el arbitraje (excepto si estos previamente hubiesen sido puestos a disposición al público).<sup>138</sup>

---

<sup>136</sup> *Aguas Argentinas S.A., Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*. Caso CIADI No. ARB/03/19 21-22

<sup>137</sup> *Laudo Biwater Gauff (TANZANIA) LTD. V. United Republic of Tanzania*, ICSID CASE NO. ARB/05/22, párrafo 357.

<sup>138</sup> *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v United Republic of Tanzania (Final Award)*, párrafo 67.

Así mismo tribunal fue cuidadoso en no brindar más derecho que aquellos que se encontraban específicamente referidos en la regla 37(2), y en los casos antes mencionados. El tribunal ordeno 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, con un máximo de 50 hojas, a doble espacio, en un plazo de tres semanas antes del inicio de la audiencia oral.<sup>139</sup>

### **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, pero proporcionó en forma detallada las razones de la negativa. El tribunal indico que esta decisión debería ser considerada de forma conjunta con la orden de confidencialidad ("Orden Procedimental N° 3), expedida antes de la Orden Procedimental N° 5, en respuesta a la solicitud de Biwater, sobre las medidas provisionales concernientes a la confidencialidad del procedimiento.

De modo que en la Orden Procedimental N° 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).<sup>140</sup> Pero finalmente aludiendo a la confidencialidad de las partes, negó el acceso a los documento del procedimiento,<sup>141</sup> lo cual demuestra el tribunal vela por la garantía de un procedimiento equitativo y justo para las partes.

---

<sup>139</sup> PARRA, Antonio, "Transparency and Amicus Curiae in ICSID Arbitration" en CORDONIER SEGGER, Marie-Claire; GEHRING, Markus W; NEWCOMBE, Andrew "Sustainable development in world investment", Editorial Kluwer Law International, The Netherlands. 2011, p. 201

<sup>140</sup> TOMOKO ISHIKAWA, "Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration", International and Comparative Law Quarterly, ICLQ vol 59, April 2010 p.387. Consulta: 18 de noviembre del 2012. <<http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391>>.

<sup>141</sup> PARRA, Antonio, "Transparency and Amicus Curiae in ICSID Arbitration" en CORDONIER SEGGER, Marie-Claire; GEHRING, Markus W; NEWCOMBE, Andrew "Sustainable development in world investment", Editorial Kluwer Law International, The Netherlands. 2011, p. 205

### **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, sin la posibilidad que estén abiertas al público o que en su rol de *amicus curiae* puedan responder en forma directa cualquier pregunta del tribunal referente al informe *amicus curiae*.<sup>142</sup>

En este caso la empresa Bewater Gauff negó la posibilidad a los *amicus curiae* de acudir a la audiencia oral,<sup>143</sup> alegando las reglas de arbitraje CIADI, en particular a 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 fue realizada basándose en la Orden Procedimental N° 5, emitida el 2 de febrero del 2007, siguiendo los términos y condiciones especificados por el tribunal en dicha orden. De modo que las conclusiones de este informe fueron que, la cancelación del contrato de concesión, se había dado 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.<sup>144</sup>

La presentación señala que en realidad el inversionista había fallado, pues le había faltado visión y competencia empresarial; teniendo como estrategia el forzar la renegociación del contrato poco después de que este entrada en vigor lo cual 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

---

<sup>142</sup> Laudo Bewater Gauff (TANZANIA) LTD. V. United Republic of Tanzania, ICSID CASE NO. ARB/05/22, Parrafo 70.

<sup>143</sup> *Ibid.* párrafo 71

<sup>144</sup> *Amicus Curiae Submission, Bewater Gauff (Tanzania) Limited and United Republic of Tanzania, IN Case No. ARB/05/22, párrafo 95, 26 March, 2007.*

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.<sup>145</sup> Igualmente se indicó al tribunal que, si el inversionista no había hecho una buena labor al investigar cuales eran las características del sistema de aguas en Tanzania, antes de invertir, no podía usar el acuerdo de inversiones como una póliza de seguros contra estas decisiones erradas en su inversión.<sup>146</sup>

Igualmente el informe amicus curiae señaló que el acceso a agua potable no sólo era esencial para el desarrollo sostenible, sino que describió al agua como un bien público, un recurso natural limitado fundamental para la vida y la salud, insistiendo en que el derecho humano al agua era indispensable para llevar una vida digna. Si bien no hay duda de que el cumplimiento de este derecho está lleno de desafíos, el simple hecho de que la vida no sea posible sin agua, y que la salud no es posible sin agua potable, dan fe de este derecho humano básico.<sup>147</sup>

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 esta es una parte básica 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 una estrategia de pre y post renegociación, que consistía en hacer una oferta baja a fin de recibir el contrato para luego renegociarlo. Señalando que el inversionista tenía una sola estrategia consistente primero, en obtener la concesión del contrato, para luego de manera encubierta, pedir la renegociación del mismo una vez que los potenciales competidores estén fuera de competencia.<sup>148</sup>

---

<sup>145</sup> Ídem. párrafo. 8.

<sup>146</sup> Ídem.párrafo. 16.

<sup>147</sup> Amicus Curiae Submission, Biwater Gauff (Tanzania) Limited and United Republic of Tanzania, IN Case No. ARB/05/22, párrafo 48, 26 March, 2007.

<sup>148</sup> Ibídem.

Es importante señalar que el tribunal se reservó el derecho (si fuese necesario) a preguntar a las peticionarias preguntas específicas en relación a la su presentación escrita y para solicitar presentaciones escritas adicionales y/o documentos u otras pruebas, que podría ayudar a una mejor comprensión de la posición de los peticionarios, las cuales se darán antes o después de la audiencia.<sup>149</sup>

#### **D. Decisión final**

De esta manera en julio de 2008, el tribunal del CIADI en el caso *Biwater Gauff vs Tanzania*, emitió este laudo definitivo en el que el dio un ejemplo interesante del tratamiento de la presentación del informe de los amicus curiae, el laudo final ha brindado un útil contexto inicial para los tribunales arbitrales. Y quizá lo más significativo que el hecho que los tribunales aceptaran el informe amicus curiae, es el grado en que el tribunal se basó en los argumentos de hecho y de derecho del informe amicus curiae en el laudo final.<sup>150</sup>

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 emita el laudo final este tribunal no solo 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”.<sup>151</sup> El tribunal usó doce paginas en el laudo final para discutir los argumentos expuestos en el informe amicus e indicó que esta “sumisión había informado el análisis de la

---

<sup>149</sup> Laudo *Biwater Gauff (TANZANIA) LTD. V. United Republic of Tanzania*, ICSID CASE NO. ARB/05/22, párrafo 65.

<sup>150</sup> PARRA, Antonio, “*Transparency and Amicus Curiae in ICSID Arbitration*” en CORDONIER SEGGER, Marie-Claire; GEHRING, Markus W; NEWCOMBE, Andrew “*Sustainable development in world investment*”, Editorial Kluwer Law International, The Netherlands. 2011, p. 206.

<sup>151</sup> Laudo *Biwater Gauff (TANZANIA) LTD. V. United Republic of Tanzania*, ICSID CASE NO. ARB/05/22, párrafo 370.

demanda y que dentro de la presentación escrita se encontraron puntos relevantes y específicos”.<sup>152</sup>

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 y estos informaron debidamente al Tribunal, lo que generó un adecuado análisis de la controversia,<sup>153</sup> resumiendo así temas importantes como la responsabilidad del inversionista que se expresan en términos de limitaciones correlativas en el ámbito de protección de tratado bilateral, como primer principio, en este sentido, se destaca la decisión en el caso Maffezini, la cual indica que “ el Tribunal debe enfatizar que los acuerdos bilaterales sobre inversiones no son pólizas de seguro contra malas decisiones de negocios”<sup>154</sup>. Tampoco son pólizas de seguro para todos los efectos negativos de las acciones o actividades gubernamentales, haciendo énfasis en que la falla de un inversionista para llevar a cabo una adecuada evaluación de riesgo, o la conducta inescrupulosa por parte de 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.<sup>155</sup>

En este caso el inversionista ya contaba con experiencia referente a la distribución de agua potable en países en desarrollo como Guatemala, Indonesia, México, Malasia, Nigeria, Panamá Pilipinas contado supuestamente con la experiencia suficiente para conocer cómo es que estas operaciones eran realizadas.

---

<sup>152</sup> Laudo Biwater Gauff (TANZANIA) LTD. V. United Republic of Tanzania, ICSID CASE NO. ARB/05/22, párrafo 392.

<sup>153</sup> Ídem.párrafos 371-392.

<sup>154</sup> Amici Brief, para.16, citing *Maffezini v. Spain*, Award of 13 November 2000, para. 64. See also *Eudoro A. Olguin v. Republic of Paraguay* (ICSID Case No. ARB/98/5), Award of 26 July 2001, para. 73 [hereinafter *Olguin v. Paraguay*]; *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Chile* (ICSID Case No ARB/01/7), Award of 25 May 2004, para. 178 [hereinafter *MTD v. Chile*].

<sup>155</sup> Laudo Biwater Gauff (TANZANIA) LTD. V. United Republic of Tanzania, ICSID CASE NO. ARB/05/22, (n 76) párrafo 375.

Igualmente indico el punto referido a que los inversionistas extranjeros están bajo ciertas condiciones o deberes tales como aplicar estándares comerciales o empresariales para el proceso de inversión, a fin de observar el principio *pacta sunt servanda*, indicando que el inversionista había incumplido obligaciones del contrato en especial a lo referido respecto a la infraestructura del proyecto poniendo en riesgo el bienestar de los ciudadanos debido a que este era un servicio básico monopólico ; igualmente se esgrimió el hecho de que el inversionista no haya actuar de buena fe.<sup>156</sup>

Adicionalmente que el nivel más alto de responsabilidad debía de ser impuesto a inversionistas extranjeros antes de solicitar la protección del derecho internacional cuando estos 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 del lograr el desarrollo sostenible, son factores que equilibran los derechos y obligaciones entre el inversionista y el estado anfitrión.<sup>157</sup>

Sin embargo, de alguna manera contradictoria al tributo del informe *amicus curiae* y la declaración de que “fueron relevantes los puntos específicos que surgieron de las alegaciones de la Amicus, en este contexto”,<sup>158</sup> 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. Es una lástima que el tribunal no reconsiderara y examinara estas cuestiones; aunque el tribunal haya reconocido en el laudo emitido que esta era una controversia de naturaleza pública, que los *amicus curiae* tenían un especial interés y conocimiento en los Derechos Humanos y Medioambientales, indicando además estos proporcionaron

---

<sup>156</sup> Amicus Curiae Submission, Biwater Gauff (Tanzania) Limited and United Republic of Tanzania, IN Case No. ARB/05/22, párrafo 9, 26 March, 2007

<sup>157</sup> *Ibíd.* párrafo 53; Biwater Gauff (Tanzania) Limited v United Republic of Tanzania (Final Award) (n 76) párrafo 380.

<sup>158</sup> *Ibíd.* párrafo 392.

perspectivas que diferían sustancialmente de lo argumentado por las partes contendientes, aportando así una valiosa contribución al procedimiento.<sup>159</sup>

A partir de este caso analizado, observamos que existe un reconocimiento por parte del tribunal respecto al uso de esta información, excepto en el caso *Betchel*. Países como Tanzania, Argentina y Bolivia, que han realizado la privatización de los servicios de agua se han visto envueltos en este tipo de controversias internacionales, por su especial carácter público, referido a la protección de los derechos humanos y la protección al medioambiente a fin de generar un adecuado desarrollo sostenible, ha originado el que 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 las críticas en contra de la aceptación de los informes *amicus curiae* en el procedimiento arbitral del CIADI, desarrollaremos las principales preocupaciones respecto a su participación:

En primer lugar, respecto a las alegaciones por parte de los inversionistas, que indican que esta participación los perjudicara pues tendrán que litigar contra dos partes además de incrementar los costos y demoras en el procedimiento arbitral. A propósito cuando el CIADI modificó su reglamento fue muy cuidadoso al elaborar su Regla 37(2), a fin de no otorga ningún derecho a estas figuras, quedando así a discrecionalidad del tribunal el aceptar o no tales presentaciones escritas *amicus curiae*; al no otorgarles una facultad excesiva estos no litigaran como parte, estando únicamente restringidos a brindar información que pueda ser útil al tribunal. De esta manera 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.

---

<sup>159</sup> TOMOKO ISHIKAWA, "Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration", *International and Comparative Law Quarterly*, ICLQ vol 59, April 2010 p.408. Consulta: 18 de noviembre del 2012. <<http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391>>.

Respecto a los costos extras que esta participación pueda generar a las partes, cabe destacar que no generará ningún costo adicional, ni al inversionista, ni al país demandado; siendo esta otra razón por la que esta participación podrá ser beneficiosa para los países en desarrollo debido a que el análisis y la investigación que realizaran 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, en lo relacionado a la politización de la controversia dentro del foro arbitral, cabe señalar que estas preocupaciones son discutibles, debido a que en el caso que surja una controversia que esté relacionada a asuntos públicos importantes, este riesgo siempre existirá, sin importar que se dé o no la participación de los amicus Curiae, teniendo en cuenta el interés público que conlleva este tipo de casos cualquier información que se deslinde del mismo generará una reacción pública notoria.

Por otro lado existen inquietudes sobre la idoneidad de estas figuras, en especial el de las ONGs, estas preocupaciones se dan tanto de los inversionistas como de países en desarrollo. Los últimos además de tener 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 estas eclosionan más en los países desarrollados que en los países en desarrollo, por la misma evolución y desarrollo de la sociedad civil, la existencia de tradiciones democráticas y participativas y la presencia de recursos económicos y de otro tipo, lo cual implica para ellos alianzas que podrán en desventaja a los países en desarrollo; sin tener en consideración que las mismas se han ido extendiendo hacia ellos.<sup>160</sup>

---

<sup>160</sup> 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. Consulta: 6 de mayo del 2013. <<http://vlex.com/vid/57842131>>.

Así mismo alegan el que estas organizaciones únicamente tendrán intereses particulares como son los intereses comerciales o industriales los cuales estarían contrapuestos a los intereses públicos. O que estas ONGs puedan ser manipuladas por un Estado o corporaciones privadas a través de subsidios o financiamientos,<sup>161</sup> lo cual señalan conduce a una cierta pérdida de autonomía con lo que la independencia de las ONG, si no se llega a anular, cuanto menos se difumina.<sup>162</sup>

En relación a la presente investigación es necesario tener en claro como indica el tribunal *Suez Sociedad General de Aguas Barcelona, S.A. Y Vivendi S.A. vs la Republica de Argentina*, en su Resolución del 19 de mayo del 2005, que para ejercer su poder para autorizar las presentaciones amicus curiae deberá tener en cuenta como criterio básico la pertinencia del objeto del caso analizando la independencia de los amicus curiae a fin de aceptar la participación de estas organizaciones en el procedimiento arbitral. Razón por la cual tanto los inversionistas como los países en desarrollo tendrán una respuesta a sus preocupaciones.

Otro argumento en contra es la alusión que su legitimidad es cuestionable, así como el proceso de toma de decisiones interno, los cuales consideran no son democráticos ni transparentes.<sup>163</sup> Estas críticas han sido contrarrestadas mediante la adopción de medidas de fomento de la transparencia, códigos de buenas prácticas, y mecanismos de auditoría, una fórmula que se está demostrando ser efectiva para hacer frente a

---

<sup>161</sup> 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) 227-228. Citado por TOMOKO ISHIKAWA, "Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration", International and Comparative Law Quarterly, ICLQ vol 59, April 2010 p.399. Consulta: 18 de noviembre del 2012. <<http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391>>.

<sup>162</sup> 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 del 2013, disponible en <<http://vlex.com/vid/57842131>>.

<sup>163</sup> TOMOKO ISHIKAWA, "Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration", International and Comparative Law Quarterly, ICLQ vol 59, April 2010 p.399. Consulta: 18 de noviembre del 2012. <<http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391>>.

estas situaciones es la de las grandes coaliciones o redes de ONG, que cooperan estrechamente con intereses comunes.<sup>164</sup>

Finalmente, en la presente investigación el examen general sobre la idoneidad de la participación de las ONG en la elaboración del Derecho Internacional no está en discusión. Pero en el contexto del arbitraje de tratados de inversiones, la idoneidad de las presentaciones amicus curiae ha sido abordada por el tribunal *Suez Sociedad General de Aguas Barcelona, S.A. Y Vivendi S.A. vs la Republica de Argentina* indicando que a través del análisis de la posesión de conocimientos especializados, experiencia e independencia que posea esta figura el tribunal determinara la pertinencia del objeto de caso con el fin de autorizar las presentaciones amicus curiae.

Otras opiniones, ISHIKAWA, Tomoko indica que respecto a la idoneidad de la participación de las ONGs las preocupaciones que surgen por parte de inversionista y de los países en desarrollo anteriormente analizados se encuentran fuera de lugar; primero, porque 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 es que el tribunal *UPS* haya aceptado la presentación de la Cámara de Comercio de Estados Unidos, en forma similar el tribunal *Glamis* acepto la presentación de la Asociación Nacional de Minas, la cual está comprometida con las corporaciones del Sector minero americano. Así que se debe tener en cuenta que aceptando argumentos de amicus curiae que cuentan con diferentes perspectivas y propósitos, los tribunales podrán proveerse con 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 enriquecieron el debate y

---

<sup>164</sup> 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. Consulta: 6 de mayo del 2013. <<http://vlex.com/vid/57842131>>.

contribuirán así a un análisis más profundo<sup>165</sup>. En segundo lugar el hecho que queda siempre a discreción del tribunal rechazar presentaciones que no reúnan los criterios suficientes, antes mencionados en esta investigación.

A la par se plantean las dudas sobre la efectividad de las presentaciones amicus curiae sin que exista una completa transparencia en el procedimiento; se alude que los amicus curiae necesitan tener información suficiente respecto a una controversia determinada, para así contribuir con su experiencia y sus perspectivas. El hecho que exista o no efectividad dependerá de muchos factores, no únicamente del acceso que se pueda tener a documentos del procedimientos o el acceso a las audiencias del mismo, pues 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 obtenerla a través de otras fuentes información, que no sean únicamente las actuaciones del procedimiento arbitral, esto generara argumentos sólidos que sostengan la redacción y futura presentación del informe amicus curiae<sup>166</sup>, tal como sucedió en el caso *Biwater Gauff vs Tanzania*, donde existió considerable información de carácter público que pudo ser usada por los amicus curiae.<sup>167</sup>

Igualmente existen otros beneficios de que surgen del la presentación del informe escrito amicus curiae, los cuales están basados en el hecho que estos informes escritos puedan 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 medios 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, sea cualquiera de estas razones; esta perspectiva

---

<sup>165</sup> TOMOKO ISHIKAWA, "Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration", International and Comparative Law Quarterly, ICLQ vol 59, April 2010 p.400. Consulta: 18 de noviembre del 2012. <<http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391>>.

<sup>166</sup> *Ibidem*.

<sup>167</sup> *Laudo Biwater Gauff (TANZANIA) LTD. V. United Republic of Tanzania*, ICSID CASE NO. ARB/05/22, párrafo 367

extra podrá ayudar a los tribunales no solo 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, como el que se dio en *Biwater Gauff vs Tanzania* donde se le proveyó al tribunal un análisis jurídico detallado sobre el deber de los inversionistas de actuar de buena fe en el derecho internacional ya que esta es una parte básica en las relaciones entre el inversionista y el Estado anfitrión. En el informe amicus curiae se indico 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;<sup>168</sup> como observamos este análisis contara con obvia posibilidad de influenciar la decisión por parte del tribunal.

Otro beneficio que otorgara la presentación de estos informes amicus curiae es la capacidad de proveer al tribunal de información científica y conocimientos técnicos especializados o proveer información fáctica sobre hechos específicos en la disputa. Pues cuando se requiere que el tribunal evalúe la idoneidad de las medidas ambientales como una aplicación de las 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 valiosa. En especial en el ámbito de los derechos humanos, donde se señala que las ONGs están en mejores condiciones para proponer "buenas prácticas", en base a su experiencia.<sup>169</sup>

---

<sup>168</sup> Amicus Curiae Submission, Case No. ARB/05/22, between Biwater Gauff (Tanzania) Limited and United Republic of Tanzania, p. 32 parrafo 70. , 26 March, 2007.

<sup>169</sup> E Decaux, 'Human Rights and Civil Society' in P Alston (ed) *The EU and Human Rights* (OUP, Oxford, 1999) 917. Citado por TOMOKO ISHIKAWA, "*Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration*", *International and Comparative Law Quarterly*, ICLQ vol 59, April 2010 p.381. Consulta: 18 de noviembre del 2012. <<http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391> >.

Por otro lado es necesario considerar que estas organizaciones no gubernamentales internacionales, están exentas del cualquier mandado, teniendo así más la libertad que un gobierno para ser ellas quienes representen intereses globales; para ilustrar este punto 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 hubiese obtenido un beneficio considerable para un país en desarrollo como es el Perú.

Por las razones señaladas los informes amicus deben tener un rol substancial más que nominal en el procedimiento arbitral, donde es necesario que se haga efectivo el uso de los informes amicus curiae y que los mismas sean tomados en cuenta por el tribunal.<sup>170</sup> Análogamente los mismos pueden ser beneficiosas para los estos países en desarrollo que no cuentan muchas veces con los medios suficientes para establecer defensas solidas, basadas en información técnica y especializada, que otro tipo de organizaciones civiles poseen. Este beneficio no solo será efectivo para los países en desarrollo que son parte de una controversias sino que también podrán resultar beneficiados países en desarrollo que no son partes del procedimiento arbitral, pero puedan resultar afectados con la decisión del tribunal, debido a la relación cercana que ellos pudiesen tener con el asunto controvertido que busca solución en un centro de arbitraje de inversiones.<sup>171</sup>

---

<sup>170</sup> TOMOKO ISHIKAWA, "Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration", International and Comparative Law Quarterly, ICLQ vol 59, April 2010 p.401-412. Consulta: 18 de noviembre del 2012. <<http://search.proquest.com.ezproxybib.pucp.edu.pe:2048/docview/236683858?accountid=28391> >.

<sup>171</sup> Ídem. 403

Finalmente es recomendado por estudiosos de esta materia, como el Profesor Peter Häberle, que para que esta información brindada sea eficiente será necesario trabajar de manera conjunta, coordinada con el Estado en Desarrollo, a fin de que sus argumentos no sean contradictorios y puedan generar efectos negativos yendo en contra de la posición del Estado al que estarían ayudando a sustentar su posición.<sup>172</sup>



---

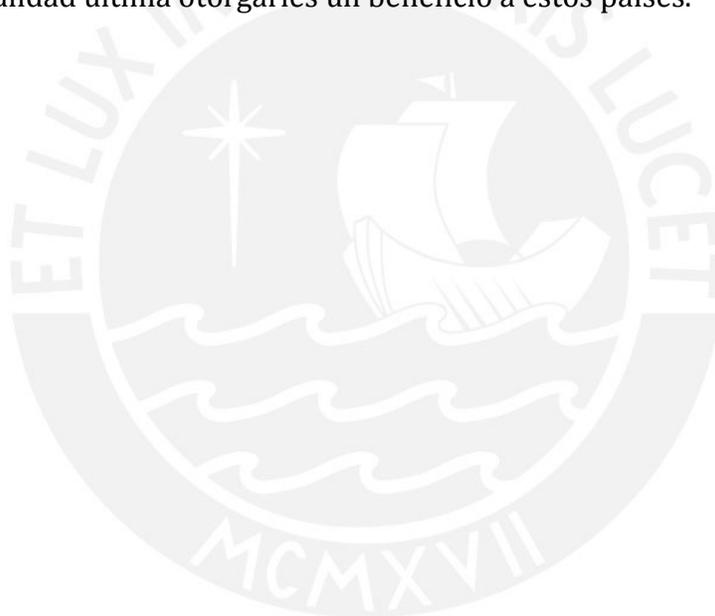
<sup>172</sup> HÄBERLE, PETER, intervención en la sesión 34 “ *No state actor in the dispute settlements system*” miércoles 26 del septiembre del 2012, OMC.

## CONCLUSIONES

- En la presente investigación se ha probado el rol beneficioso de la participación amicus curiae en los arbitrajes de inversiones a través de la presentación del informe escrito para los países en desarrollo, a fin de afianzar su posición y sus argumentos de defensa. La utilidad y el rol positivo se ha visto reflejada a través de reconocimiento del tribunal arbitral, en forma parcial en el laudo emitido en el caso *Biwater Gauff vs Tanzania* a diferencia de otros casos notablemente similares. Esta posibilidad viene seguida del reconocimiento por parte de los tribunales de la facultad de aceptar estos informes, basados en intereses importantes como son la protección de los Derechos Humanos y del Medioambiente a fin de lograr el desarrollo sostenible de los pueblos, que los propios tribunales arbitrales han reconocido en los casos estudiados.
- Este beneficio no será otorgado únicamente a los países desarrollados o a los países en desarrollo partes de una controversia internacional, sino que también se extenderán a países en desarrollo que no sean partes, pero que sus intereses estén relacionados al asunto controvertido que se viene revisando en un tribunal arbitral. La importancia se basa en posibilidad argumentar adecuadamente la defensa de los últimos, siendo el rol del informe amicus curiae para ellos, un beneficio.
- Los intereses globales que representan los amicus curiae no se verán supeditados a determinados mandatos, los cuales podrían restringir participaciones de gran utilidad, a fin de afianzar una posición a favor de los países en desarrollo, la cual se llevara a cabo a través de una toma de decisión informada por parte del tribunal.

- Se ha probado que 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 son cuestionables. Tales alegaciones han sido desestimadas por los mismos 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, lo cual no generara ningún perjuicio, únicamente, que el tribunal cuente con todas las herramientas necesarias para emitir una decisión justa.
- A través del análisis de varios casos tanto 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 esta figura, resaltando la importancia de la misma, 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 antes analizados, obviamente bajo el 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 interés globales.

- A partir de este análisis, considero importante que se haya permitido la participación de los amicus curiae por parte de los tribunales arbitrales de inversión, en especial del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, estimando la necesidad de una participación más activa en especial con los países en desarrollo a fin de que se hagan las coordinaciones necesarias con estas organizaciones para que los argumentos expuesto tanto en el informe amicus curiae como en los argumentos que sustenten la defensa de los países en desarrollo no resulten contradictorios al momento de remitir sus presentaciones a los tribunales arbitrales; teniendo 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 No. ARB/03/19.*

*Aguas del Tunari SA v. The Republic of Bolivia. Caso CIADI No. 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 Abellán Honrubia, Jordi Bonet Pérez, Victoria, *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del derecho internacional público*, J.M. Bosch Editor, 2009, ISBN 8476988206, 103-132. Consulta: 15 de Septiembre del 2012.  
<[http://vlex.com/vid/ong-amici-curiae-rganos-jurisdiccionales57842136?ix\\_resultado=15.0&query%5Bpage%5D=2&query%5Bq%5D=amicus+curiae](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 del 2012.

BRUS, Marcel M.T.A.

1995 *“Third Party Dispute Settlement in an Interdependent World”*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands.

CAMPBELL, Mc LACHLAN QC; SHORE, Laurence; WEINIGER Matthew

2008 *“International Investment Arbitration, Substantive Principles”*, Oxford University Press, New York.

CENTER FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

2007 *“Revising the UNCITRAL Arbitration Rules to Address State Arbitrations”*, febrero del 2007. Consulta: 23 de noviembre del 2012.  
<[http://www.iisd.org/pdf/2007/investment\\_revising\\_uncitral\\_arbitration.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2007/investment_revising_uncitral_arbitration.pdf)>.

COLLIER LOWE, John

1999 *“The Settlement of Disputes in International Law”*, Oxford University Press, New York.

CORDONIER SEGGER, Marie-Claire; GEHRING, Markus W; NEWCOMBE, Andrew

2011 *“Sustainable development in world investment”*, Kluwer Law International, The Netherlands.

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 01 de abril del 2013, disponible en <[http://www.economia.gob.mx/files/comunidad\\_negocios/Nondispute\\_s.pdf](http://www.economia.gob.mx/files/comunidad_negocios/Nondispute_s.pdf)>

DUPUY, Pierre-Marie ; FRANCONI, Francesco y PETERSMAN, Ernst-Ulrich

2009 *“Human Rights in international Investment Law and Arbitration”*, Oxford University Press, New York.

LAUDO BIWATER GAUFF (TANZANIA) LTD. V. UNITED REPUBLIC OF TANZANIA,  
ICSID CASE NO. ARB/05/22.

LEVINE, Eugenia

2011 *“Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation”*, 29, Berkeley J. Int'l Law. 200 (2011).  
Consulta: 15 de septiembre del 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, Vol. 35, 2012. Consulta: 23 de agosto del 2012. < SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1999374>>”*.

HABERLE, Peter

2012 Intervencion en la session 34 *“ No state actor in the dispute settlements system”*  
miercoles 26 del septiembre del 2012, OMC.

HARRISON, James

2009 *“Human Rights Arguments in Amicus Curiae Submission: Promoting Social Justice?”* en F FRANCONI, EU PETERSMANN, Human Rights in International Investment Law Arbitration, Oxford University Press, Nueva York, p. 396 – 421  
2009.

HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis M; ROLDAN BARBERO, Javier

2010 *“Derecho Internacional Económico”*, Marcial Pons, ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid.

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

LOWENFELD, Andreas F

2008 *“International Economic Law”*, Oxford University Press segunda edición, New York.

MEDINA-CASAS, Héctor Mauricio

2009 *“Las partes en el arbitraje CIADI”*, 15 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 215-242. Consulta: 23 de julio del 2012.  
<[http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/08\\_LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/08_LASPARTESENELARBITRAJECIADI.pdf)>

M. SORNARAJAH

2010 *“International Law in Foreign Investment”*, Cambridge University Press, Tercera edición, New York.

NAFTA Free Trade Commission, *Statement of the Free Trade Commission on Non-Disputing Party Participation*, Oct. 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.

Consulta: 23 de noviembre del 2012.

<[http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/disp\\_settlement\\_cbt\\_s/c9s3p1\\_s.htm](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. Consulta: 23 de septiembre del 2012.

<[http://docsonline.wto.org/GEN\\_searchResult.asp?RN=0&searchtype=brose&q1=%28@meta\\_Symbol+LTüURüA2üDSüUü1%29+%26+%28@meta\\_Types+Legal+text%29](http://docsonline.wto.org/GEN_searchResult.asp?RN=0&searchtype=brose&q1=%28@meta_Symbol+LTüURüA2üDSüUü1%29+%26+%28@meta_Types+Legal+text%29)>.

## OPINO JURIS

2006 “Bechtel abandons its ICSID claim against Bolivia”, 10 February 2006. Consulta: 4 de abril del 2013. <<http://lawofnations.blogspot.com/2006/02/bechtel-abandons-its-icsid-claim.html>>

PROCEDURAL ORDER N° 3, BIWATER GAUFF (TANZANIA) LTD., V. UNITED REPUBLIC OF TANZANIA, *ICSID Case No. ARB/05/22*.

## PARRA, Antonio

2011 “Transparency and Amicus Curiae in ICSID Arbitration” en CORDONIER SEGGER, Marie-Claire; GEHRING, Markus W; NEWCOMBE, Andrew “Sustainable development in world investment”, Editorial Kluwer Law International, 188-207 The Netherlands. 2011.

PEREZ-ESTEVE, Maria

2012 *“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, 18 septiembre 2012. Consulta: 10 de noviembre del 2012.  
<[http://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd201214\\_e.pdf](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 No. ARB/03/19. Consulta: 18 de noviembre del 2012.  
<[https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC512\\_Sp&caseId=C18](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.

SHAFFER, Gregory Y MOSOTI, Victor

2002 *“The EC-Sardines Case: How North-South NGO-Government Links Benefited Perú”*, *Bridges*, vol. 6:7, at 15 Oct. 2002 (ICTSD). Consulta: 26 de mayo del 2013.  
<<http://www.ictsd.org/monthly/bridges/BRIDGES6-7.pdf>>.

Solicitud de transparencia y participación en calidad de *Amicus Curiae*, En el caso No. 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. Consulta: 15 de noviembre del 2002.  
<[http://ciel.org/Publications/SuezAmicus\\_27Jan05\\_Spanish.pdf](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 No. ARB/03/19, párrafo 14, Decisión sobre la Jurisdicción consultado en 15 de noviembre del 2012, disponible en <[https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC518\\_Sp&caselId=C19](https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC518_Sp&caselId=C19)>

TOMOKO, Ishikawa

2012 *“Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration”*, International and Comparative Law Quarterly, ICLQ vol 59, April 2010, pp. 373-412. Consulta: 18 de noviembre del 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) 773–794 Oxford University Press, Vol.4(4), pp.773-794 . Consulta 23 de septiembre del 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 - Mexico FTA (2004)
<p>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.</p> <p>(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.</p>	<p>Article 1127 : the non-disputing NAFTA parties shall receive written notice of any arbitration and copies of all pleadings.</p> <p>Article 1129 (1) : the non-disputing NAFTA parties have the right to receive all the evidence submitted...</p> <p>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.</p>	<p>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 :</p> <p>(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.</p>

✚ Woo, Lee Jae , Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration, Korean Commercial Arbitration Board SEOUL, November 2010 , consultado el 5 de diciembre del 2012, disponible en <[http://www.uncitral.org/pdf/english/whats\\_new/11\\_2010/1124\\_3\\_LEE\\_JW.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/whats_new/11_2010/1124_3_LEE_JW.pdf)>

**Provisions in International Investment Agreements**

■ **Open hearings**

<b>Canada's FIPA</b>	<b>US Model BIT (2004)</b>	<b>Australia - Chile FTA (2004)</b>
<p>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.</p>	<p>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.</p>	<p>Article 10.22.2 : Similar to the US Model BIT</p>

✚ Woo, Lee Jae , Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration, Korean Commercial Arbitration Board SEOUL, November 2010 , consultado el 5 de diciembre del 2012, disponible en <[http://www.uncitral.org/pdf/english/whats\\_new/11\\_2010/1124\\_3\\_LEE\\_JW.pdf](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	<p><u>ICSID Convention Article 48 (5) :</u>                      “<u>The Center shall not publish the award without the consent of the parties</u>”  <u>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.</u></p>	<p>. Do not address public access to procedural documents                      . <i>Article 34 (5) of the revised Arbitration Rules (2010)</i>                      “<u>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....</u>”</p>
Open hearings	<p><u>Rule 32 (2) of the ICSID Arbitration Rules :</u>                      “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.”</p>	<p>. <i>Article 28 (3) of the revised Arbitration Rules (2010)</i>                      “<u>Hearings shall be held in camera</u>”</p>

✚ Woo, Lee Jae , *Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, Korean Commercial Arbitration Board SEOUL, November 2010 , consultado el 5 de diciembre del 2012, disponible en <[http://www.uncitral.org/pdf/english/whats\\_new/11\\_2010/1124\\_3\\_LEE\\_JW.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/whats_new/11_2010/1124_3_LEE_JW.pdf)>