

EL SISTEMA HÍBRIDO DE ARBITRAJE EN MATERIA DE INVERSIONES: ¿MÁS PÚBLICO QUE PRIVADO? IMPLICACIONES DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN, CORRUPCIÓN Y RENDICIÓN DE CUENTAS EN EL ARBITRAJE EN MATERIA DE INVERSIONES

Miguel RÁBAGO DORBECKER*

SUMARIO: I. *La mutación del arbitraje en materia de inversiones: de intereses privados a intereses públicos.* II. *¿Por qué abrir la participación social en el arbitraje en materia de inversiones?* III. *Diferentes estrategias y objetivos de la participación social.* IV. *Nuevos derroteros de justificación de la participación social: combate a la corrupción.*

I. LA MUTACIÓN DEL ARBITRAJE EN MATERIA DE INVERSIONES: DE INTERESES PRIVADOS A INTERESES PÚBLICOS

El incremento en el número de arbitrajes en materia de inversión, derivado de un conocimiento y uso más extendido de dicho sistema por los operadores jurídicos, ha producido decisiones que abarcan no sólo el estricto interés del inversionista y el Estado involucrado.

* Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. miguel.rabago@uia.mx

La propia definición del arbitraje en materia de inversiones como un sistema mixto, el cual puede ser accionado por un particular en contra de un Estado por actos de expropiación o equivalente a expropiación, parece situarlo en un limbo entre lo público y lo privado. Una tendencia dominante ha sido la de privatizar al Estado y por tanto tratar al arbitraje en materia de inversiones de manera equiparable al arbitraje comercial internacional. No obstante esta tendencia adoptada en los distintos acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones (en adelante APPRI) y en los distintos capítulos de inversión incluidos en acuerdos comerciales de carácter general, existen espacios en los cuales la renuncia al carácter público del Estado no parece operar.

Un ejemplo de la creciente demarcación del arbitraje en materia de inversiones como algo distinto al arbitraje comercial internacional es el caso *Lowen vs. Estados Unidos de América*.¹ En tal decisión se estableció que el arbitraje en materia de inversiones deriva del derecho internacional público y que la oferta general de arbitraje esta hecha por medio de un tratado interestatal recíproco. Tal sistema, prosigue el laudo, ha remplazado el poder de los Estados de activar el sistema de protección a sus nacionales, por uno que incluye una definición *ad hoc* de cierto tipo de actos que detonan responsabilidad internacional, así como medios especiales para la compensación. Por tanto, el uso o abuso de especialistas en arbitraje comercial internacional como árbitros en este tipo de disputas y la tendencia que los mismos tienen de citar fallos y prácticas del arbitraje comercial internacional, parecería ciertamente erróneo.

El primer argumento bajo el cual se debe dar cierto carácter público al arbitraje en materia de inversiones es que un posible fallo emanado de tal sistema de adjudicación repercute sobre fondos públicos, ya que el Estado es el encargado de pagar la indemnización por el daño derivado de la responsabilidad internacional del

¹ *The Lowen Group, Inc y Raymond L. Loewen vs. Estados Unidos de América*. Caso CIADI ARB(AF)/98/3, párrafo 233, disponible en www.state.gov/documents/organization/22094.pdf.

Estado. Un ejemplo es la argumentación en el caso de inconstitucionalidad planteada por el Sindicato de Trabajadores Postales, el *Council of Canadians* y el *Charter Comite on Poverty Issues* en contra del Estado canadiense ante la Corte Superior de Justicia de Ontario, que alegaba que las decisiones de tribunales del capítulo XI del TLCAN podrían tener serias consecuencias fiscales que podrían afectar la capacidad del Estado canadiense para financiar otras cuestiones.²

Ya en el ámbito interno, la justificación de publicidad en función de los fondos públicos tiene otros matices. En especial se deben describir los procedimientos en los que se repara con fondos públicos a los inversionistas triunfantes en arbitrajes en materia de inversión. Este punto resulta esencial en un campo, el del derecho interno, en el que el ejercicio del control social del presupuesto pueda ser ejercitado, por lo que no sería tan trascendental ejercerlo dentro del procedimiento internacional.

Tomando esto en consideración, fue hasta el 2004 —cuando entró en vigor la reforma del 2002 al artículo 113 de la Constitución—, que podemos hablar de una responsabilidad patrimonial del Estado en asuntos eminentemente nacionales.³ Claro que se puede alegar que el sistema de indemnización de los acuerdos en materia de inversión se refiere a actos de expropiación. Ante tal proposición habría que remontarnos a la Ley de Expropiación de 1936 o inclusive a las disposiciones de la Constitución de 1917 relativas a expropiación. El problema con esta disquisición es que el concepto de expropiación en los acuerdos internacionales en materia de inversión (en adelante AIIs) rebasan ampliamente el concepto de expropiación de la normativa interna mexicana y se

² Párrafo 60, Caso 01-CV-208141 del 8 de julio del 2005, p. 31.

³ Al respecto, véase Marín González, Juan Carlos, “Estudio introductorio”, en Marín González, Juan Carlos, *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, ITAM, 2004, pp. IX-XX y Roldán Xopa, José, “La responsabilidad patrimonial del Estado en México: hacia una interpretación constitucional alternativa”, en *ibidem*, pp. 171-197.

refiere más a una responsabilidad general del Estado respecto a actos que afecten a la inversión extranjera.⁴

Otra diferencia entre las posibles vías de impugnación del acto expropiatorio interno y el arbitraje internacional, es que este último no permite la suspensión o busca la invalidez del acto de expropiación reclamado. De ahí que su naturaleza jurídica es distinta a las vías de impugnación administrativas del acto expropiatorio o a las permitidas a través del juicio de amparo, en especial la posibilidad de suspender provisional o definitivamente el acto.⁵ El objeto de la demanda de arbitraje, y en su caso de un fallo favorable, es simplemente resarcir el daño, lo que lo asemeja más a una reclamación patrimonial derivada de un acto atribuible al Estado. Son estas dos diferencias: en un primer lugar la amplitud del concepto de expropiación indirecta y el carácter reparatorio del arbitraje en materia de inversiones, las que lo diferencian de las acciones internas tendientes a combatir el acto expropiatorio ante las autoridades administrativas y judiciales nacionales.

De hecho, se puede hacer un paralelismo más adecuando con otros sistemas internacionales de adjudicación judicial y político judicial relativos a la protección internacional de derechos humanos. Concretamente, la referencia sería a las recomendaciones y fallos de los órganos de protección regional de derechos humanos, como son aquellos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tales casos de reparación patrimonial sí se contemplan de manera directa en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado del 2004. Se prevé en su artículo 2o. que en lo referente a indemnizaciones establecidas por tales órganos, las mismas deberán

⁴ Véase Rábago Dorbecker, Miguel, "El régimen constitucional y legal de la expropiación en México en el ámbito nacional e internacional: ¿génesis de un doble estándar o convergencia de criterios?", en Serna de la Garza, J. M. (coord.), *Derecho comparado Asia-México. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 445-471.

⁵ Ya sea a través de la impugnación en sede administrativa o en sede judicial como señala Roldán Xopa, José, *Derecho administrativo*, México, Oxford, pp. 363-367.

llevarse a cabo por la entidad declarada responsable, por medio de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Este ejemplo es ilustrativo, puesto que la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado establece todo un procedimiento para que una entidad federal asigne recursos públicos de su presupuesto a dichas indemnizaciones.

El procedimiento incluye distintas formas de vigilancia sobre la asignación y utilización de dichos recursos públicos. En primer lugar se limitan dichos pagos a la disponibilidad presupuestaria en el ejercicio fiscal, sin afectar los objetivos planteados en el Presupuesto de Egresos de la Federación y, en el caso de no poderse pagar bajo estas condiciones, deberán preverse para ser pagadas en el ejercicio inmediato siguiente.⁶ Se obliga a los entes públicos federales a prever en sus respectivos anteproyectos de presupuestos de los recursos necesarios para cubrir las erogaciones derivadas de responsabilidad patrimonial.⁷ Finalmente, el órgano de control del traspaso de los montos presupuestales aprobados con esta finalidad es la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de conformidad a la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal.⁸ Así se erige la Secretaría de Hacienda y Crédito Público como el órgano de control presupuestal de dichas indemnizaciones. Llama la atención que se excluya de este sistema otro tipo de responsabilidad derivado de tratados comerciales, concretamente la relativa a inversión. Hay que señalar que tampoco se hace mención a otro tipo de responsabilidad internacional del Estado establecido por otros órganos de protección internacional de derechos humanos, como los comités de derechos humanos del sistema de la ONU. Tampoco se hace referencia a las sentencias de otros tribunales o paneles arbitrales como la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Internacional del Mar o los paneles en el marco del TLCAN o la OMC. Parece ser que se perdió una excelente oportunidad para regularizar

⁶ Artículo 5o. de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

⁷ Artículo 6o., *ibid.*

⁸ Artículo 7o., *ibid.*

la internación y ejecutar las obligaciones pactadas por el Estado mexicano en distintos instrumentos internacionales.

Ante tal ausencia, en el caso de laudos en materia de inversión se tendría que recurrir, en caso de que el Estado se rehúse a pagar la indemnización, a un sistema de reconocimiento y ejecución del laudo. Dichas vías están previstas en los tratados y se activan ante los tribunales internos del Estado responsable o ante los de otro Estado, donde dicho Estado tenga bienes. La legislación interna complementaria prevé dichas disposiciones a través de la aplicación de la Ley para la celebración de tratados internacionales. Sin embargo, el control en el ejercicio presupuestario escapa la regulación de dicha ley, situación distinta a la de indemnizaciones derivadas de responsabilidad internacional en el sistema regional de derechos humanos, como ya se señaló. Llama la atención esta ausencia del régimen interno de responsabilidad patrimonial del Estado. Más aún que en casos de condena como *Metalclad*,⁹ como señala muy acertadamente María del Carmen Carmona, la indemnización equivaldría al presupuesto de todas las delegaciones de la SEMARNAP durante un sexenio.¹⁰

II. ¿POR QUÉ ABRIR LA PARTICIPACIÓN SOCIAL EN EL ARBITRAJE EN MATERIA DE INVERSIONES?

1. *¿Existe una regla general de confidencialidad del laudo en arbitraje en materia de inversiones?*

Si bien la pista presupuestal es en sí misma una razón por la cual todos los contribuyentes pueden estar interesados en el resultado

⁹ *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos Mexicanos* ARB (AF) /97/1. Laudo definitivo dictado el 30 de agosto del 2000. Puede consultarse en castellano en www.worldbank.org/icsid/cases/conclude.htm.

¹⁰ Cfr. "El derecho constitucional y el ambiente en las constituciones estatales en México", en Rabasa, Emilio O., *La Constitución y el medio ambiente*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 141.

de un arbitraje en materia de inversiones, quizá habría que ponderar dicho interés con un derecho de privacidad de la empresa. En general, una de las ventajas que se ha defendido del arbitraje frente a los procedimientos judiciales es que las partes puedan mantener el procedimiento bajo la más estricta confidencialidad. Dentro del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 26 de marzo de 1965 que crea el Centro Internacional de Arreglo de Controversias en Materia de Inversiones (CIADI), la confidencialidad de los procedimientos arbitrales del CIADI se había defendido por medio de la suposición del artículo 48(5) del Convenio, en el cual el Centro no publicaría el laudo sin consentimiento de las Partes. No obstante, la propia Secretaría del CIADI ha señalado que dicho artículo no implica una amplia confidencialidad u obligaciones de privacidad.¹¹

Caso distinto se da cuando se aplican otras reglas al procedimiento de arbitraje, como sucede en el caso de México, al no ser parte del Convenio de Washington. Cabe señalar que las reglas sobre confidencialidad se pueden regular en los propios tratados o, si éstos son omisos respecto a la misma, a través de los reglamentos arbitrales a los que se refieren. La tendencia en los AIIs de nuevo cuño es incluir cláusulas relativas a la apertura al público en los procedimientos arbitrales, como es el caso del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos de América, el DR-CAFTA y otros.¹² Esta tendencia se ha consolidado en casos presentados también ante el órgano de Apelación de la OMC, específicamente a través de la aceptación de *amici* en los casos *Ca-*

¹¹ *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*, 22 de octubre del 2004, disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/improve-arb.pdf>.

¹² Artículo 19(4) TLC Chile-EUA, véase Gantz, David A., "The Evolution of FTA Investment Provisions: From NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement", *American University International Law Review*, vol. 19, núm. 4, 2004, pp. 680-767.

marones/Tortugas,¹³ *Acero laminado en caliente*¹⁴ y *Asbesto*.¹⁵ De hecho, dichas peticiones han sido solicitadas ante la Corte Internacional de Justicia donde fueron rechazadas debido a disposiciones relativas al Estatuto de la misma y también fueron presentadas con éxito ante el sistema Interamericano y Europeo de Derechos Humanos.¹⁶

Sin embargo, el arbitraje en materia de inversión parecía ser equiparado al comercial en el sentido de acceso y participación en el proceso. La confidencialidad es observada como uno de los principios éticos del árbitro en casos comerciales y es cierto que la divulgación de cierta información corporativa puede tener efectos muy negativos sobre las empresas que participan en los procedimientos arbitrales, como por ejemplo que sus competidores obtengan secretos industriales, estrategias y *know how*. Ante estas realidades, un ejercicio de ponderación—similar al que hacen los tribunales constitucionales ante el conflicto de derechos particulares frente a derechos colectivos— parece obligado. Este balance es común en casos sobre acceso a la información y privacidad, libertad de expresión y otros derechos.

¹³ “Estados Unidos-Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón”, *Informe del Órgano de Apelación de 22 de octubre de 2001 WT/DS58/AB/R*, disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds58_s.htm.

¹⁴ “Estados Unidos. Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero carbono aleado con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido”, *Reporte del Panel de Apelación del 10. de mayo del 2000 WT/DS138/8*, disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds138_s.htm.

¹⁵ “Comunidades Europeas. Medidas que afectan el amianto y a los productos que contienen amianto”, *Informe del Órgano de Apelación del 8 de noviembre del 2000 WT/DS135/9*, disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds135_s.htm.

¹⁶ Véase Shelton, Dinah, “The Participation on Nongovernmental Organizations in International Judicial Proceedings”, *American Journal of International Law*, vol. 88, núm. 4, 1994, pp. 611-642.

2. Estado actual de los límites a la confidencialidad en el arbitraje en materia de inversiones

Como se señalaba, la confidencialidad en el arbitraje en materia de inversiones no puede ser equiparada a la que se presenta en el arbitraje comercial internacional. De hecho, hasta hace algunos años, el carácter *in camera* del arbitraje comercial internacional era indiscutible.¹⁷ El principal motor de cambio hacia una concepción menos extrema del principio de confidencialidad en el arbitraje ha sido sin duda el arbitraje en materia de inversiones. Parecería ser que el arbitraje en materia de inversiones ha tomado un camino compartido con el arbitraje como sistema de resolución de controversias en el sistema multilateral comercial, en el que la publicidad de los actos ha tomado matices completamente distintos.

En el caso de la OMC, aún cuando una de las críticas más arraigadas al sistema de resolución de controversias es la falta de legitimación de sus decisiones y, en concreto, el carácter hermético de las mismas, su sistema de resolución de controversias no parece responder a estas críticas.¹⁸ En especial, el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias (anexo 2 del Acta de Marrakech) sigue tratando las decisiones de los grupos especiales como si se trataran de deliberaciones que sólo afectan intereses particulares, como en el arbitraje comercial internacional, y por ende confidenciales.¹⁹

¹⁷ Affidávit de Jan Paulsson, del 19 de mayo del 2003 en el caso *Democracy Watch, Judy Darcy y Union of Public Employees vs. Attorney General of Canada*, No. 01-CV-211576, p. 3.

¹⁸ Sobre la legitimación en el sistema de resolución de controversias de la OMC, véase Howse, Robert, "Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence", en Weiler, J. H. H., *The EU, the WTO and the NAFTA: Towards Common Law on International Trade*, Oxford, 2000, pp. 35-69.

¹⁹ Artículo 14. Confidencialidad. 1. Las deliberaciones del grupo especial serán confidenciales. 2. Los informes de los grupos especiales se redactarán sin que se hallen presentes las Partes en la diferencia, teniendo en cuenta la información

Este análisis meramente formalista-normativista contrasta con la apertura mostrada en la presentación de *amici* por parte del órgano de apelación y un esfuerzo considerable hacia una política de mayor transparencia en las decisiones de tal órgano. Sin embargo, la apertura a sido *vis à vis* y, como se mencionaba, no se han modificado sustantivamente las reglas contenidas en el Entendimiento sobre resolución de controversias.

La apertura *vis à vis* ha sido también la constante en el arbitraje híbrido en materia de inversiones. No obstante, el campo más fértil en esta discusión, sin duda debido a la trascendencia social y controversia causada por los casos ventilados ante tal sistema, se ha dado dentro del capítulo XI del TLCAN. La incorporación de la publicidad de los procedimientos arbitrales en los recientes modelos de negociación de acuerdos de inversión por parte de Estados Unidos de América es una de las consecuencias más claras del debate dentro y alrededor del capítulo XI del TLCAN. En un primer momento, el capítulo de inversión del TLCAN parecía, inclusive, cubrir bajo el principio de confidencialidad los laudos dictados por los tribunales arbitrales. Los Estados negociadores y en especial México fueron muy reuuentes a la transparencia en dichos casos, sobre todo al acceso público de documentos en litigios en materia de inversiones. De hecho, dentro del Anexo 1137.4, México fue el único país que se reservó el derecho a no hacer públicos los laudos. No obstante, la Secretaría de Economía, con posterioridad a la publicación de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información, subió a su página web todos los documentos relacionados con el litigio en materia de inversiones, haciéndola una de las más completas y transparentes. Un signo negativo es la reciente declaración de confidencialidad del laudo en el caso *Fireman's Fund Insurance Company vs. Estados Unidos Mexicanos*,²⁰ que si bien ganó México, toca temas sensibles —como el Fobaproa—

proporcionada y las declaraciones formuladas. 3. Las opiniones que se expresen en el informe del grupo especial por los distintos integrantes de éste serán anónimas.

²⁰ Caso CIADI No. ARB (AF)/02/1.

que deberían ser conocidos por los contribuyentes. Dicho laudo fue puesto a disposición del público después de una solicitud de acceso a la información a través del sistema implementado por la propia Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información.²¹ Aunque un precedente de la actitud negativa del gobierno mexicano respecto a la transparencia de los procedimientos arbitrales, fue la petición expresa en el caso *Metalclad* bajo una solicitud de medidas cautelares de mantener la confidencialidad en el procedimiento.²²

Dado que la confidencialidad no sólo de los laudos, sino de otros documentos relacionados con el arbitraje, ha sido un tema señalado y atacado por la sociedad civil organizada, los Estados se vieron forzados a dar eco a tales reclamos, en especial para contrarrestar una creciente opinión pública contraria al sistema de arbitraje en materia de inversiones. Por tanto, y con la finalidad de otorgar aunque sea un poco de legitimidad a tal sistema de resolución de controversias, la Comisión de Libre Comercio (órgano eminentemente interestatal) trató el tema en su nota interpretativa de 31 de julio del 2001.²³ En la misma se incluye un llamado general a una mayor transparencia, concretamente aclarando que el capítulo XI no impone un deber general de confidencialidad a los Estados parte. Respecto al caso concreto del acceso a los documentos, se excluyó aquella información comercial reservada, información confidencial de conformidad a la ley interna de los Estados parte y la reservada de conformidad a las reglas de arbitraje aplicables.

²¹ En una primera decisión del 12 de junio del 2007, la Unidad de Enlace negó la petición 0001000080807 en función de que se consideraba reservada de acuerdo al artículo 13, fracción II y 14, fracción VI de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. Sin embargo, dicha respuesta fue modificada por el Comité de Información en la Trigésima Octava Sesión Extraordinaria de tal Comité y se dio acceso a una versión pública del laudo, si bien testada.

²² La cual fue negada por la orden procesal del Tribunal de 9 de octubre de 1997.

²³ Disponible en [http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones Contraversias/nota_interpretativa/interpretacion_CLC_espanol.pdf](http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones_Contraversias/nota_interpretativa/interpretacion_CLC_espanol.pdf).

La nota interpretativa no quedó durmiendo el sueño de los justos y las reacciones a la misma se dieron, en un primer momento, en la política de los Estados frente a los AII. En especial el Congreso de los Estados Unidos de Norteamérica hizo eco de estas preocupaciones al discutir la última renovación de la autoridad *Fast Track* al Ejecutivo.²⁴ Dos de los temas que expresamente condicionaron la renovación de tal autoridad eran las cuestiones ambientales y la participación pública. La reacción del Congreso, al igual que la nota interpretativa de la Comisión, se debió al rechazo de la opinión pública norteamericana en casos del capítulo XI especialmente controvertidos como *ADF Group Inc*, *Mondev* y *Lowen*.²⁵ Por ello, tanto en el TLC entre Estados Unidos y Chile, como en el de Estados Unidos con Singapur, se han abierto los arbitrajes en materia de inversión al público.²⁶ Además de que la publicidad del arbitraje en materia de inversión se ha incorporado a la última versión de febrero del 2004 del Modelo de APPRI y Estados Unidos.

Esta nueva tendencia hacia la publicidad también se debería ver reflejada en los principales reglamentos de arbitraje aplicables al arbitraje en materia de inversiones, es decir, el del CIADI, el del mecanismo complementario del CIADI y finalmente de la CNUDMI. Si bien algunos AII se refieren a otros reglamentos de arbitraje, como el de la CCI, los Reglamentos del CIADI están específicamente diseñados para el arbitraje en materia de inversiones. Aunque el Reglamento de la CNUDMI no se concibió especialmente para el arbitraje en materia de inversiones, comparte con los del CIADI que en su negociación intervienen solamente Estados, por lo que representan un cierto grado de consenso internacional.²⁷ Este consenso se ha visto reforzado no sólo por la remisión que hacen distintos AII a

²⁴ 19 U.S.C. 3802(b)(3)(2002).

²⁵ Véase Gantz, D. A., "The Evolution of FTA Investment Provisions: from NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement", *American University International Law Review*, vol. 19, núm. 4, 2004, pp. 680-767.

²⁶ Por ejemplo, el artículo 19(4) del TLC entre EUA y Chile, véase *ibidem*, pp. 680-767.

²⁷ Affidávit de Jan Paulsson, *op. cit.*, nota 17, p. 4.

sus reglas de arbitraje de la UNICITRAL, sino también por su uso en otros acuerdos internacionales, como el de Argel de 1991, que crea el Tribunal Mixto de Reclamaciones entre Estados Unidos e Irán y la Carta de Energía. Respecto al reglamento de arbitraje de la CNUDMI, la coyuntura actual parece muy adecuada para tratar el tema de la publicidad en casos de arbitraje que involucren a un Estado, ya que se está discutiendo una reforma al mismo.²⁸ Sin embargo, todo parece indicar que este tema no ha sido abordado. Lo mismo sucedió con las reglas de arbitraje del CIADI y de su mecanismo complementario, las cuales fueron reformadas en el 2002 sin que el tema de la confidencialidad haya sido abordado expresamente.

3. Nuevos límites al principio de confidencialidad: combate al crimen organizado, terrorismo y lavado de dinero

La ponderación entre intereses públicos y la privacidad en el arbitraje ha sido ejercida aun en casos de arbitraje comercial internacional entre particulares, marcando ciertos límites a la confidencialidad. Por ejemplo, la transparencia choca con la cláusula de confidencialidad en ciertos asuntos en que una de las Partes presuntamente se ve involucrada en operaciones que puedan involucrar lavado de dinero u otras actividades ilícitas.²⁹ Respecto a la actividad de árbitros en arbitraje comercial internacional, éstos estarían sujetos a disposiciones como la Directiva de Consejo 2001/97/EC (L 344) de 28 de diciembre de 2001 sobre lavado de dinero en la UE o las recomendaciones bajo los órganos de

²⁸ En su 39 periodo de sesiones (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006), la Comisión acordó que, en lo concerniente a la labor futura del Grupo de Trabajo, se diera prioridad a una revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976), Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer periodo de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/61/17), párrafos 182 a 187. Los documentos relativos a la labor del Grupo de Trabajo pueden consultarse en <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/LTD/V08/558/49/PDF/V0855849.pdf?OpenElement>.

²⁹ Véase Minaeva, Tatiana, “The Place of Arbitrators in Combating Money Laundering”, *Stockholm Arbitration Review*, núm. 1, 2006, pp. 33-42.

la Convención de Naciones Unidas sobre tráfico de narcóticos y sustancias psicotrópicas de 1988. La adopción de estos instrumentos no ha estado librada de controversia, ya que inclusive Bélgica consultó al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, si dicha directiva no violaba los derechos procesales. Existe una tercera Directiva de 26 de mayo del 2005 que incluye actividades terroristas.

Debido a que las acciones tendientes a monitorear el lavado de dinero representan las medidas más eficientes para ubicar y combatir el terrorismo y el narcotráfico, al igual que los jueces, los árbitros tienen una obligación de cooperar con las autoridades en estos objetivos. Si bien México no participa en los instrumentos mencionados, una mención específica al lavado de dinero se encuentra en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Mérida en 2003.³⁰ Esta medida se encuentra complementada con la obligación de los Estados de mantener medidas para que sujetos del sector privado, especialmente contadores y posiblemente abogados, cooperen para obtener información sobre actos de corrupción.³¹ También la Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000³² y la Convención la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de 1996.³³

III. DIFERENTES ESTRATEGIAS Y OBJETIVOS DE LA PARTICIPACIÓN SOCIAL

Establecidos algunos de los principales argumentos frente a la apertura del arbitraje en materia de inversiones desde la lógica del propio sistema arbitral, hay que analizar la razón por la cual existe

³⁰ Artículo 14 de la Convención de Mérida.

³¹ Artículo 12, *ibid.*

³² Artículos 6o. y 7o. de la Convención de Palermo.

³³ Artículo 7o. de la Convención de la OCDE.

un legítimo reclamo de la sociedad civil de conocer y participar en dichos procedimientos. Si bien este reclamo parece una forma de imposición frente a los deseos de los Estados y de las empresas, también favorece la legitimidad del propio sistema arbitral en materia de inversiones, seriamente dañada ante la opinión pública. El que organismos de la sociedad civil de muy diversa naturaleza, desde sindicatos, ONGs de derechos humanos y ambientalistas, hasta universidades, se interesen en participar y en que los procedimientos se conduzcan con transparencia, responde también a un compromiso con la rendición de cuentas y la preocupación de que se ventilen o afecten asuntos públicos en procedimientos confidenciales. Más aún que la falta de transparencia no sólo es una exigencia aislada de la sociedad civil, sino que la propia Corte Suprema de Justicia de Ontario en el caso UPS —que si bien se han realizado mejoras considerables en el arbitraje en materia de inversiones del capítulo XI del TLAN—, el procedimiento está lejos de ser transparente.³⁴

Primero tendríamos que dividir la posibilidad de conducir ciertas actuaciones bajo un principio de privacidad respecto al hecho de que los procedimientos se realicen herméticamente bajo la más estricta confidencialidad.³⁵ En el caso *GAMI Investments Inc. vs. Estados Unidos Mexicanos* se dividen confusos estos dos supuestos: mientras las audiencias siguen el principio de confidencialidad y se ventilan en privado a puerta cerrada, los documentos sí podrían ser públicos.³⁶ Desde la lógica del arbitraje, parecería que tales divisiones son adecuadas, sin embargo queda por resolver si esta división atiende los legítimos reclamos de la sociedad civil.

¿Qué se gana con una mayor participación de la sociedad civil? En primer lugar el sujetar al escrutinio público las decisiones,

³⁴ Párrafo 31, Caso 01-CV-208141 del 8 de julio del 2005, p. 16.

³⁵ Esta división es una de las principales conclusiones a las que llega el *Affidavit* de Jan Paulsson, *op. cit.*, nota 17, p. 31.

³⁶ Orden Procesal 1 de 31 de enero del 2003, disponible en http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/Controversias/Casos_Mexico/Gami/ordenes/1a_orden_de_procedimiento.pdf.

siempre garantizando los derechos de defensa de las Partes, evitando juicios paralelos y los datos que se deben mantener en sigilo para evitar un daño a las Partes, tienen un efecto de “poder de la luz solar” que permite una vigilancia sobre posibles acciones arbitrarias.³⁷ También, abriría a la deliberación procesos en los cuales tradicionalmente la sociedad civil ha sido excluida. La experiencia de una muy representativa ONG argentina, el CELS a través de la presentación de un *amicus curiae* en el caso Aguas Argentinas, se refiere a su objetivo de influir por este medio en las políticas públicas del CIADI que tienen un impacto sobre derechos humanos.³⁸ En este caso en particular, la estrategia fue descrita por el propio CELS como de doble finalidad: por un laudo procedimental, es decir garantizar las condiciones que hacen posible la adopción de leyes, normas o actos de la administración o abrir un espacio de diálogo y, por otro, incidir en la decisión final.³⁹

Este ejemplo muestra los distintos caminos que puede tomar la sociedad civil en sus iniciativas. La más lógica sería hacer rendir cuentas al Estado sobre su actuación en el arbitraje y solicitar acceso a documentos a través de las normas internas de acceso a la información. Sin embargo, algunas cuestiones escapan a la esfera estatal y los árbitros nombrados por los Estados no pueden ser identificados como funcionarios del mismo y, por tanto, sujetos a los mismos sistemas de rendición de cuentas. De hecho, los árbitros son nombrados por su imparcialidad y su independencia de las Partes, además de que en otros contextos no han sido equiparados a las autoridades para efecto del juicio de amparo.⁴⁰

³⁷ Cfr. Fox, Jonathan, “Sociedad civil y política de rendición de cuentas”, *Latinoamericanos. Revista de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales*, núm. 27, 2006, p. 36.

³⁸ Véase CELS, *Litigio estratégico derechos humanos. La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008, p. 43.

³⁹ *Ibidem*, pp. 51 y 52.

⁴⁰ Árbitros. Su Resolución no Entraña un Acto de Autoridad. Es correcto el desecamiento de la demanda de garantías cuando el acto que se reclama lo constituye la resolución que dicta un árbitro designado a petición de las Partes en conflicto, toda vez que su intervención no implica un acto de autoridad. Luego

Un ejemplo reciente de las limitaciones que tiene el derecho de acceso a la información por vías internas en proyectos relativos a inversión extranjera es el caso *Claude Reyes vs. Chile* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁴¹ Este caso se refiere al acceso a la información por parte del Comité de Inversiones Extranjeras de Chile sobre un proyecto de explotación forestal. Si bien se trata de una solicitud de acceso a la información referente a un órgano del Estado chileno, concretamente “una persona jurídica de derecho público, funcionalmente descentralizada, con patrimonio propio”,⁴² ilustra muy bien la estrategia a dos planos (nacional e internacional) de la sociedad civil en la rendición de

es claro que la determinación de un árbitro en las condiciones señaladas implica un acto de particular que no puede ser materia de juicio de garantías; lo que se traduce en un motivo manifiesto de improcedencia de términos del artículo 73, fracción XVIII, en relación con el artículo primero, ambos de la Ley de Amparo. Primer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito. Reclamación 1/91. Sección número uno del Sindicato de Trabajadores de la Industria Cinematográfica, Similares y Conexos de la República Mexicana, CTM. 20 de marzo de 1991, unanimidad de votos. Ponente: Horacio Cardoso Ugarte. Secretaria: Teresa Sánchez Medellín. Tribunales Colegiados de Circuito, *Seminario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. VIII, diciembre de 1991, p. 155. El caso más controvertido son los laudos dictados bajo el sistema de Panel arbitral del capítulo XIX del TLCAN. Este tema se tocó en el juicio de amparo 574/96 en el que unas empresas norteamericanas *USX Corporation e Inland Steel Company* se amparaban en contra de un laudo desfavorable a sus intereses, concretamente el MEX-94-1904-01. En un primer momento, el juez séptimo de distrito consideró que el juicio de amparo sí procedía en contra de los laudos del capítulo XIX, pero al ejercer la Suprema Corte de Justicia su facultad de atracción sobre el Sexto Tribunal Colegiado de Materia Administrativa, resolvió a través de su Primera Sala de manera unánime confirmar la resolución. Amparo en revisión núm. 280/98, Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponente Juan N. Silva Meza. Secretario: Juan Ramírez Díaz. Al respecto, véase López-Ayllón, Sergio, “Los paneles binacionales del capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio no son autoridad para efectos del juicio de amparo (amparo en revisión número 280/98)”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 2, 2000, pp. 193-205.

⁴¹ Corte IDH. Caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 19 de septiembre de 2006. Serie C núm. 151, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

⁴² Artículo 1o. del Decreto Ley núm. 600 sobre el Estatuto de Inversiones Extranjeras publicado el 16 de diciembre de 1993 de la República de Chile.

cuentas. Además, la sentencia es esencial para conocer el estándar mínimo de protección del derecho a la información para los Estados miembros del Pacto de San José, como México y sus deliberaciones, quizá marquen también los efectos que tiene este derecho ante los tribunales arbitrales en materia de inversión, con sus particularidades y salvedades.⁴³

Los hechos del caso son los siguientes: el 24 de diciembre de 1991, el Estado chileno celebró un contrato de inversión extranjera con dos sociedades: *Cetec Engineering Company Inc.* y *Sentarn Enterprises Ltd.* y la sociedad receptora de la inversión: *Cetec-Sel Chile Limitada*.⁴⁴ El objeto de dicho contrato era “invertir ciento ochenta mil millones de dólares de Estados Unidos para que la empresa receptora realizara labores de diseño, construcción y operación de un proyecto de industrialización forestal conocido como “Proyecto Río Cóndor”.⁴⁵ Dicho proyecto incluía “un aserradero mecanizado, una planta reelaboradora de madera, fabricación de chapas y tableros, plata recuperadora de astillas y una planta energética”.⁴⁶ La víctima en este caso era el director ejecutivo de una organización no gubernamental ambiental. Por lo que respecta a la solicitud de acceso a la información originalmente planteada al Comité de Inversión Extranjera, ésta incluía entre otras cosas: los contratos celebrados, la identidad de los inversionistas, los antecedentes en los que se basó el Comité para establecer la idoneidad de los inversionistas, monto total de la inversión, capital ingresado al país en la fecha, entre otros datos.⁴⁷ Entre los datos que no otorgó el Comité estaban los referentes a los antecedentes y las

⁴³ La Corte Interamericana reconoció al derecho a la información como corolario del derecho a la libertad de expresión del artículo 13 del Pacto de San José. Al respecto, véase Muñoz Wilson, Alex, “Chile y el acceso a la información pública. Comentarios sobre un nuevo fallo adverso de la Corte Interamericana”, *Anuario de Derechos Humanos. Universidad de Chile*, 2007, pp. 155-161.

⁴⁴ Caso *Claude Reyes et al. vs. Chile*, párrafo 57.7.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Ibidem*, párrafo 57.13.

pesquisas realizadas para determinar la idoneidad del inversor.⁴⁸ La razón que argumentaba el Comité para no dar la información relativa a antecedentes financieros de la empresa, es que tal acción vulneraba el interés público, ya que el mismo vulneraba el interés colectivo definido como el desarrollo del país.⁴⁹

Como se puede observar, la temática de este caso no es muy distinta a la planteada en los casos de solicitud de transparencia y participación de la sociedad civil en arbitrajes en materia de inversiones. Tampoco los objetivos de la solicitud de acceso a la información se distinguen de las motivaciones alegadas a favor de la participación social dentro de los sistemas de resolución de controversias en materia de inversiones. Como señala el perito propuesto por la Comisión, Ernesto Villanueva, en su testimonio en el caso: “el punto central es lograr que a través de las leyes de acceso a la información pública se puedan tener resultados concretos con informes y datos que permitan a la sociedad ejercer un escrutinio... , lograr el combate a la corrupción... , satisfacer intereses personales ... , ejercer derechos y... cumplir obligaciones”.⁵⁰ Esta frase resume de manera muy clara las razones por las cuales una mayor apertura social es aconsejable, sobre todo a través del acceso a la información; concepto que encierra vínculos muy estrechos con la noción participativa de la democracia y el respeto a los derechos humanos como fuente de legitimación del ejercicio del poder.⁵¹

Otro aspecto relevante de la Sentencia es que sí califica la información solicitada, la cual es referente tanto al proyecto de inversión como de interés público.⁵² La razón es que si bien implica un contrato entre el Estado chileno y dos empresas extranjeras y una

⁴⁸ *Ibidem*, párrafo 57.19.

⁴⁹ *Ibidem*, párrafo 57.20.

⁵⁰ *Ibidem*, párrafo 49.

⁵¹ *Cfr.* Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El acceso a la información como derecho, en igualdad, libertad de expresión e interés público”, en González, Felipe y Viveros, Felipe (eds.), *Cuadernos de análisis jurídico*, Santiago, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 2000, pp. 197-218.

⁵² *Ibidem*, párrafo 73.

empresa receptora, el objeto del contrato es la industrialización forestal. Al referirse a un sector que tiene un innegable impacto ambiental y que el proyecto generó gran discusión pública, la Corte consideró que sí se trataba de un asunto de relevancia pública. Otra razón de peso esgrimida por la Corte fue que la solicitud de información guardaba una relación con la verificación del adecuado actuar y cumplimiento de funciones por parte de un órgano estatal.

Dado que los sistemas de rendición de cuentas enfocados al Estado y los órganos del Estado resultan muy poco efectivos para la participación de la sociedad civil en arbitrajes en materia de inversión, que por su naturaleza incluyen sujetos que escapan la esfera de rendición de cuentas del Estado, resulta obligada una estrategia que rebase la circunscripción estatal. Estas estrategias se pueden resumir en una petición general de transparencia en asuntos públicos, incluyendo el acceso a documentos e información, la participación a través de escritos de *amici curiae* y finalmente la participación directa en audiencias en tal carácter.

Dentro del primer supuesto se debe atender al interés público para justificar una mayor necesidad de transparencia. En los casos en comento, la amplitud de los actos que pueden considerarse como expropiatorios bajo los distintos AII, implica que ciertas medidas regulatorias tomadas con base en el interés público puedan ser sujetas de impugnación por tribunales arbitrales. Si bien como se estableció con anterioridad, la decisión final no revoca las medidas internas, sí compensa económicamente a los inversionistas por dichos actos. Ante tal posibilidad, el Estado puede llegar a una solución pactada e inclusive puede revocar o abstenerse de tomar la media impugnada.

De hecho este fue el caso en *Ethyl vs. Canadá*,⁵³ que si bien no culminó con un laudo condenatorio de Canadá, se finiquitó me-

⁵³ *Journal of International Arbitration*, vol. 16, núm. 3, pp. 141-185, con nota introductoria de Werner, J., *ibidem*, pp. 139-140; y *YBCA*, vol. XXXIVa, 1999, pp. 211-235.

diante un arreglo entre ambas partes que causó amplia polémica. Fue mediante este arreglo que Canadá pagó a Ethyl la cantidad de 19.3 millones de dólares, además de comprometerse a retirar la prohibición al comercio de MMT, aditivo de gasolina comercializado por Ethyl. Las implicaciones de este caso son enormes, en primer lugar la derogación de una norma de sanidad pública y protección al medio ambiente con el objeto de proteger la inversión de una sola compañía resulta por lo menos fuera de lugar. Además, el análisis tan acelerado que realiza el Tribunal Arbitral respecto al propio procedimiento legislativo interno canadiense no parece considerar la tradicional cautela de los tribunales internacionales, incluida la Corte Internacional de Justicia, a pronunciarse sobre el derecho interno de los Estados. Desgraciadamente la actitud en el caso Ethyl se ha visto reflejada en la gran mayoría de las decisiones basadas en el capítulo XI a la fecha.

Por tanto, el argumento principal para reforzar la transparencia a través de medidas como la participación de la sociedad civil en los procedimientos, es que atañen un interés público. Éste es uno de los argumentos principales de la solicitud presentada por cuatro ONGs argentinas para participar como *amici curiae* en el Caso ARB/03/19 Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. vs. La República Argentina.⁵⁴ Dado que el caso en cuestión tendría que ver con el precio que pagan los consumidores de la ciudad de Buenos Aires por un servicio de carácter público, como es de agua potable y saneamiento, el tribunal arbitral admitió el *amicus*, si bien desechó la petición de participación en las audiencias.⁵⁵

⁵⁴ Las ONGs que presentaron la solicitud de *amicus curiae* son la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Centro para el Derecho Internacional Ambiental (CIEL), Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria y la Unión de Usuarios y Consumidores. El texto completo de la solicitud del 27 de enero del 2005 se encuentra disponible en http://www.ciel.org/Publications/SuezAmicus_27Jan05_Spanish.pdf.

⁵⁵ Resulta por la *Resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de amici curiae*, del 19 de mayo del 2005, disponible

El carácter público y, por ende, la necesidad de una mayor transparencia y participación en dicho arbitraje, no provienen solamente de la participación del Estado, sino también de las consecuencias que podría tener un laudo sobre ciertos derechos de la población de Buenos Aires. Concretamente, la indexación de tarifas de servicios de agua podría tornar estos servicios prácticamente inaccesibles a la población, lo cual era propiamente el acto que se considera equivalente a expropiación. Las cuatro ONGs peticionarias del *amicus curiae* señalaron que las discusiones que se daban en el marco del arbitraje CIADI podrían ser trascendentales en relación con las posiciones y decisiones que tomara el gobierno en un futuro en lo referente al régimen de prestación y expansión del servicio que adopten en la renegociación de los contratos de concesión.⁵⁶ Además que afecta la capacidad y libertad del Estado argentino respecto de la prestación de servicios públicos esenciales.⁵⁷ Visto desde la perspectiva del caso Ethyl y otros casos argentinos, ésta es una visión muy realista de lo que podría suceder.

O tra línea argumentativa muy interesante que se desarrolló en tal petición fue la relativa a la necesidad de transparencia por el hecho de que el presente caso se desarrollaba en un órgano del Banco Mundial, concretamente el CIADI. El Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento fue fundamental en el establecimiento del diseño de los servicios públicos privatizados, y la Corporación Financiera Internacional retiene un porcentaje de acciones de Aguas Argentinas S.A.⁵⁸ Al momento de la presentación de la solicitud de arbitraje, la Corporación Financiera Internacional tenía el veinte por ciento de la deuda internacional de la empresa Aguas de Ar-

en http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC516_Sp&caseId=C19.

⁵⁶ Solicitud de Transparencia y Participación en Calidad de *amicus curiae* en el caso No. ARB/03/19 ante el CIADI entre Aguas de Argentina S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., y Vivendi Universal, S.A. vs. La República Argentina, solicitud de 21 de enero del 2005, p. 1.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 3.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 13.

entina y el cinco punto doce por ciento del paquete accionario.⁵⁹ De ahí que se podrían presentar potenciales conflictos de intereses, sobre todo porque en algunos informes, el BIRF recomendó la indexación para hacer más atractiva la venta de empresas públicas.⁶⁰ También existe un problema de “puerta giratoria”, ya que algunos de los consultores contratados por el Banco Mundial para diseñar el marco regulatorio después ocuparon puestos importantes en las empresas privadas.⁶¹ De hecho, muchas de las demandas presentadas ante el CIADI fueron de empresas que recibieron financiamiento de la Corporación Financiera Internacional.⁶² Como anécdota representativa de las variantes políticas del Banco Mundial, en la solicitud de *amicus* se cita un informe reciente de tal organismo, en el que se dice que la práctica de indexación de tarifas de los servicios públicos, de conformidad con los índices de precios de Estados Unidos, las ha tornado prácticamente inaccesibles a los argentinos.⁶³

En lo referente a la participación a través de *amici curiae*, una de las razones por las cuales la admisión de los mismos es relevante para la transparencia, es que en casos de interés público la participación ciudadana permite hacer del proceso jurisdiccional una actividad más participativa y que no se limita a la decisión de los jueces o los argumentos de las Partes.⁶⁴ El tema de la participación de terceros no contendientes como *amici* ya se había tratado en diversos casos. El caso *Methanex Corporation vs. Estados Unidos de América*⁶⁵ es especialmente relevante, ya que da una guía

⁵⁹ *Ibidem*, p. 16.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 14.

⁶¹ *Ibidem*, p. 15.

⁶² *Idem*.

⁶³ El informe referido es de Foster, Viven, “Hacia una política social para los sectores de infraestructura en Argentina: evaluando el pasado y explorando el futuro”, *op. cit.*, nota 4, p. 4.

⁶⁴ Véase CELS, *Litigio estratégico derechos humanos. La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2008, p. 36.

⁶⁵ Una cuestión que hay que señalar es que dicho laudo se dictó en función de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI y no bajo las reglas del Mecanismo Complementario o del sistema del CIADI.

sobre el tipo de casos en los que los *amici* deberían ser aceptados. En este caso en particular, el Tribunal consideró que existía un indudable interés público y concretamente que se diferenciaba del arbitraje transnacional usual, por tanto el procedimiento arbitral se vería beneficiado por la participación a través de *amici*.⁶⁶ al contribuir el tribunal en la decisión de la disputa, debido a la trascendencia pública de la materia en discusión y el impacto más allá de los beneficios particulares, en otra palabras, el interés público y la posible contribución a una mayor legitimidad del procedimiento del capítulo XI.

IV. CORRUPCIÓN Y ARBITRAJE EN MATERIA DE INVERSIONES

La lucha contra la corrupción ha sido una nueva fuente de cooperación internacional reforzada, debido a que se trata de un fenómeno potencial y realmente transnacional. El traslado al plano internacional de tales objetivos se ve claramente en la creación de un marco internacional en la materia: la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción del 2003, la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996 y el Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales de 1996.⁶⁷ Esta nueva codificación crea obligaciones en general para los órganos estatales, pero queda por ver si la misma será interpretada por órganos de control y vigilancia en materia de derechos humanos o por sistemas de resolución de controversias en materia comercial.

El arbitraje en materia de inversión no está exento de alega-

⁶⁶ Decisión sobre la petición de participación como *amici curiae* del 15 de enero del 2001 en el caso *Methanex Corporation vs. Estados Unidos de América*, párrafo 49.

⁶⁷ Sobre las Convenciones Interamericana y de Naciones Unidas, véase Zalaquett, José, “Las Convenciones de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos contra la corrupción”, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, 2005, pp. 185-189.

ciones de corrupción en algunos casos. Un ejemplo es el caso *Lucchetti vs. El Perú* que se refiere a la cancelación de los permisos de operación de una fábrica de pasta en Lima por razones ambientales.⁶⁸ La controversia se da en el marco del APPRI entre Chile y Perú y surge por la anulación por parte de la Municipalidad Metropolitana de Lima de los permisos de operación a la empresa Luccetti Perú, S.A., de la cual 98 por ciento de sus acciones son propiedad de la empresa chilena Empresas Luccetti, S.A. La anulación de los permisos fue a su vez combatida en los tribunales internos por parte de Luccetti Perú, obteniendo resultados favorables y, por tanto, prosiguió con sus operaciones e inclusive comenzó a construir una segunda planta. Esta segunda planta se construyó cerca del Humedal protegido “Pantanos de Villa” en la municipalidad de Chorrillos, la cual le concedió una licencia operacional. Posteriormente, la municipalidad de Lima promulgó unos acuerdos para solicitar al Parlamento peruano la expropiación de predios para garantizar la preservación de la reserva ecológica de Pantanos de Villa. Con base en este instrumento, el Consejo de la Municipalidad de Lima decidió cancelar la licencia de Luccetti.

Uno de los argumentos en el caso por parte del Estado peruano, es que Luccetti obtuvo fallos favorables en contra de la anulación de los permisos por medios fraudulentos. De hecho, en el caso compareció el Fiscal Anticorrupción Peruano y el propio Estado Peruano solicitó al Tribunal que considerara: “el contexto de corrupción y las atroces circunstancias bajo las que se dictaron las sentencias”.⁶⁹ La República del Perú respaldó sus alegaciones a través de amplias pruebas de que Lucchetti había inducido al señor Vladimiro Montesinos Torres a ponerse en contacto con jueces peruanos para inducirlos a dictar sentencias favorables a

⁶⁸ *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. vs. Republic of Peru*, Caso CIADI No. ARB/03/4, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

⁶⁹ *Ibidem*, párrafo 37.

Lucchetti.⁷⁰

La alegación de actos de corrupción ante tribunales arbitrales presenta no pocos problemas que deberán estimular una reflexión *de profundis*. El primero es si los árbitros no exceden su mandato al analizar temas relativos a corrupción. Sin duda alguna, su función no es tratar este tipo de casos y el foro no fue diseñado para ellos, pero esto no parece salvar el siguiente problema íntimamente relacionado al mismo. ¿Caen los árbitros en responsabilidad si no cooperan con autoridades en materia de lucha contra la corrupción o a la inversa comprometen el principio de privacidad al cooperar con las mismas? El tercer punto de tensión es si el avance actual del derecho internacional relativo al combate a la corrupción es tal que forme parte del derecho internacional consuetudinario. En caso afirmativo, sí crearía ciertas normas aplicables por cualquier tribunal internacional. Finalmente, hay que tomar en consideración que un laudo en el que se incluyan aspectos relativos a corrupción, podría no ser ejecutable bajo la excepción de orden público del artículo V(2)b de la Convención de Nueva York.⁷¹ Queda por ver cómo responde la práctica arbitral ante tales problemas.

⁷⁰ Decisión del Panel de Anulación del 5 de septiembre del 2007, párrafo 75, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

⁷¹ *Cfr.* Minaeva, Tatiana, “The Place of Arbitrators in Combating Money Laundering”, *cit.*, nota 29, p. 39.