

EL PRECIO DE LA TRANSPARENCIA

La Tensión Interna entre la Transparencia y la Protección de la Integridad Procesal*

1 INTRODUCCIÓN

Hace años que se reconoce la necesidad de introducir mayor transparencia en el arbitraje de inversión. La dificultad (o imposibilidad) de acceder libremente a información sobre estos procesos ha engendrado cuestionamientos sobre la legitimidad de este sistema de solución de controversias.¹ Para responder a esa necesidad de mayor transparencia, se han introducido reformas en los tratados de inversión, en los reglamentos arbitrales, y los tribunales han reflejado una tendencia hacia mayor divulgación de información.

En 2013 la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”) tomó un nuevo y decisivo paso en el avance de esta tendencia pro-transparencia al aprobar el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (el “Reglamento”).²

Este Reglamento representa la culminación del trabajo de las delegaciones de 55 Estados Miembro de la CNUDMI, junto con Estados y organizaciones observadoras durante tres años de negociaciones. El objetivo de esta labor era puntual: fomentar a la transparencia en los arbitrajes entre inversores y Estados en el marco de un tratado. El Reglamento producto de su trabajo es considerado el paquete más completo de compromisos de transparencia que se ha visto hasta el momento en la práctica internacional.³ Constituye el primer ejemplo de una

* Nota de redacción: las traducciones de inglés a español en este texto son propias. Cuando era posible, se han tomado versiones oficiales en español (p. ej. laudos).

¹ Muchos argumentarían que la transparencia no implica solamente el acceso a información, y que incluye también la participación de partes no contendientes. De hecho, el Reglamento no solamente regula la publicación de información, sino también este tipo de participación amplia. Sin embargo, sostenemos que la esencia de la transparencia es el acceso a la información, mientras que la participación de terceros es un elemento complementario. Ver J. A. Maupin, *Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad, and the Murky*, en A. Bianchi & A. Peters (eds.), *Transparency in International Law* (2013), págs. 142-171, 148 (excluyendo la participación y la responsabilidad ulterior del concepto de transparencia) y C. Nyegaard Mollestad, *See No Evil? Procedural Transparency in International Investment Law and Dispute Settlement*, PluriCourts Research Paper No. 14-20, 2014, pág. 5.

² La Resolución 68/109 de la Asamblea General, *Reglamento sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado y Reglamento de Arbitraje (según el texto revisado de 2010, con el nuevo artículo 1, párrafo 4, aprobado en 2013) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, A/RES/68/109 (16 diciembre 2013), disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/68/109> (en adelante, la “Resolución 68/109”).

³ N. J. Calamita & E. Zelazna, *Investment Arbitration, The Changing Landscape of Transparency in Investor-State Arbitration: The UNCITRAL Transparency Rules and Mauritius Convention*, en C. Klausegger et al. (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration* (2016), págs. 271 – 289, §§I, III.B.

regulación obligatoria y exhaustiva de la transparencia en reglas arbitrales —ad hoc o institucionales— aplicables al arbitraje de inversión.⁴

Al apuntar a un fin concreto, el Reglamento es conciso, constando solamente de ocho artículos, lo que permite sintetizar su estructura y contenido de la siguiente manera. El artículo 1° define el alcance y la aplicación del Reglamento. Los artículos 2° y 3° establecen una regla de publicación pronta de cierta información sobre la controversia y de los documentos de procedimiento, y el artículo 8° prevé un archivo para la información publicada. Los artículos 4° y 5° se refieren a la participación de partes no contendientes y el artículo 6° instituye la publicidad de las audiencias. El presente trabajo se centrará en el artículo 7° que contiene las excepciones al principio general de publicación.

El Reglamento prevé tres supuestos en los cuales información relativa al arbitraje no se pondría a disposición del público bajo la regla general. Uno de ellos permite evadir la publicación si ella “pudiera poner en peligro la integridad del proceso arbitral” (la “Excepción de Integridad Procesal”).

En tanto la transparencia apunta a brindar legitimidad al arbitraje de inversión, proponemos que existe una tensión interna inherente entre la Excepción de Integridad Procesal y el objetivo fundamental de la transparencia *i.e.* la legitimidad. Por supuesto que la aplicación de cualquiera de las excepciones se contrapone lógicamente a la transparencia, pero en el caso de la Excepción de Integridad Procesal se da un fenómeno particular diferente.

La Sección 2 de este trabajo explicará la crítica sobre la falta de transparencia en el arbitraje de inversión y su relación con la legitimidad del sistema. En la Sección 3, se sintetiza el Reglamento y cómo ha dado respuesta a tales críticas, mientras que la Sección 4 se centra específicamente en la Excepción de Integridad Procesal. La Sección 5 aborda la tensión identificada entre esta excepción y los objetivos de transparencia, y la Sección 6 analiza proceso decisorio de un tribunal ante tal tensión. Finalmente, en la Sección 7 ofrecemos conclusiones del análisis.

⁴ Nyegaard Mollestad, págs. 116-117. Conf. Las Reglas de Arbitraje del Convenio del CIADI de 2006 (incluyendo un régimen mucho más acotado de participación y publicación).

2 LA CRÍTICA SOBRE FALTA DE TRANSPARENCIA

El creciente desarrollo y relativa proliferación del arbitraje de inversión en los últimos treinta años ha generado fuertes críticas desde la academia,⁵ la política,⁶ y el público en general.⁷ Este *backlash* contra el arbitraje de inversión es multifacético y se cuestionan varios ejes del sistema, incluyendo su falta de transparencia.⁸ Al analizar el rol que debe jugar la transparencia en el arbitraje de inversión, es importante no perder de vista el marco de estos cuestionamientos en torno a la legitimidad del sistema en su conjunto.⁹ Quizás puede entenderse así a la transparencia como una pieza dentro del rompecabezas de la legitimidad sistémica del arbitraje de inversión; una pieza necesaria aunque no suficiente.

Los tratados de inversión tradicionalmente no preveían obligaciones significativas de transparencia en cuanto a la resolución de disputas entre inversores y Estados. El sistema tradicional para resolver estas disputas se modeló sobre el arbitraje comercial. Se basó así en la confidencialidad, preocupaciones de índole comercial y con actuaciones a puertas cerradas.¹⁰ Por lo tanto, en muchas controversias llevadas bajo este modelo, es común que el público desconozca:

- Que existe un arbitraje,
- Los detalles de la violación supuestamente cometida,
- El avance del proceso y el calendario procesal,
- La identidad de los árbitros y cómo fueron nombrados,
- Las cuestiones legales discutidas,
- Los argumentos de hecho y derecho,
- La identidad de los expertos y testigos y el contenido de sus reportes o declaraciones,

⁵ M. Waibel et al. (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration – Perceptions and Reality*, (2010); C. N. Brower et al., *The Coming Crisis in the Global Adjudication*, 19(2) *International Arbitration*, pág. 415 (observando que los “tradicionales elementos y percepciones de legitimidad están con demasiada frecuencia espectacularmente ausentes”).

⁶ A. Beattie, *Concern grows over global trade regulation*, *Financial Times*, 12 marzo 2008 (citando a Hillary Clinton: “Vamos a quitar la capacidad de las empresas extranjeras para demandarnos por lo que hacemos para proteger a nuestros trabajadores.”)

⁷ B. Appleton & S. Stephenson (ch.), *The Investment Treaty Working Group Task Force on the Investment Court System Proposal*, Discussion Paper, Inv’t Tty Working Group of the International Arbitration Committee, ABA Section on International Law, 14 octubre 2016, pág. 124 (“La enemistad pública con el proceso inversor-estado se ha generalizado y, en lugar de abatido, sigue creciendo, impactando sobre la política electoral de las Partes en los tratados de protección de las inversiones”); D. Schneiderman, *International Investment Law’s Unending Legitimation Project*, 49(2) *Loyola Univ. Chicago Law Journal*, pág. 229, 232 (comentando sobre “[l]a proliferación de quejas, canalizadas a través de representaciones en los medios de comunicación que ponen en duda la legitimidad del arbitraje de inversión”).

⁸ A. DePalma, *Nafta’s Powerful Little Secret: Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go Too Far, Critics Say*, *The New York Times*, 11 marzo 2001; *Behind closed doors—A hard struggle to shed some light on a legal grey area*, *The Economist*, 25 abril 2009; Schneiderman, §III(ii); UNCTAD, *Transparency*, (2012), UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, pág. 8.

⁹ Nyegaard Mollestad, §1.1.

¹⁰ UNCTAD, p. 36-37; J. Ribiero & M. Douglas, *Transparency in Investor-State Arbitration: The Way Forward*, 11(1) *Asian International Arbitration Journal*, pág. 49, §B

La Tensión entre Transparencia e Integridad Procesal

- Las presentaciones orales en las audiencias,
- Las ordenes procesales emitidas u órdenes interinas, y
- La decisión (laudo) finalmente emitido.¹¹

La confidencialidad de este tipo de información sería perfectamente aceptable en otros tipos de disputas, pero las características propias del arbitraje de inversión generan un rechazo creciente hacia su ocultamiento.

A diferencia de otros tipos de controversias, el arbitraje de inversión tiene un carácter inherentemente público, donde el inversor alega que acción de gobierno ha violado sus derechos.¹² Estas controversias se centran en cuestionamientos de partes extranjeras a medidas gubernamentales tendientes a lograr objetivos de política pública. Así, los tribunales tendrán que decidir sobre asuntos relacionados con políticas de salud pública,¹³ medio ambiente,¹⁴ impositivas,¹⁵ importantes concesiones y obras de infraestructura,¹⁶ etc.¹⁷ En palabras de Stephan Schill, el arbitraje de inversión realiza una “función de gobernanza global”.¹⁸

Además, los montos de las decisiones pueden ser muy significativos y normalmente recaerán finalmente sobre los contribuyentes fiscales (*i.e.* los particulares).¹⁹ A modo de ejemplo, en 2018 un tribunal LCIA emitió una decisión responsabilizando al Estado africano de Yibuti por violar sus obligaciones bajo un TBI, y se le ordenó al Estado pagar a un concesionario la suma de USD 533 millones. No emitimos opinión sobre la corrección de esta decisión —ni podríamos hacerlo en tanto la decisión no es pública— pero si tenemos en cuenta que ese monto

¹¹ D. Magraw & N. M. Amerasinghe, *Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration*, 15(2) ISLA Journal of International and Comparative Law, pág. 337, 342; D. Magraw et al., *Ways and Means of Citizen's Participation in Trade and Investment Dispute Settlement Procedure*, Working Paper No. 53/08, Society of International Economic Law, pág. 9

¹² Ribiero & Douglas, §C.1; UNCTAD pág. 36.

¹³ P. ej., *Eli Lilly v. Government of Canada*, Caso No. UNCT/14/2, Laudo Final, 16 marzo 2017; *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. v. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, 8 julio 2016.

¹⁴ P. ej., *Methanex Corp. v. United States*, Laudo Final sobre Jurisdicción y Méritos, 3 agosto 2005; *Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada*, Caso CPA No. 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 marzo 2005. Ver también el Reglamento Facultativo de la CPA para el Arbitraje de Controversias Relativas al Medio Ambiente y/o Recursos Naturales de 2001.

¹⁵ P. ej., *Occidental Exploration and Production Company v. Republica de Ecuador*, Caso LCIA No. UN3467, Sentencia Final, 1 julio 2004.

¹⁶ P. ej., *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. República Bolivariana de Venezuela*, Laudo, Caso CIADI No. ARB/00/5, 23 septiembre 2003

¹⁷ Ver Ribiero & Douglas, §C.1 (con ejemplos adicionales); C. H. Brower II, *Politics, Reason and the Trajectory of Investor-State Dispute Settlement*, 49(2) Loyola Univ. Chicago Law Journal, pág. 271, 272-277.

¹⁸ S. Schill, *An Introduction*, en S. Schill (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law* (2010), pág. 3, 17-18.

¹⁹ Ver C. G. Buys, *The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration*, 14(1-2) The American Rev. of International Arbitration, pág. 121, 134 (argumentando que el hecho que el público soporte fiscalmente los daños reconocidos en un laudo es una razón para transparentar el proceso).

representa más que el 16% del producto bruto interno de aquel país, es fácil ver el interés que tendría cualquier yibutiense en conocer los detalles de aquel proceso.²⁰

La relación estrecha entre la transparencia y la confianza pública se ha reconocido en otros ámbitos internacionales. En el marco de la resolución de disputas de la OMC se enfatizó lo mismo. En una propuesta de reforma del año 2002, la delegación de Estados Unidos advirtió: “Una mayor transparencia [...] puede mejorar la confianza del público en la equidad del sistema de solución de diferencias de la OMC. [...] una mayor confianza pública puede traducirse en un mayor apoyo a la aplicación de las recomendaciones y los fallos del OSD.”²¹

Existen razones adicionales para aumentar la disponibilidad de información sobre las controversias arbitrales,²² pero en las palabras de Eduardo Silva Romero “[I]a transparencia no ha sido introducida en el arbitraje internacional de inversiones para arreglar un problema de orden técnico-jurídico [ni] busca hacer que [éste] sea más eficaz o eficiente, [sino] reducir un déficit democrático”.²³ De hecho, al concebirse el Reglamento en el año 2008, se reconoció que “[t]oda norma que favoreciera la transparencia mejoraría la imagen pública de este proceso y le dotaría de mayor credibilidad.”²⁴

Puede afirmarse entonces que existe un interés del público en obtener información sobre las disputas entre inversores y Estados, y puede concluirse la transparencia esta directamente ligada a la confianza pública en aquel sistema de resolución de controversias. Contrariamente, la confidencialidad de tales procedimientos puede socavar su legitimidad.²⁵ Este

²⁰ Ver D. Dudley, *Djibouti Ordered To Pay \$533M In Compensation In Container Terminal Dispute With Dubai*, Forbes, 4 abril 2019; *London court rules DP World Djibouti contract 'valid and binding' - Dubai government*, Reuters, 2 agosto 2018; DP World, *London Court of International Arbitration orders the Republic of Djibouti to immediately restore DP World to its rights and benefits under container terminal concession*, 14 enero 2020, <https://www.dpworld.com/news/releases/london-court-of-international-arbitration-orders-the-republic-of-djibouti-to-immediately-restore-dp-world-to-its-rights-and-benefits-under-container-terminal-concession/>

²¹ Propuesta de los Estados Unidos sobre la transparencia en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC, Sesión Especial sobre el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, 10 septiembre 2002.

²² P. ej., la publicación de más decisiones podría contribuir a la consistencia y predictibilidad de la jurisprudencia arbitral. C. Knarh & A. Reinisch, *Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration – The Biwater Gauff Compromise*, 6(1) *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, pág. 97, 110-111. Conf. Nyegaard Mollestad, §1.4 (sugiriendo que mayor acceso a información podría impactar negativamente sobre la legitimidad y aceptación pública del sistema si aquello que sale a la luz es dañino).

²³ E. Silva Romero & J. F. Merizalde, *¿Cumple su finalidad el Nuevo Reglamento de Transparencia de la CNUDMI?*, 4(2014) *Arbitraje PUCP*, pág. 191, 193.

²⁴ Informe del Grupo de Trabajo, 41º ses. (4 – 8 febrero 2008), UN Doc. A/CN.9/646, párr. 57, disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/646>

²⁵ Ver la Resolución 68/109, Considerando 5º (reconociendo el “interés público al que afectan arbitrajes de esa índole”) y la Resolución 69/116 de la Asamblea General, *Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado*, A/RES/69/116 (10 diciembre 2014), disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/69/116>

entendimiento ha tenido un limitado reconocimiento por parte de tribunales.²⁶ El presente trabajo se centra en la legitimidad como objetivo primero de la transparencia y, así, del Reglamento.

3 EL REGLAMENTO COMO RESPUESTA A LAS CRÍTICAS

Consciente de estas críticas, la comunidad internacional primero incorporó en sus tratados mecanismos para fomentar la transparencia en el arbitraje de inversión. Estos cambios incluyen la publicidad de documentación procesal y el acceso público a las audiencias,²⁷ así como también la mayor participación de partes no contendientes a través de informes de *amicus*.²⁸ Siguió importantes iniciativas para incorporar tales mecanismos en los reglamentos arbitrales. Por ejemplo, la revisión de 2006 de las Reglas de Arbitraje del CIADI incluyó disposiciones relativas a la participación de partes no contendientes²⁹ y la apertura de audiencias.³⁰

El Reglamento va un paso más allá. Éste fue originalmente concebido para disputas comerciales, aunque hoy se utiliza comúnmente para el arbitraje de inversión.³¹ En el proceso de revisión que culminó con la reforma del 2010, no se introdujeron enmiendas específicas para reflejar esta circunstancia.³² No obstante, durante aquel proceso sí se reconoció la importancia de la transparencia en el arbitraje de inversión y se optó por tratar ese asunto de manera específica y prioritaria en un proceso posterior.³³

²⁶ P. ej., *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States*, Caso CIADI No. ARB/(AF)/98/3, Decisión sobre la Audiencia tratando la Objeción del Demandado a la Competencia y la Jurisdicción, 5 enero 2001, párr. 26 (reconociendo el valor inherente de publicar información relativa al arbitraje).

²⁷ P. ej., el TBI Modelo de Estados Unidos de 2012, art. 29 (estableciendo que las audiencias serán abiertas y enumerando una serie de documentos arbitrales que serán puestos a disposición del público); el TLC entre Chile y Australia, fdo. 30 julio 2008, art. 10.22; y el TLC entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, fdo. 5 agosto 2004, art. 10.21.2 (que ha sido utilizado para transmitir por Internet audiencias arbitrales).

²⁸ P. ej., Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la participación de las partes no contendientes (regularizando la participación de terceros en el TLCAN tras ciertas decisiones arbitrales que las habían permitido); el TBI Modelo de Estados Unidos de 2012, art. 28; el TBI entre Canadá y Perú, fdo. 14 noviembre 2006, arts. 35 y 39; el TBI entre Uruguay y los Estados Unidos, fdo. 4 noviembre 2005, art. 28.3.

²⁹ Reglas de Arbitraje del Convenio del CIADI, Regla 37.

³⁰ *Id.*, Regla 32.

³¹ Ver la Resolución 31/98 de la Asamblea General, *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI*, A/RES/31/17 (15 de diciembre 1976) (recomendando el uso de aquel reglamento original para dirimir las “controversias que surjan en el contexto de las relaciones comerciales internacionales” haciendo especial referencia a los contratos comerciales); Informe del Grupo de Trabajo, 48° ses. (Nueva York 4 – 8 febrero 2008), UN Doc. A/CN.9/646, párr. 58, disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/646>.

³² No por esto debe interpretarse que el Reglamento de Arbitraje CNUDMI sea inadecuadas para el arbitraje de inversión. Justamente, se optó no incluir reglas específicas a procedimientos de inversión para que las reglas fueran entendidas como idóneas para ambos tipos de procedimientos. Informe de la CNUDMI, 41° sess. (Nueva York, 16 junio – 3 julio 2008), UN Doc. A/63/17, párr. 7 y corrección, disponible en: [https://undocs.org/es/A/63/17\(SUPP\)](https://undocs.org/es/A/63/17(SUPP)).

³³ Informe de la CNUDMI, 41° ses. (Nueva York, 16 junio – 3 julio 2008), UN Doc. A/63/17 y corrección; disponible en: [https://undocs.org/es/A/63/17\(SUPP\)](https://undocs.org/es/A/63/17(SUPP)).

El Grupo de Trabajo II de la CNUDMI sobre Arbitraje y Conciliación (en adelante, el “Grupo de Trabajo”) dedicó casi tres años a la negociación de este instrumento, finalmente aprobando el Reglamento en el año 2013.³⁴

Como se adelantó, el Reglamento responde a las críticas esbozadas en la Sección anterior sobre la falta de transparencia estableciendo una “regla general” bajo la cual virtualmente todas las actuaciones se entienden excluidas de la confidencialidad del arbitraje, y se requiere la publicación de prácticamente todos los documentos producidos en la disputa.³⁵

En cuanto a su ámbito de aplicación, el Reglamento aplica en principio a los procesos arbitrales entre inversores y Estados comenzados en virtud de tratados de inversión celebrados después del 1 de abril de 2014 (en tanto se refieran al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI). De todas maneras, los Estados también evitar la aplicación del Reglamento mediante pacto expreso; y contrariamente, el Reglamento puede aplicar a los tratados existentes antes del 2014 si los Estados Parte de un acuerdo internacional así lo pactaren (art. 1(2)(b)).³⁶

De todas maneras, desde que se ideó el Reglamento se reconoció que la transparencia no podía ser absoluta,³⁷ y el art. 7 delimita su aplicación previendo tres supuestos que justifican la no publicación de información relativa al arbitraje. Tal como se adelantó, el primero refiere a la información confidencial o protegida (art. 7.1), categoría definida en el mismo texto (art. 7.2). El segundo refiere a información cuya divulgación los Estados consideren contraria a sus “intereses de seguridad esenciales” (art. 7.5). El tercero permite exceptuar la divulgación de información para proteger “la integridad del proceso arbitral” (art. 7.6), y este es el que se detalla en la siguiente sección.

³⁴ Informe de la CNUDMI, 46° ses. (Viena, 8 – 26 julio 2013), UN Doc. A/68/17; disponible en: <https://undocs.org/es/A/68/17>. En esta sesión se aprobó además una enmienda al art. 1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI para incorporar por referencia las disposiciones sobre transparencia.

³⁵ Silva Romero & Merizalde, págs. 192-193 (caracterizando la enumeración de documentos como una “regla general”); Reglamento, art. 3° (listando los varios documentos que deben publicarse).

³⁶ Esta explicación abreviada del Reglamento como respuesta a las críticas sobre transparencia pecaría de incompleta si no se añadiera que, luego de aprobarse el Reglamento, el Grupo de Trabajo desarrolló la Convención de Mauricio sobre la Transparencia. Este instrumento se diseñó para que los Estados pudieran aplicar el Reglamento a los tratados de inversiones aprobados *antes* del 1 de abril de 2014 por medio de un procedimiento simplificado y eficiente.

³⁷ Durante el proceso de revisión del Reglamento de Arbitraje CNUDMI de 1976, se consideró la posibilidad de incluir disposiciones sobre transparencia, y se reconoció entonces que un principio general en tal sentido tendría que ser limitado. Informe del Grupo de Trabajo, 41° ses. (4 – 8 febrero 2008), UN Doc. A/CN.9/646, disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/646>. Otros acuerdos internacionales con disposiciones sobre transparencia también prevén excepciones similares p. ej. los tratados citados arriba en la nota al pie 27 y 28.

4 LA EXCEPCIÓN DE INTEGRIDAD PROCESAL

4.1 Los Artículos 7.6 y 7.7 del Reglamento

El art. 7.6 del Reglamento prevé que no se seguirá la regla general de divulgación de información relativa al arbitraje (publicación de documentos y audiencias abiertas) si aquella divulgación “pudiera poner en peligro la integridad del proceso arbitral”.

El art. 7.7 esclarece esta expresión agregando que se encuentra configurado aquel presupuesto si poner la información a disposición del público “pueda dificultar la reunión o presentación de pruebas, dar lugar a la intimidación de testigos, abogados de las partes litigantes o miembros del tribunal arbitral, o en circunstancias excepcionales comparables”. En tales situaciones, se autoriza al tribunal, por iniciativa propia o a solicitud de una parte litigante, previa consulta con ellas cuando sea viable, adoptar las “medidas adecuadas” para impedir o demorar la publicación de aquella información.

Del texto se infiera que la Excepción de Integridad Procesal otorga un gran grado de poder y discreción al tribunal arbitral. Primero, en cuanto a su alcance, el art. 7.6 parecería limitar la discreción del tribunal al establecer que solamente aplica la Excepción de Integridad Procesal en los supuestos enumerados en el art. 7.7. Sin embargo, art. 7.7 contiene una lista de circunstancias ilustrativa, permitiendo que el tribunal incluya otras circunstancias “comparables” (aunque el uso de la palabra “excepcionales” implica la necesidad de cierta intensidad).³⁸ Es además notable la diferencia entre la definición simple y abierta usada en el concepto de “integridad procesal” y la detallada lista usada para el concepto de “información confidencial o protegida” (art. 7.2).³⁹

Segundo, a diferencia de las restantes excepciones, la Excepción de Integridad Procesal puede ser declarada por el tribunal de oficio (art. 7.6). En tercer lugar, y ligado a lo anterior, el art. 7.7 autoriza expresamente al tribunal a adoptar medidas para impedir o demorar la publicación de información.⁴⁰ De hecho, se ha argumentado que al utilizar las palabras “pueda poner en peligro” se incita a los tribunales a tomar un papel activo en la protección de la integridad procesal en lugar de reactivo.⁴¹

4.2 El Origen de la Excepción de Integridad

La Excepción de Integridad Procesal se mencionó por primera vez en la Sesión 53 del Grupo de Trabajo. Se reporta la formulación de una pregunta sobre la necesidad de prever excepciones concretas para proteger la integridad del proceso arbitral, lo que llevó a un

³⁸ T. P. Augsburg, *Article 7. Exceptions to transparency*, en D. Euler et al. (eds.), *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration* (2015), págs. 249-306, párr. 153.

³⁹ *Id.*, párr. 138.

⁴⁰ De todas maneras, puede argumentarse que un tribunal arbitral tiene el poder de tomar medidas necesarias para proteger la integridad del procedimiento bajo el art. 17 del Reglamento de Arbitraje CNUDMI de 2010, y hasta un poder inherente de hacerlo. *Hrvatska Elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia*, Caso CIADI No. ARB/05/24, Orden sobre la Participación de un Abogado, 6 mayo 2008, párr. 33. *Libananco Holdings Co Ltd v. Turkey*, Caso CIADI No. ARB/06/8, Decisión sobre Asuntos Preliminares, 23 junio 2008, párr. 78.

⁴¹ Augsburg, párr. 146.

reconocimiento general de la importancia de tener en cuenta esta cuestión y su diferenciación de la excepción referida a información confidencial.⁴²

En la siguiente sesión se incluyó la protección de la integridad del procedimiento en la agenda del día y se mencionó que una excepción en este sentido podría incluso “contrarrestar la politización de las controversias relativas a inversiones”.⁴³ Sin embargo, se expresó preocupación sobre la amplitud y vaguedad del término “integridad del proceso arbitral”, y se optó entonces por definirlo.⁴⁴

Es interesante notar que las precisiones que se hicieron en aquella sesión se centraron en la protección física de los intervinientes (letrados, testigos y árbitros).⁴⁵ Se brindaron ejemplos de situaciones que deberían entenderse comprendidas dentro de esa categoría (perturbaciones de las audiencias) y ejemplos de cuestiones que no estarían comprendidas (la politización general del procedimiento y su manipulación por los medios de comunicación).⁴⁶ Además el Grupo de Trabajo rechazó una formulación que refería al “riesgo de agravar la controversia”, o a la posibilidad de “que haga difícil o imposible la resolución de la controversia”, en tanto se entendió que eran demasiado amplias.⁴⁷

Finalmente, en la sesión 55, se propuso incluir en el texto del Reglamento una lista limitada de casos en los que la publicación de información comprometería la integridad del proceso arbitral, y se preparó un texto que —luego de enmiendas menores— fue adoptado definitivamente.⁴⁸

4.3 La Importancia de la Integridad del Proceso

Durante las discusiones del Grupo de Trabajo se enumeraron ejemplos de situaciones que se buscaba prevenir con la Excepción de Integridad, pero no parece haberse discutido qué es precisamente la integridad del proceso (al menos tales discusiones no se reflejan en los reportes de las sesiones).

⁴² Informe del Grupo de Trabajo, 53° ses. (Viena, 4 – 8 octubre 2010), UN Doc. A/CN.9/712, párr. 72, disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/712>.

⁴³ Informe del Grupo de Trabajo, 54° ses. Notas de la Secretaría (Nueva York, 7 – 11 febrero 2011), UN Doc. A/CN.9/WG.II/WP.162/Add.1, párr. 34, disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/WG.II/WP.162/ADD.1>.

⁴⁴ Informe del Grupo de Trabajo, 54° ses. (Nueva York, 7 – 11 febrero 2011), UN Doc. A/CN.9/717, párr. 137-139, disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/717>.

⁴⁵ *Id.*, párr. 138. Ver también párr.139 (insistiendo que esta excepción “debería limitarse a los ejemplos dados de intimidación o amenaza física”).

⁴⁶ *Id.*, párr. 138. Ver J. Paulsson & G. Petrochilos, *UNCITRAL Arbitration* (2017), págs. 463-474, §H (sugiriendo que la politización general o involucramiento de medios masivos no entrarían dentro de la Excepción de Integridad Procesal salvo que fueran extremos.)

⁴⁷ Informe del Grupo de Trabajo, 54° ses. (Nueva York, 7 – 11 febrero 2011), UN Doc. A/CN.9/717, párr. 139, disponible en: <https://undocs.org/es/A/CN.9/717>.

⁴⁸ Informe del Grupo de Trabajo, 55° ses. (Viena, 3 – 7 octubre 2011), UN Doc. A/CN.9/736, párr. 114, disponible en: <https://undocs.org/es/A/Cn.9/736>.

La doctrina y jurisprudencia arbitral sostiene generalmente que la integridad del proceso tiene dos componentes.⁴⁹ En primer lugar, comprende el derecho de las partes a presentar sus respectivas posiciones, con libre acceso a las pruebas, sin interferencias indebidas con los testigos, y con la instrucción y asistencia letrada;⁵⁰ segundo, la efectividad del laudo, esto es, la capacidad del tribunal para lograr una reparación significativa al culminar la controversia.⁵¹

En la Sección 5.2 exploramos un caso en el cual la divulgación pública de información relativa a la controversia pudo afectar la integridad del procedimiento. Sin perjuicio de ello, es fácil imaginar una pluralidad de situaciones en las cuales la divulgación de información chocante lleva a campañas mediáticas o acciones por parte de ONGs que pudieran afectar los componentes de integridad procesal descriptos anteriormente.

Meg Kinnear y Aïssatou Diop han descripto en detalle cómo la mayor transparencia en el arbitraje de inversión genera presión por parte de los medios de comunicación,⁵² y Thierry Augsburger enumera varios casos en los cuales la divulgación de información ha dificultado la recolección de o producción de pruebas; y ha llevado a la intimidación de testigos y abogados.⁵³

5 LA TENSIÓN EXISTENTE

5.1 Los Efectos Contrapuestos de Divulgar Información

De lo anterior surge la paradoja que se anticipó al comienzo. Si en un procedimiento arbitral se presenta información que sería de especial interés público (p. ej. es chocante y afecta elementos importantes de la vida pública del Estado demandado), sería importante que esa información se publicara. Puede asumirse también que ese tipo de información es al mismo tiempo la que mayor peligro representa para la integridad del procedimiento. Precisamente esa información valiosa es la que sería más capaz de generar reacciones disruptivas por parte del público. Bajo la Excepción de Integridad Procesal, esa información —que sería de mayor interés— es precisamente la que se mantiene confidencial. En otras palabras, las razones que impulsan la *divulgación* de información son casi las mismas que *constrñen*.

⁴⁹ T. Obersteiner, *Provisional Measures under ICSID Rules: The Power of Tribunals to Interfere with Domestic Criminal Proceedings*, 37(5) *Journal of International Arbitration*, págs. 607, 612-613; *Nova Group Investments, B.V. v. Romania*, Caso CIADI No. ARB/16/19, Orden Procesal No. 7, 29 marzo 2017, párr. 235.

⁵⁰ *EDF (Services) Limited v. Romania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Orden Procesal No. 2, 30 mayo 2008, párr. 46-48. *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Decisión sobre Medidas Provisionales, 26 febrero 2010, párr. 142, 148.

⁵¹ *Burlington Resources y otros c. República de Ecuador y otros*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Resolución Procesal No. 1, 29 junio 2009, párr. 61.

⁵² M. Kinnear & A. Diop, *Use of the Media by Counsel in Investor-State Arbitration*, en A. J. Van den Berg (ed.), *Arbitration Advocacy in Changing Times*, ICCA Congress Series, Vol. 15, pág. 40-51.

⁵³ Augsburger, párr. 154 – 161.

Es importante recordar que aquí nos referimos a información que no es confidencial ni afecta los intereses de seguridad esencial del Estado, pues en tales supuestos la situación cabría dentro de otra excepción. Recordamos también que el objetivo fundamental de este mecanismo de transparencia es fortalecer la legitimidad del arbitraje de inversión.

La paradoja viene dada porque la divulgación que brindaría legitimidad al arbitraje de inversión es aquella referida a información relevante o de gran interés. Pero si la información de gran interés podría generar reacciones públicas y campañas que podrían afectar el procedimiento. Por otra parte, el ocultamiento de esta información podría contribuir a deslegitimar el proceso en la óptica pública —o al menos deja de lado el objetivo primario de la transparencia—. En otras palabras, la información más valiosa a los ojos del público es la que se le niega.

Por eso, si no se aplica con suma prudencia, la Excepción de Integridad Procesal podría resultar directamente contraproducente con el fin primordial del Reglamento.

5.2 Instancias Reales de Tensión

Existen varios casos en los cuales la integridad procesal se ha enfrentado a la transparencia,⁵⁴ el ejemplo más claro es el caso de *Biwater Gauff c. Tanzania*.⁵⁵

La controversia de fondo se centraba en la terminación de un contrato para proveer de agua a la ciudad de Dar es Salaam en Tanzania. El caso atrajo la atención de los medios de comunicación y ambas partes terminaron protestando ante el tribunal que la contraria había iniciado una campaña mediática, agravando la controversia y afectando su integridad procesal. La situación incluyó la divulgación no autorizada de minutas de reuniones con el tribunal, la publicación online de una orden procesal, declaraciones a diarios importantes, e incluso la generación de una campaña por parte de una ONG para presionar al inversor a abandonar la demanda inundando a su presidente de correos electrónicos. Se sugiere también que el inversor, BGT, había contratado una firma de relaciones públicas y había lanzado publicidades relacionadas con el caso.

BGT, solicitó una medida cautelar de confidencialidad para evitar mayores divulgaciones, mientras que Tanzania argumentó que existía un interés en que el público pudiera acceder a información sobre la disputa. El tribunal reconoció explícitamente que debía decidir entre dos

⁵⁴ P. ej. *Quiborax c. Bolivia* (el tribunal concluyó que los demandantes habían probado que existía una amenaza a la integridad procesal de las actuaciones respecto a su derecho al acceso a las pruebas a través de posibles testigos); *Giovanna Beccara v. Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Orden Procesal No. 3, 27 enero 2010 (el tribunal resolvió la cuestión caso por caso tratando “de lograr una solución que equilibre el interés general de la transparencia con los intereses concretos de confidencialidad de determinada información o documentos”).

⁵⁵ *Biwater Gauff Tanzania (Ltd.) v. United Republic of Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Orden Procesal No. 3, 29 septiembre 2006.

intereses contrapuestos: (a) la necesidad de transparencia el arbitraje de inversión, y (b) la necesidad de proteger la integridad del proceso.⁵⁶

Los árbitros comienzan por analizar si existe una regla en un sentido o el otro. Concluyen que no había en el caso una presunción a favor de la confidencialidad —en tanto no surgía del tratado aplicable, de las reglas ni de otro acuerdo de partes—, pero tampoco encontraron una regla general a favor de la transparencia (aunque mencionan la “tendencia” a favor de la transparencia en el arbitraje de inversión y admiten su importancia).⁵⁷ Por lo tanto, recaía en el tribunal hallar el balance correcto en cada caso particular.

El análisis del tribunal es pormenorizado, pero hay tres aspectos de su razonamiento que merecen ser destacados aquí. En primer lugar, el tribunal considera “autoevidente” que el desenvolvimiento paralelo de la controversia en los medios de comunicación podía repercutir en la integridad del procedimiento.⁵⁸

Segundo, encuentra que ninguna de las dos partes había establecido una afectación concreta del procedimiento o de su capacidad de presentar el caso. De hecho, las protestas de BGT se basaba en una preocupación ante el riesgo de futuros perjuicios. Sin embargo, los árbitros concluyen que no era necesario esperar a que se manifestara un daño antes de tomar medidas conducentes a la protección del proceso en tanto existiera un riesgo suficiente.⁵⁹

Tercero, el tribunal razonó que el balance entre transparencia e integridad variaba según el momento del proceso. Esto es, mientras las actuaciones seguían pendientes, había una “tensión obvia”, pero una vez que se hubiera emitido un laudo, las preocupaciones sobre integridad procesal desaparecían en tanto no existía más un procedimiento.⁶⁰

En base a este razonamiento, los árbitros evalúan cada tipo de documento del arbitraje (minutas, memoriales, órdenes procesales, etc.) y deciden el grado de confidencialidad aplicable a cada uno. Este enfoque reconoce que el balance de intereses entre transparencia e integridad procesal varía según el tipo de documento y el momento de divulgación. En último término, se ordena a las partes que se abstuvieran de divulgar las minutas de las audiencias, cualquier documento producido por la contraparte, los memoriales y la correspondencia procesal. Se permite expresamente la discusión del caso con los medios, pero se especifica que debe limitarse a lo necesario sin exacerbar la controversia o afectar la integridad del procedimiento.⁶¹

⁵⁶ *Id.*, párr. 112

⁵⁷ *Id.*, párr. 114 – 147.

⁵⁸ *Id.*, párr. 136.

⁵⁹ *Id.*, párr. 144 – 146.

⁶⁰ *Id.*, párr. 140, 142.

⁶¹ *Id.*, párr. 163.

5.3 El Problema con la Transparencia *ex post facto*

Una posible solución a la tensión identificada es simplemente demorar la publicación de información que podría poner en peligro la integridad del procedimiento. De hecho, el art. 7.7 del Reglamento autoriza al tribunal a tomar aquella medida y hay comentaristas y tribunales que apoyan esa solución.

Varios tribunales (incluyendo el tribunal *Biwater*) han sostenido que las preocupaciones por la integridad procesal son temporarias en tanto una vez que se ha emitido un laudo final, no habría procedimiento que pudiera afectarse.⁶² Woolhouse argumenta que esto es correcto, en tanto los gobiernos toman decisiones diariamente sin que todas estén sujetas a un escrutinio inmediato de público, y que la conducta de un gobierno en un arbitraje de inversión no debería en ese sentido ser distinto de otra conducta estatal.⁶³ Por lo tanto, concluye que el interés público y la legitimidad del arbitraje de inversión pueden satisfacerse perfectamente mediante la divulgación de información relevante posterior a la adjudicación.⁶⁴

Existen razones para dudar de estas afirmaciones. En primer lugar, las decisiones gubernamentales que afectan a grandes sectores de la población tienden —como regla general— a ser más transparentes en lo inmediato. Suelen existir mecanismos para presenciar o seguir los trámites parlamentarios (al menos los de mayor incidencia) y existen mecanismos similares de acceso a información pública para obtener información sobre procesos administrativos. Más importante aún, en el caso de decisiones gubernamentales, se compensa el déficit democrático por otros medios. Los tomadores de las decisiones más trascendentales son elegidos democráticamente (al menos de manera indirecta) y si sus decisiones son mal recibidas por el electorado, los tomadores pueden ser destituidos por vía electoral. Ello no ocurre obviamente con el arbitraje.

Fundamentalmente, el fin primero de la transparencia es legitimar el proceso arbitral, y es razonable dudar si una divulgación posterior de información importante serviría a tal fin o incluso si sería contraproducente. Se desconocen estudios empíricos sobre esta cuestión, pero es razonable plantear que, si se ha reconocido un interés del público en conocer información acerca del arbitraje de inversión, entonces existe un interés en obtener esa información de manera contemporánea en lugar de tardía. Además, si la información se publica años más tarde cuando la disputa ha concluido, se limita cualquier tipo de participación efectiva por parte de *amici curiae*. Los árbitros deberían tener estas consideraciones en mente al ejercer sus potestades bajo el art. 7.7 del Reglamento.

⁶² *Biwater v. Tanzania*, párr. 140, 142; *Giovanna Beccara v. Argentine Republic*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Orden Procesal No. 3, 27 enero 2010, párr 81.

⁶³ Woolhouse, pág. 8. Noah Rubins plantea un argumento similar no como justificativo para demorar la divulgación de información arbitral sino para evitarla completamente. N. Rubins, “*Transparency*” in *Investment Arbitration: A Call to Cost-Benefit Analysis*, en C. Klausegger et al. (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration* (2010), pág. 294-305, 296.

⁶⁴ Woolhouse, pág. 5.

Es decir, si el tribunal debe decidir entre publicar información del arbitraje, mantenerla en confidencia o demorar su publicación, debe sopesar el interés del público en conocer la información, y parte de esa ecuación es el interés de conocer la información de manera contemporánea.

5.4 La Dificultad de la Posición Contraria

Sin perjuicio de lo anterior, tampoco sería sensato abogar por una posición plenamente opositora a la Excepción de Integridad Procesal. Si, como experimento mental, se suprimiera esta excepción del Reglamento —o si los árbitros no la aplicasen y dieran rienda suelta a la publicación de información que, por ejemplo, pudiera dificultar la reunión o presentación de pruebas— naturalmente debe presumirse que se daría lugar a las situaciones perniciosas que la Excepción de Integridad Procesal busca evitar.⁶⁵ Esto es, se desprotegería la integridad procesal y se afectaría el derecho de las partes de presentar su caso de manera justa y efectiva.

Uno puede imaginar que eso llevaría al cuestionamiento de los laudos emitidos, a argumentos razonables de injusticia y a una pérdida de legitimidad del proceso —a los ojos de las partes y de un observador interesado—. Incluso existen estudios psicológicos que demuestran que es más probable que las personas acaten normas y decisiones —y que las perciban como legítimas— si consideran que los adjudicadores han sido justos en el procedimiento aplicable.⁶⁶ Así vemos que la desprotección de la integridad del procedimiento arbitral también lleva a deslegitimar el sistema.

Dicho de otra manera, la transparencia del procedimiento arbitral es un pilar de su legitimidad, pero la integridad del procedimiento lo es también. A continuación, consideramos el ejercicio de que debe hacer el tribunal para balancearlos.

6 LOS ENFOQUES POSIBLES Y PREFERIBLES DE UN TRIBUNAL

Al decidir sobre la divulgación de documentación en el marco de un arbitraje de inversión los árbitros deben sopesar varios factores que operan en distintas direcciones. Tienen un deber claro hacia las partes litigantes de resolver la controversia de manera justa y eficiente, pero también deben considerar un interés del público en conocer los detalles del proceso.

⁶⁵ Tampoco puede asumirse sin más que la eliminación de la Excepción de Integridad Procesal *incentivaría* la disrupción de procesos arbitrales como lo haría la eliminación de una prohibición legal. Ello por cuanto, desde un punto de vista de teoría de los incentivos, los árbitros tienen pocas herramientas para incentivar a actores externos a no disrupir el proceso arbitral.

⁶⁶ S. D. Franck et al., *International Arbitration: Demographics, Precision and Justice*, en A. J. Van den Berg (ed.) *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges* (2015), pág. 33-122, 61; T. R. Tyler, *Why People Obey the Law* (2006); T. R. Tyler, et al., *Legitimacy and Criminal Justice: International Perspectives*, en T. R. Tyler (ed.), *Legitimacy and International Criminal Justice: International Perspectives* (2007), págs. 9-10.

Históricamente el primero (integridad) ha recibido mayor atención que el segundo (transparencia), en parte porque el deber hacia las partes es más claro y cualquier “deber” del tribunal hacia el público en general es más ambiguo o indeterminado (si es que si quiera se puede hablar de un “deber” en ese sentido). El Reglamento ha establecido ahora con mayor certeza la necesidad de considerar este segundo factor. De hecho, el art. 1(4) prevé expresamente que, al usar su discreción, el tribunal debe “tener en cuenta [...] el interés público en la transparencia de los arbitrajes”.

Sin embargo, respecto a la Excepción de Integridad Procesal, el Reglamento le otorga al tribunal un gran espacio de discreción y poca orientación en cuanto a cómo guiarla. Como vimos, los árbitros deberán identificar información que pudiera, en caso de revelarse, poner en peligro la integridad del procedimiento. Ahí pueden encontrar que cuanto mayor es ese “peligro”, mayor peso cobra el argumento a favor de divulgar la información porque mayor puede ser el interés del público en conocerla.

Cualquier análisis sobre este punto necesariamente se reducirá a la manera en que se define el peligro.

El tribunal podría tomar un enfoque cauteloso, prefiriendo evitar o demorar la publicación de información si existe una *posibilidad razonable* de que lleve a grupos del público a disrumpir el proceso. Esta posición protectora del procedimiento llevaría a divulgar menos información —o al menos a demorarla— y puede sustentarse en el texto de los arts. 7.6 (“*pudiera poner en peligro*”) y 7.7 (el uso de una lista abierta de circunstancias).

Contrariamente, el tribunal podría tomar una visión más restringida, y aplicar la Excepción de Integridad Procesal solamente cuando existe un peligro claro y concreto. Esta segunda posición parece preferible principalmente porque el carácter inherentemente público y político de las disputas sobre inversión (descrito arriba) implica que en gran parte de los casos será sencillo postular un riesgo abstracto que podría implicar disrupciones procesales. Por ejemplo, siempre puede apuntarse a un sector de la población afectado por la decisión o una ONG que podría potencialmente intimidar a los testigos.

Distinto es si hay circunstancias concretas identificables en el caso, *e.g.* si existe una organización radical que ha mostrado interés en el caso, o si los testigos o abogados tienen razones puntuales para sospechar intimidación. Cabe recordar que en las discusiones del Grupo de Trabajo todas las situaciones que se mencionaron como meritorias de la Excepción referían a la integridad física de los actores participantes y se dijo que la politización general o el involucramiento mediático no estarían comprendidos. Ciertamente, estas aclaraciones no se plasmaron en la redacción final del Reglamento pero los reportes del Grupo de Trabajo indican que esa intención existía.

Es verdad que puede no saberse con antelación cuán probable es que la publicación de documentación lleve a una circunstancia peligrosa para la integridad del proceso. También es verdad que, una vez publicada la información, es imposible “des-publicar” de manera efectiva.

En palabras de Winston Churchill, somos amos de nuestros silencios y esclavos de nuestras palabras. Sin embargo, es también verdad que las decisiones sobre divulgación pueden tomarse no solo de manera generalizada, sino por tipo de documento (como hizo el tribunal en *Biwater*) e incluso dentro de cada documento. De hecho, los arts. 7.6 y 7.7 del Reglamento se refieren a la publicación de “información” no de “documentos”.

En este sentido la censura parcial de documentos puede ser una herramienta poderosa para llegar a un balance adecuado. Ciertamente es costoso en tiempo y recursos censurar línea por línea cada documento,⁶⁷ pero justamente esos costos llevarán a que solamente se mantenga confidencial lo estrictamente necesario. De esa manera se cumple con la excepcionalidad a la cual refiere el art. 7.7.

7 CONCLUSIÓN

La comunidad internacional ha reconocido que la transparencia es indispensable para la confianza pública en el arbitraje de inversión. Sin embargo, también se reconoce que la transparencia puede poner en peligro la integridad de los procedimientos. Ninguno de los dos intereses puede sacrificarse.

Hemos planteado aquí que las razones que más justificarían la divulgación de información también pueden ser razones para mantenerla confidencial. Para resolver esta tensión proponemos que la Excepción de Integridad Procesal debe ser interpretada restrictivamente. Una regla general de publicación con una Excepción de Integridad Procesal limitada solamente a circunstancias de peligros claros y concretos contribuiría a legitimar el arbitraje de inversión y limitaría el perjuicio a las partes litigantes.

Es posible que la adopción de este enfoque resulte en una mayor presión externa sobre los intervinientes en el proceso, pero la transparencia —en tanto se le ha reconocido un valor inherente— no puede ser gratuita, y aquel puede ser el precio de la transparencia.

⁶⁷ Ver Rubins, pág. 300 (refiriéndose a los distintos costos que implica las medidas a favor de mayor transparencia).

BIBLIOGRAFÍA

1 DOCTRINA

- J. A. Maupin, *Transparency in International Investment Law: The Good, the Bad, and the Murky*, en A. Bianchi & A. Peters (eds.), *Transparency in International Law* (2013), págs. 142-171.
- C. Nyegaard Mollestad, *See No Evil? Procedural Transparency in International Investment Law and Dispute Settlement*, PluriCourts Research Paper No. 14-20, 2014.
- N. J. Calamita & E. Zelazna, *Investment Arbitration, The Changing Landscape of Transparency in Investor-State Arbitration: The UNCITRAL Transparency Rules and Mauritius Convention*, en C. Klausegger et al. (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration* (2016), págs. 271 – 289.
- M. Waibel et al. (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration – Perceptions and Reality*, (2010)
- C. N. Brower et al., *The Coming Crisis in the Global Adjudication*, 19(2) *International Arbitration*, pág. 415
- B. Appleton & S. Stephenson (ch.), *The Investment Treaty Working Group Task Force on the Investment Court System Proposal*, Discussion Paper, Investment Treaty Working Group of the International Arbitration Committee, ABA Section on International Law, 14 octubre 2016
- D. Schneiderman, *International Investment Law's Unending Legitimation Project*, 49(2) *Loyola University Chicago Law Journal*, pág. 229
- UNCTAD, *Transparency*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements (2012)
- J. Ribiero & M. Douglas, *Transparency in Investor-State Arbitration: The Way Forward*, 11(1) *Asian International Arbitration Journal*, pág. 49
- D. Magraw & N. M. Amerasinghe, *Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration*, 15(2) *ISLA Journal of International and Comparative Law*, pág. 337
- D. Magraw et al., *Ways and Means of Citizen's Participation in Trade and Investment Dispute Settlement Procedure*, Working Paper No. 53/08, Society of International Economic Law
- C. H. Brower II, *Politics, Reason and the Trajectory of Investor-State Dispute Settlement*, 49(2) *Loyola University Chicago Law Journal*, pág. 271
- S. Schill, *An Introduction*, en S. Schill (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law* (2010), pág. 3
- C. G. Buys, *The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration*, 14(1-2) *The American Review of International Arbitration*, pág. 121
- C. Knarh & A. Reinisch, *Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration – The Biwater Gauff Compromise*, 6(1) *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, pág. 97
- T. P. Augsburger, *Article 7. Exceptions to transparency*, en D. Euler et al. (eds.), *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the*

UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration (2015), págs. 249-306

- J. Paulsson & G. Petrochilos, *UNCITRAL Arbitration* (2017), págs. 463-474
- T. Obersteiner, *Provisional Measures under ICSID Rules: The Power of Tribunals to Interfere with Domestic Criminal Proceedings*, 37(5) *Journal of International Arbitration*, págs. 607.
- S. P. Woolhouse, *Transparency and Procedural Integrity of Arbitration - The Biwater Tribunal's Balancing Act*, 3(5) *Transnational Dispute Management*
- M. Kinnear & A. Diop, *Use of the Media by Counsel in Investor-State Arbitration*, en A. J. Van den Berg (ed.), *Arbitration Advocacy in Changing Times*, ICCA Congress Series, Vol. 15, pág. 40-51
- N. Rubins, "Transparency" in *Investment Arbitration: A Call to Cost-Benefit Analysis*, en C. Klausegger et al. (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration* (2010), pág. 294-305
- S. D. Franck et al., *International Arbitration: Demographics, Precision and Justice*, en A. J. Van den Berg (ed.) *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges* (2015), pág. 33-122
- T. R. Tyler, *Why People Obey the Law* (2006); T. R. Tyler, et al., *Legitimacy and Criminal Justice: International Perspectives*, en T. R. Tyler (ed.), *Legitimacy and International Criminal Justice: International Perspectives* (2007)

2 JURISPRUDENCIA

- *Eli Lilly v. Government of Canada*, Caso No. UNCT/14/2, Laudo Final, 16 marzo 2017
- *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. y Abal Hermanos S.A. c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI No. ARB/10/7, Laudo, 8 julio 2016
- *Methanex Corp. v. United States*, Laudo Final sobre Jurisdicción y Méritos, 3 agosto 2005;
- *Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada*, Caso CPA No. 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 marzo 2005
- *Occidental Exploration and Production Company v. Republica de Ecuador*, Caso LCIA No. UN3467, Sentencia Final, 1 julio 2004
- *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. República Bolivariana de Venezuela*, Laudo, Caso CIADI No. ARB/00/5, 23 septiembre 2003
- *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States*, Caso CIADI No. ARB/(AF)/98/3, Decisión sobre la Audiencia tratando la Objeción del Demandado a la Competencia y la Jurisdicción, 5 enero 2001
- *Hrvatska Elektroprivreda d.d. v. Republic of Slovenia*, Caso CIADI No. ARB/05/24, Orden sobre la Participación de un Abogado, 6 mayo 2008.
- *Libananco Holdings Co Ltd v. Turkey*, Caso CIADI No. ARB/06/8, Decisión sobre Asuntos Preliminares, 23 junio 2008
- *Nova Group Investments, B.V. v. Romania*, Caso CIADI No. ARB/16/19, Orden Procesal No. 7, 29 marzo 2017

La Tensión entre Transparencia e Integridad Procesal

- *EDF (Services) Limited v. Romania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Orden Procesal No. 2, 30 mayo 2008.
- *Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/06/2, Decisión sobre Medidas Provisionales, 26 febrero 2010.
- *Burlington Resources y otros c. República de Ecuador y otros*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Resolución Procesal No. 1, 29 junio 2009
- *Biwater Gauff Tanzania (Ltd.) v. United Republic of Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Orden Procesal No. 3, 29 septiembre 2006.
- *Giovanna Beccara c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/5, Orden Procesal No. 3, 27 enero 2010