

El precio de la transparencia

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

Roy Goldsman
(Argentina)*

Introducción [\[arriba\]](#)

Hace años que se reconoce la necesidad de introducir mayor transparencia al sistema de derecho de las inversiones. El concepto de “transparencia” -en lo que concierne al arbitraje- refiere fundamentalmente a la posibilidad de acceder libremente a información sobre el procedimiento arbitral,[1] donde la confidencialidad de los procesos ha generado cuestionamientos sobre a la legitimidad de este sistema de solución de controversias. Se ha respondido a esa necesidad de mayor transparencia con reformas en los reglamentos utilizadas para conducir los procesos arbitrales, innovaciones en los tratados de inversión, e incluso avances en las prácticas y decisiones.

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, así como Estados y organizaciones observadoras durante tres años de negociaciones. El objeto de esta labor era puntual: fomentar la transparencia en los arbitrajes entre inversores y Estados en el marco de un tratado. El Reglamento producto de su trabajo representa el paquete más completo de compromisos de transparencia que se ha visto hasta el momento en la práctica internacional.[3] Constituye la primera regulación obligatoria y exhaustiva sobre transparencia en un reglamento arbitrales aplicable al arbitraje de inversión.[4]

Al apuntar a este fin concreto, el Reglamento es conciso, con solamente ocho artículos, lo que permite nos esquematizar su contenido de la siguiente manera. El artículo 1° define su alcance y aplicación. Los arts. 2° y 3° establecen una regla de publicación de cierta información sobre la controversia y documentos procesales (sujetos a censura previa), y el art. 8° prevé un archivo para la información publicada. Los arts. 4° y 5° se refieren a la participación de partes no litigantes y el art. 6° instituye la publicidad de las audiencias. El presente trabajo se centrará en el art. 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: (i) si la información es confidencial o privilegiada (art. 7.1 a 7.4); (ii) si la divulgación contrariase a los intereses esenciales del Estado (art. 7.5); y (iii) si la divulgación “pudiera poner en peligro la integridad del proceso arbitral” (art. 7.6 y 7.7).

Proponemos que existe una tensión interna inherente entre esta última excepción relativa a la integridad procesal (la “Excepción de Integridad”) y el objetivo fundamental de la transparencia de fortalecer la legitimidad del sistema.[5]

La Sección 1 de este trabajo explica la crítica sobre la falta de transparencia en el arbitraje de inversión y su importancia como sostén legitimador del sistema. En la Sección 2, se sintetiza el Reglamento y cómo ha dado respuesta a tales críticas, y nos centramos específicamente en la Excepción de Integridad en la Sección 3. La Sección 4 identifica la tensión entre esta excepción y los objetivos de transparencia, y la Sección 5 analiza el proceso decisorio de un tribunal ante tal tensión. Finalmente, en la Sección 6 ofrecemos conclusiones del análisis.

1. La Crítica sobre Falta de Transparencia [\[arriba\]](#)

El creciente desarrollo y relativa proliferación del arbitraje de inversión en los últimos treinta años ha generado fuertes críticas desde la academia,[6] la política,[7] y el público en general.[8] Este backlash contra el arbitraje de inversión es multifacético y se cuestionan numerosos ejes del sistema. Uno de los cuestionamientos centrales es su falta de transparencia.[9] Al analizar el rol que debe tener la transparencia en el arbitraje de inversión, es importante tener en cuenta que es un asunto necesariamente ligado a la legitimidad del sistema en su conjunto.[10]

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 la base del arbitraje comercial, protegiendo así la confidencialidad, prioridades de índole comercial y las actuaciones a puertas cerradas[11]. Por lo tanto, en muchas controversias de inversión 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,
- Las presentaciones orales en las audiencias,
- Las ordenes procesales emitidas u órdenes interinas, y
- La decisión (laudo) finalmente emitido.[12]

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 arbitraje, el arbitraje de inversión tiene un carácter inherentemente público, y la supuesta infracción que motiva el reclamo del inversor será una acción de gobierno.[13] Estas controversias se centran en cuestionamientos extranjeros a medidas gubernamentales tendientes a lograr objetivos de política pública. A menudo se deciden temas de salud pública,[14] medio ambiente,[15] impositivas,[16] importantes concesiones y obras de infraestructura,[17] etc.[18] En palabras de Stephan Schill, los tratados de inversión y el arbitraje entre inversores y Estados realizan hoy “funciones de gobernanza global”. [19]

Además, los montos de las decisiones pueden ser muy significativos y normalmente recaerán finalmente sobre el contribuyente fiscal.[20] A modo de ejemplo, en 2018 un tribunal LCIA emitió una decisión responsabilizando al Estado africano de Yibuti por terminar ilegítimamente un contrato, y se ordenó que éste pagara a un concesionario la suma de USD 533 millones.[21] 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 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.[22]

En el marco de la resolución de disputas de la OMC también se ha enfatizado la importancia de la transparencia para la legitimidad. 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.”[23]

Puede afirmarse entonces que existe un interés público en obtener información sobre las disputas entre inversores y Estados, y puede concluirse que la confidencialidad de tales procedimientos puede socavar su legitimidad pública.[24] Este entendimiento ha tenido un limitado reconocimiento por parte de tribunales.[25]

Existen razones adicionales de índole pragmática para aumentar la disponibilidad de información sobre las controversias arbitrales (p. ej. la publicación de más decisiones podría contribuir a la consistencia y predictibilidad de la jurisprudencia arbitral).[26] Sin perjuicio de ello, en las palabras de Eduardo Silva Romero “[l]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”. [27]

De hecho, al concebirse el Reglamento en 2008, el Grupo de Trabajo reconoció que “[t]oda norma que favoreciera la transparencia mejoraría la imagen pública de este proceso y le dotaría de mayor credibilidad.”[28]

El presente trabajo adopta entonces la premisa de que el objetivo primordial de la transparencia (y del Reglamento) es la legitimidad pública.

2. El Reglamento como respuesta a las críticas [\[arriba\]](#)

Consciente de estas críticas, la comunidad internacional primero incorporó en sus tratados mecanismos para fomentar la transparencia en el arbitraje de inversión. Estos cambios incluyeron la publicidad de documentación procesal y el acceso público a las audiencias,[29] así como también la mayor participación de partes no

contendientes a través de informes de amicus.[30] Siguieron importantes iniciativas para incorporar herramientas similares en los reglamentos arbitrales. La revisión de 2006 de las Reglas de Arbitraje del CIADI incluyó disposiciones en este sentido.[31] El Reglamento va un paso más allá.

El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI fue originalmente concebido para disputas comerciales,[32] aunque se utiliza comúnmente para el arbitraje de inversión. En el proceso de revisión que culminó con la reforma del 2010, no se introdujeron enmiendas específicas para reflejar esta circunstancia.[33] No obstante, durante aquel proceso sí se reconoció la importancia de la transparencia en el arbitraje entre inversores y Estados y se optó por tratar ese asunto de manera específica y prioritaria en un proceso posterior.[34]

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.[35]

Como se adelantó, el Reglamento responde a las críticas esbozadas en la Sección anterior, estableciendo una “regla general” bajo la cual virtualmente todas las actuaciones se entienden excluidas de la confidencialidad del arbitraje, requiriendo la publicación de virtualmente todos los documentos producidos en él.[36]

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 pueden 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)).[37]

De todas maneras, desde la concepción del Reglamento, se reconoció que la transparencia no podía ser absoluta,[38] y el art. 7 limita su aplicación al establecer tres supuestos que justifican no divulgar 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.

3. La Excepción de Integridad Procesal [\[arriba\]](#)

3.1. Los arts. 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 agrega que se encuentra configurado aquel supuesto 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.

El texto sugiere que esta Excepción de Integridad Procesal otorgaría un mayor poder al tribunal arbitral que en las excepciones sobre confidencialidad o seguridad esencial.

Primero, en cuanto a su alcance, el art. 7.6 parecería limitar la discreción del tribunal al prever que solamente aplica la Excepción de Integridad Procesal en los supuestos enumerados en el art. 7.7. Sin embargo, el 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).[39] Es además notable la diferencia entre la definición simple y abierta usada para el concepto de “integridad procesal” y la detallada lista usada para el concepto de “información confidencial o protegida” (art. 7.2).[40]

Segundo, a diferencia de las restantes excepciones, la Excepción de Integridad Procesal puede ser declarada por el tribunal de oficio (art. 7.6). Esto podría demostrar un mayor nivel de autoridad o, más bien, reflejar el hecho de que, a diferencia de las otras excepciones, el tribunal también tiene un interés en que se respete la integridad del procedimiento.

En tercer lugar, el art. 7.7 autoriza expresamente al tribunal a adoptar medidas para impedir o demorar la publicación de información.[41] De hecho, se ha argumentado que al utilizar las palabras “pueda poner en peligro”, el Reglamento fomenta a los tribunales a tomar un rol activo en la protección de la integridad procesal, en lugar de uno reactivo.[42]

3.2. 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. Los reportes de aquella Sesión muestran que se formuló una pregunta sobre la necesidad de prever excepciones concretas para proteger la integridad del proceso arbitral. Esto llevó a un reconocimiento general sobre la importancia de tener en cuenta esta cuestión y su diferenciación de la excepción referida a información confidencial.[43]

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”.[44] Sin embargo, se expresó preocupación sobre la potencial amplitud e imprecisión del término “integridad del proceso arbitral”, y se optó entonces por definirlo.[45]

Es interesante notar que las precisiones que se hicieron en aquella sesión se centraron en la protección física de los intervinientes (representantes, testigos y árbitros).[46] 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).[47] 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.[48]

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.[49]

Esto es, los trabajos preparatorios del Reglamento sugieren que se concibió la Excepción de Integridad como una protección más bien física que política-mediática, aunque el texto final no parece receptar ello expresamente.

3.3. La Importancia de Proteger 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).

La doctrina y jurisprudencia arbitral sostienen generalmente que la integridad del proceso tiene dos componentes.[50] 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;[51] segundo, la efectividad del laudo, esto es, la capacidad del tribunal para lograr una reparación significativa al culminar la controversia.[52]

En la Sección 4.2 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 podría llevar a campañas mediáticas, o a acciones por parte de ONGs que pudieran afectar los componentes de integridad procesal descritos anteriormente. Hoy en día, incluso sería perfectamente verosímil un supuesto en el cual la divulgación de información de interés para un cierto grupo pudiera generar gran actividad por medio de redes sociales, lo que podría intimidar testigos, generar acoso virtual a los intervinientes, dificultar tareas probatorias, etc.

Meg Kinnear y Aïssatou Diop han argumentado que la mayor transparencia en el arbitraje de inversión ha dado lugar a presión por parte de los medios de comunicación.[53] Las autoras enumeran también varios casos en los que la controversia entre las partes no se ha limitado al procedimiento legal, sino que se ha producido también en el campo mediático (lo que naturalmente pudo repercutir sobre el proceso en sí).[54] Thierry Augsburg también enumera varios casos en los cuales la divulgación de información ha dificultado la recolección o producción de pruebas; y ha llevado a la intimidación de testigos y abogados.[55]

4. La Tensión Existente [\[arriba\]](#)

4.1. 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. información chocante o que afecta aspectos 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 o chocante es la que más aptitud tendría 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 la constriñen.

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. Aquella información que es de escaso interés público probablemente no generará reacciones que pongan en peligro al proceso. Es mucho más probable que la información de gran interés (chocante o escandalosa), genere reacciones públicas y actos que podrían afectar el procedimiento. Los árbitros entonces se preguntarán si ese gran interés significa que debe divulgarse, o si ese gran interés significa que debe ocultarse. Ello considerando que el ocultamiento de esta información podría contribuir a deslegitimizar 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.

4.2. Instancias Reales de Tensión

Para ilustrar esta dicotomía, existen varios casos en los cuales la integridad procesal se ha enfrentado a la transparencia.[56] El ejemplo más claro es el caso de *Bewater Gauff c. Tanzania*.[57]

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, hostigando al presidente de la empresa con 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 intereses contrapuestos: (a) la necesidad

de transparencia del arbitraje de inversión, y (b) la necesidad de proteger la integridad del proceso.[58]

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 reconocen su importancia).[59] Por lo tanto, entienden que recaía en el tribunal hallar el balance correcto en el 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.[60]

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.[61]

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 existiría ya ningún procedimiento.[62]

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.[63]

4.3. El Problema con la Transparencia ex post facto

Una posible solución a la tensión identificada -mencionada por el tribunal Biwater- es simplemente demorar la publicación de información que podría poner en peligro la integridad del procedimiento. Incluso el art. 7.7 del Reglamento autoriza al tribunal a tomar aquella medida, y hay comentaristas y tribunales que apoyan la conveniencia de 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.[64] Sarita Woolhouse argumenta que esto es correcto, en tanto los gobiernos toman decisiones diariamente sin que todas ellas estén sujetas a un escrutinio inmediato del público,

y que la conducta de un gobierno en un arbitraje de inversión no debería en ese sentido ser distinto de otra conducta estatal.[65] 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.[66]

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[67]- 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 decisores 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. Fundamentalmente, 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. Si el tribunal analiza la cuestión preguntándose no “por qué divulgar” sino “para qué querría el público esta información”, verá que la respuesta puede ser “para atacar el proceso” pero también podría ser “para lograr una participación efectiva en este proceso que me impacta”. Aquellas consideraciones pueden ser relevantes al ejercer las potestades bajo el art. 7.7 del Reglamento.

Es decir, si el tribunal debe decidir entre publicar información del arbitraje, mantenerla en confidencia o demorar su publicación, será importante que sopesen el interés del público en conocer la información de manera contemporánea.

4.4. 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.[68] 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 afectación de la legitimidad del proceso. 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.[69]

Así vemos que, como contracara del argumento que hemos esbozado, la desprotección de la integridad del procedimiento arbitral 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 del tribunal para balancear estos elementos.

5. Los Enfoques Posibles y Preferibles de un Tribunal [\[arriba\]](#)

Al decidir sobre la divulgación de documentos en el marco de un arbitraje de inversión, los árbitros se ven obligados a 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 ciertos aspectos del proceso.

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 potencialmente implicar disrupciones procesales. Por ejemplo, siempre puede apuntarse a un sector de la población afectado por la decisión o una ONG que podría eventualmente 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 vieron plasmadas 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 “despublicar” 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,[70] pero justamente esos costos pueden servir de incentivo para que solamente se mantenga confidencial lo estrictamente necesario. De esa manera se cumple con la excepcionalidad a la cual refiere el art. 7.7.

6. Conclusión [\[arriba\]](#)

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.

Bibliografía [\[arriba\]](#)

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) 22. 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
- 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

Notas [\[arriba\]](#)

** Abogado por la Universidad de Buenos Aires (2016) y la Universidad de Londres (2013). Maestría en derecho por Harvard Law School (2019). Nota de redacción: las traducciones de inglés a español en este texto son propias (en aquellos casos donde existían versiones oficiales en español, se han utilizado).*

[1] Muchos argumentarían que la participación también hace a la esencia de la transparencia. De hecho, el Reglamento regula no solamente la divulgación de información, sino que incluye también normas referidas a la participación de partes no disputantes. Sin embargo, sostenemos que la esencia de la transparencia es el acceso a la información, mientras que la participación en el proceso de toma de decisiones es una etapa mayor de suplementación o complementación. En este sentido, 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.

[4] Nyegaard Mollestad, págs. 116-117. Ver también las Reglas de Arbitraje del Convenio del CIADI 2006 (brindando una apertura mucho más limitada al permitir la intervención de partes no litigantes).

[5] Por supuesto que la aplicación de cualquiera de las excepciones se contraponen lógicamente a la transparencia, pero en el caso de la Excepción de Integridad, veremos que se produce un fenómeno distintivo.

[6] Ver, por ejemplo, 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. 41 5 (observando que los “tradicionales elementos y percepciones de legitimidad están con excesiva frecuencia espectacularmente ausentes”).

[7] 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.”)

[8] 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”).

[9] 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.

[10] Nyegaard Mollestad, §1.1.

[11] 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

[12] 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

[13] Ribiero & Douglas, §C.1; UNCTAD pág. 36.

[14] 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.

[15] 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.

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

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

[18] 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.

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

[20] 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).

[21] De hecho, entendemos que esta decisión no sería estrictamente un arbitraje de inversión en tanto (de información públicamente disponible) no puede asegurarse que se base en un tratado. De todas formas, ilustra el interés público en los arbitrajes entre Estados y privados.

[22] 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.

[23] 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.

[24] Ver la Resolución 68/109, Considerando 5° (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> 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).

[25] 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).

[26] C. Knarh & A. Reinisch, Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration - The Bewater Gauff Compromise, 6(1) The Law and Practice of International Courts and Tribunals, pág. 97, 110-111.

[27] E. Silva Romero & J. F. Merizalde, ¿Cumple su finalidad el Nuevo Reglamento de Transparencia de la CNUDMI?, 4(2014) Arbitraje PUCP, pág. 191, 193 (el énfasis es agregado).

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

[29] 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).

[30] 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.

[31] Reglas de Arbitraje del Convenio del CIADI 2006, Regla 37 (participación de partes no contendientes) y Regla 32 (apertura de audiencias).

[32] 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>.

[33] 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)).

[34] 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)).

[35] 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.

[36] 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).

[37] 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.

[38] 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 29 y 30.

[39] 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.

[40] Id., párr. 138.

[41] 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.
- [42] Augsburger, párr. 146.
- [43] 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>.
- [44] 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>.
- [45] 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>.
- [46] Id., párr. 138. Ver también párr. 139 (insistiendo que esta excepción “debería limitarse a los ejemplos dados de intimidación o amenaza física”).
- [47] 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.)
- [48] 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>.
- [49] 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>.
- [50] 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.
- [51] *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.
- [52] *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.
- [53] 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; pág. 42 (refiriendo a un “advocacy media” o reportaje argumentativo).
- [54] Id. págs. 46 - 50
- [55] Augsburger, párr. 154 - 161.
- [56] 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 supuesto por supuesto tratando “de lograr una solución que equilibre el interés general de la transparencia con los intereses concretos de confidencialidad de determinada información o documentos”).
- [57] *Biwater Gauff Tanzania (Ltd.) v. United Republic of Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Orden Procesal No. 3, 29 septiembre 2006.
- [58] Id., párr. 112
- [59] Id., párr. 114 - 147.
- [60] Id., párr. 136.

[61] Id., párr. 144 - 146.

[62] Id., párr. 140, 142.

[63] Id., párr. 163.

[64] *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.

[65] 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.

[66] Woolhouse, pág. 5.

[67] Exceptuamos aquí supuestos de emergencia o seguridad nacional.

[68] Tampoco puede asumirse sin más que la eliminación de la Excepción de Integridad Procesal incentivaría la interrupción 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 interrumpir el proceso arbitral.

[69] 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.

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