

La sección 1782 del título 28 del código de Estados Unidos y sus implicaciones dentro del Arbitraje Internacional y de Inversiones

Blanca Gómez de la Torre*
Steven Vásconez Jácome**

Recibido/Received: 18/11/2022
Aceptado/Accepted: 27/11/2022

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El *discovery* como herramienta para la obtención de evidencia. 2.1. ¿Por qué fue necesaria la interpretación por parte de Corte Suprema de Estados Unidos de América? 3. La decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. 3.1. Definición de tribunal extranjero y tribunal internacional y otras consideraciones. 3.2. Arbitraje de inversiones, inversionista-Estado. 3.3. Implicación de la decisión en las controversias bajo el Convenio CIADI. 4. Consecuencias de esta decisión 4.1. ¿Afecta esto al arbitraje? 5. Conclusión.

RESUMEN: El *discovery* es una herramienta utilizada para la obtención de prueba en posesión de los residentes y nacionales de los Estados Unidos de América (también "EE. UU."). Esta era utilizada por las partes intervinientes en los foros de arbitraje para ir un poco más allá en la producción de prueba por parte de los residentes del país previamente mencionado, sin embargo, su aplicación no era clara y tenía divididos a los tribunales de circuito en los EE.UU. Esto ocasionó que la Corte Suprema de dicho país decidiera dar su interpretación de la Sección 1782 del Título 28 del Código de Estados

* Socia de la firma ECIIA GPA. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Especialista superior en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar. Máster en Derecho Comercial Internacional por la Universidad Internacional de la Rioja. Correo electrónico: bgomezdelatorre@ecija.com

** Estudiante de pregrado del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: steven.vas1305@gmail.com | svasconezj@estud.usfq.edu.ec



Unidos con el fin de terminar con las interpretaciones divididas, no obstante, aún quedarían espacios para interpretación. Finalmente, se analiza el impacto que esta decisión puede tener dentro de los foros de arbitraje al no ser el único medio de producción de prueba y solo ser aplicable a la persona residente o nacional de los EE. UU.

PALABRAS CLAVE: Discovery, Arbitraje internacional, Arbitraje de inversiones.

ABSTRACT: *Discovery* is a tool used to obtain evidence in possession of U.S. residents and nationals. It was used by the parties in arbitration forums to go a little further in the production of evidence by the residents of said country, however, its application was not clear and divided the circuit courts in the United States of America. This caused the Supreme Court of the United States of America to decide to issue an interpretation of Section 1782 of Title 28 of the Code of that country, to put an end to the divided interpretations. In any case, there still could be room for interpretation. Finally, the impact that this decision may have within the arbitration forums is analyzed in this work, since it is not the only means of production of evidence and it is only applicable to a U.S. resident or national.

KEYWORDS: Discovery, International Arbitration, Investment Arbitration.

1. INTRODUCCIÓN

A nivel internacional existe un constante desequilibrio en relación a la forma en la que las diferentes jurisdicciones conciben la producción de la prueba. Esto responde a la falta de armonización entre los diferentes métodos utilizados y las diferencias entre los sistemas del derecho de los comunes "*common law*" y el derecho continental "*civil law*". Dependiendo de la jurisdicción, son aceptados o no ciertos métodos de obtención de prueba como: (i) los rumores, (ii) las declaraciones obtenidas del privilegio legal; o, (iii) la prueba obtenida ilegalmente¹. Esta divergencia en la obtención de

¹ J. LOVELAND, M. FERNÁNDEZ, AND K. DUGGAL, *Same Proposition, Different Outcome? Need for Harmonization for Evidentiary Standards*, <<https://bit.ly/3u5QrnC>> (30/09/2022).

prueba no es ajena a los arbitrajes donde las partes son de diferentes nacionalidades. Para el caso de los nacionales o residentes de los Estados Unidos, este asunto cobra mayor importancia, pues existe en esta jurisdicción la posibilidad de pedir auxilio de sus cortes para la obtención total de la prueba, mediante la invocación del Título 28 del *United States Code* en su Sección 1782 (desde ahora 28 U.S.C §1782). La prueba así obtenida puede ser utilizada en tribunales extranjeros o internacionales y, así, conseguir material probatorio que típicamente estaría protegido por privilegios legales o al que no se podría acceder por diferentes cuestiones².

Con base en el 28 U.S.C §1782, una persona interesada puede solicitar que un tribunal de distrito dé autorización para el *discovery* dentro de los EE. UU. como método de producción de prueba³. Esto con la finalidad de ser usado en litigios extranjeros o internacionales, incluso sin que estos tribunales tuvieran participación o conocimiento de dicha acción.

El 28 U.S.C. §1782 empezó a tener relevancia en el mundo del arbitraje internacional en el 2004, cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió el caso *Intel Corp. c. Advanced Micro Devices, INC.* (AMD). En esta decisión la Corte Suprema sostuvo que la §1782 da una amplia discreción a los jueces de los diferentes distritos para permitir que los litigantes extranjeros obtuvieran el *discovery* dentro del territorio de los EE. UU. con la sujeción a pautas legales y jurisprudenciales⁴.

En vista de la discrecionalidad otorgada por la Corte Suprema para el uso de esta herramienta, se dieron pronunciamientos diversos en las diferentes cortes distritales, lo que llevó a que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América hiciera un nuevo pronunciamiento.

Esta nueva decisión de la Corte Suprema excluye al arbitraje tanto internacional como de inversiones de este mecanismo para la obtención de prueba. La Corte Suprema llega a esta conclusión al

2 Chevron Corporation, Texaco Petroleum Company. c. República del Ecuador, *PCA Case No. 2009-23*, Second Partial Award on Track II.

3 28 U.S.C. §1782(a).

4 Intel Corp. c. Advanced Micro Devices, Inc., 542 U.S. 241 (2004).

realizar un análisis de los siguientes puntos: (i) si las expresiones “tribunal extranjero” y “tribunal internacional” son referencias a un órgano jurisdiccional privado o a un órgano exclusivo de autoridad gubernamental; (ii) la aplicabilidad de la decisión de la Corte en el caso del arbitraje de inversiones, en el cual una de las partes es un Estado sometido a esta jurisdicción en función de la oferta de arbitraje constante en un tratado bilateral de inversiones (desde ahora TBI); y, (iii) el alcance de la decisión de la Corte Suprema respecto del arbitraje bajo el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (desde ahora Convenio de Washington o Convenio CIADI)⁵. Con la decisión tomada sobre estos temas, se da un gran punto de inflexión y discusión para los arbitrajes futuros que busquen la manera de obtener prueba con el auxilio de los tribunales distritales de los EE. UU.

Esta figura fue usada en varios casos de arbitraje, entre ellos el caso *Chevron Corporation, Texaco Petroleum Company c. República Ecuador*, en donde, se la utilizó como una forma de conseguir una “[...] masa de material probatorio sin precedentes, normalmente protegido por privilegios [...] legales [...]”⁶ (la traducción nos pertenece). De igual manera, Ecuador utilizó el 28 U.S.C §1782 en *Republic of Ecuador c. Connor* con la finalidad de utilizar el *discovery* para obtener las declaraciones de John Connor y GSI Environmental que serían utilizadas en el caso previamente mencionado iniciado por Chevron. Es claro entonces que el uso del 28 U.S.C §1782 fue una herramienta ampliamente aplicada alrededor del mundo en los arbitrajes internacionales y de inversiones; sin embargo, surge la interrogante: ¿la decisión de la Corte Suprema tiene una afeción real a la producción de prueba tanto en el Arbitraje Internacional como en el Arbitraje de Inversiones?

2. EL DISCOVERY COMO HERRAMIENTA PARA LA OBTENCIÓN DE EVIDENCIA

El título 28 U.S.C §1782 prescribe lo siguiente:

El tribunal del distrito en el que resida o se encuentre una persona podrá ordenarle que preste su testimonio o declaración

5 *ZF Automotive US, INC., et al. c. Luxshare, LTD.* 596 U.S (2022).

6 28 U.S.C. §1782(a).

o que presente un documento u otro objeto para su utilización en un procedimiento ante un tribunal extranjero o internacional, [...] (La traducción nos pertenece)⁷.

Esta sección claramente establece que el *discovery* es una herramienta muy útil para jurisdicciones extranjeras o internacionales, en tanto permite su uso si un tribunal de distrito decide otorgarlo en favor del solicitante haciendo que, incluso, se obtenga evidencia que no se obtendría normalmente, tal y como se lo mencionó en la sección anterior.

En arbitraje, los tribunales tienen su propia herramienta para la obtención de prueba, ya sea siguiendo las reglas del *International Bar Assosiation* para producción de prueba (desde ahora IBA)⁸ o incluso otro tipo de reglas acordadas por la voluntad de las partes. No obstante, el *discovery*, al proporcionar una amplitud mayor a aquella que se encuentra en el arbitraje, se convirtió rápidamente en una herramienta deseable para poder ir más allá de las posibilidades que nos brindan estos procedimientos. Con todo esto, la aplicación del 28 U.S.C §1782 permitía la obtención de medios probatorios con mucha más amplitud que lo usualmente obtenido en jurisdicciones fuera de los EE. UU. Esto se convirtió en una ventaja para la parte cuya residencia o nacionalidad no era de los EE. UU., frente a la parte que si era nacional o que residía en este país.

2.1. ¿POR QUÉ FUE NECESARIA LA INTERPRETACIÓN POR PARTE DE LA CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA?

Las razones son varias para precisar una interpretación del 28 U.S.C §1782, desde la falta de claridad de su aplicación hasta la notable desventaja de los ciudadanos estadounidenses frente a individuos de otras nacionalidades. No obstante, a nuestra consideración, la principal causa para que fuese necesaria la interpretación fueron las continuas interpretaciones contradictorias realizadas bajo las cortes

7 Chevron Corporation, N. 3.

8 Así se trata de conciliar dos sistemas probatorios diferentes: por un lado el *civil law*, donde se depende de la voluntad de los intervinientes, y por otro lado el *common law* que obliga a la parte requerida a revelar absolutamente todo.

de diversos circuitos. En específico, los circuitos Cuarto y Sexto, por un lado; y los circuitos Segundo, Quinto y Séptimo, por otro lado.

En cuanto al Sexto Circuito, en su Decisión No. 19-5317, sostuvo que el 28 U.S.C §1782 sí permite el uso del *discovery* para el arbitraje comercial privado dado el contexto legal e histórico, así como las definiciones y el uso de lenguaje comunes en cuanto a la palabra “tribunal”⁹. Mientras que el Cuarto Circuito, si bien se basó en la decisión del sexto circuito, hizo notar que una versión anterior del 28 U.S.C §1782 tenía una limitación expresa en cuanto se refería a: “procedimientos judiciales pendientes en cualquier tribunal de un país extranjero”¹⁰. Entonces, según el Cuarto Circuito, la versión actual del 28 U.S.C §1782 es mucho más amplia y, por lo tanto, abarca a foros de arbitraje privados¹¹.

En cambio, las decisiones de los circuitos Segundo, Quinto y Séptimo sostienen que la decisión de *Intel c. AMD* no tiene un impacto real en el análisis de la aplicación del 28 U.S.C §1782 ante los tribunales privados de arbitraje. Asimismo, el Séptimo Circuito en *Servotronics, Inc. c. Rolls Royce*, al realizar un análisis más profundo, se basó en las definiciones de “tribunal” tomadas del diccionario. También tomó en cuenta los contextos legales en concordancia con la Ley Federal de Arbitraje, y de lo antedicho concluye que un “tribunal extranjero o internacional”, en el sentido del 28 U.S.C §1782, es un tribunal patrocinado por el Estado, sea este un órgano gubernamental o cuasi-gubernamental¹².

Como se desprende del análisis realizado de las decisiones de las cortes de circuito, hay una clara división en otorgar o no el *discovery* a los arbitrajes privados. El principal punto de discusión es si un tribunal arbitral podría o no encajar dentro de lo prescrito en el 28 U.S.C §1782, en cuanto no existía una clara delimitación sobre el alcance de la palabra “tribunal” dentro de la mencionada sección. Por ello, este asunto se convirtió en una de las causas más

9 Abdul Latif Jameel Transp. Co. c. Fedex Corp. (In re Application to Obtain Discovery for Use in Foreign Proceedings), 939 F.3d 710 (6th Cir. 2019).

10 28 U.S.C. §1782(a). (1958 ed.).

11 *Servotronics, Inc. c. Boeing Co.*, 954 F.3d 209 (4th Cir. 2020).

12 *Servotronics, Inc. c. Rolls-Royce PLC*, 975 F.3d 689 (7th Cir. 2020).

importantes para que la Corte Suprema de EE.UU. decida intervenir, pues se podría utilizar el *discovery* abusivamente y a conveniencia según el circuito en donde se solicitaba.

3. LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

3.1. DEFINICIÓN DE TRIBUNAL EXTRANJERO Y TRIBUNAL INTERNACIONAL, Y OTRAS CONSIDERACIONES

Esta es una de las cuestiones principales que la Corte Suprema de EE.UU. resolvió ante la notoria ambigüedad y discrepancia que existía en las decisiones de los tribunales de circuito. No había claridad en cuanto a si los términos “tribunal extranjero” y “tribunal internacional” hacen referencia a un órgano jurisdiccional privado o a un órgano “imbuido de autoridad gubernamental¹³”. En ese sentido, surge la siguiente pregunta: ¿se puede solicitar el *discovery* bajo el 28 U.S.C §1782 en un proceso conocido por un “tribunal” de arbitraje en un país extranjero? Si este panel de arbitraje puede ser un “tribunal” bajo el 28 U.S.C §1782: ¿qué características debe cumplir? Estas son las cuestiones que la Corte Suprema buscó resolver mediante su decisión y así traer uniformidad en los criterios de los tribunales de circuito.

En el caso de *Intel* se estableció que el 28 U.S.C §1782 permite el *discovery* en los EE. UU. no solo con relación a casos judiciales, sino también con procedimientos regulatorios y administrativos¹⁴. Sin

13 ZF Automotive US, INC., N. 5.

14 *Intel*, N. 4. El razonamiento de la Corte Suprema fue impulsado en gran medida por el lenguaje estatutario. Las enmiendas de 1964 a la Sección 1782 eliminaron el requisito de que el procedimiento extranjero fuera “judicial”, lo que significaba que los tribunales de investigación o reglamentarios también estaban cubiertos. El razonamiento de la Corte Suprema para tratar a un organismo de investigación o regulador como un “tribunal” a los efectos de la Sección 1782 se centró en la naturaleza del D-G: específicamente, acepta presentaciones de pruebas y es un “tomador de decisiones en primera instancia”. Por esa razón, la Corte Suprema no vio ninguna razón para excluirlo de la clase de “tribunales” para los cuales se dispone del descubrimiento de la Sección 1782.

Del mismo modo, al rechazar la afirmación de que la Sección 1782 solo permite la presentación de documentos que serían detectables en el foro extranjero, la Corte subrayó que el Congreso había liberalizado el estatuto en 1964, de modo que si tenía la intención de imponer una restricción al alcance del descubrimiento, lo habría proporcionado.

embargo, antes de *Intel* en el Segundo y Quinto Circuito se sostenía que el 28 U.S.C §1782 solo puede ser invocada para ayudar a los tribunales patrocinados por el gobierno, con independencia de si trata de tribunales, agencias o foros de arbitraje patrocinados por el gobierno o creados por un acuerdo intergubernamental¹⁵. Esto en cuanto al razonamiento de los circuitos que no permiten la aplicación del *discovery* para el arbitraje, pero el razonamiento de los circuitos que si lo permiten cambia debido a la decisión de *Intel*.

Es importante mencionar que con base en la decisión citada se dieron tres posiciones: (i) no existió ningún cambio en los circuitos segundo y quinto en no permitir el uso del *discovery* para tribunales arbitrales, (ii) se abrió la puerta al uso en arbitraje comercial al considerarse como una primera instancia; y, (iii) se da un análisis funcional, en donde se realiza un examen de cada caso. Esto último tomó relevancia a partir del 2012, donde el undécimo Circuito respaldó el enfoque de que un tribunal de arbitraje se podría calificar como un “tribunal” para el propósito dl 28 U.S.C §1782¹⁶.

En busca de examinar a la segunda posición, nos basaremos en cuatro factores característicos que un órgano arbitral debe tener para poder aplicar este enfoque de funcionalidad. Estas características son las siguientes: (i) la decisión del foro arbitral está sujeta a revisión judicial, (ii) el tribunal está dotado de autoridad para determinar responsabilidades, (iii) se permite la obtención y presentación de pruebas; y, (iv) el tribunal arbitral actúa como decisor de primera instancia. No obstante aquello, según la opinión del Undécimo Circuito, no se requería que la revisión judicial cumpliera con ningún estándar de dicha naturaleza. Solo bastaba con que la revisión judicial fuera similar a la que realizan los tribunales de revisión en virtud de la Ley Federal de Arbitraje¹⁷.

En su decisión, la Corte Suprema de EE.UU. no optó por este enfoque de funcionalidad al justificar que la norma no se refiere a un tribunal de forma aislada, en tanto se debería leer completa la frase “tribunal extranjero”, lo que permite aclarar que: “un tribunal **extranjero** es aquel que tiene connotaciones gubernamentales o

15 National Broadcasting Co., Inc. c. Bear Stearns & Co., Inc., 165 F.3d 184 (2d Cir. 1999).

16 Undécimo Circuito, Consorcio Ecuatoriano de Telecomunicaciones vs. JAS Forwarding, Inc., 685 F.3d 987 (11th Cir. 2012).

17 Ídem.

soberanas”¹⁸ [el énfasis nos pertenece]. Es decir, el tribunal debe poseer autoridad soberana la cual es conferida por un Estado. De igual manera, se complementaría con la referencia al uso de un procedimiento preestablecido, puesto que se presumiría que este procedimiento sigue las reglas y prácticas de un país extranjero. Esto no sería compatible con el arbitraje, en donde las partes *privadas* son las que determinan sus propias reglas de procedimiento dentro del propio proceso arbitral.

En cuanto a si un tribunal es *internacional*, la reflexión de Corte Suprema de EE.UU. indica que no basta con dos o más nacionalidades involucradas, como sería en el caso del arbitraje comercial donde los árbitros pueden tener distintas nacionalidades. De hecho, se refiere a que concierne a dos o más *naciones*, lo que significa que estas naciones le han otorgado a un tribunal el poder para poder resolver disputas. Así, la Corte Suprema de EE.UU. concluye que se trata de tribunales con autoridad gubernamental, y aquí la Corte hace una interesante apreciación:

Una lectura amplia de §1782 abriría las puertas de los tribunales de distrito a cualquier persona interesada que busque asistencia para los procedimientos ante cualquier órgano de adjudicación privado, una categoría lo suficientemente amplia como para incluir todo, desde un panel de arbitraje comercial hasta el tribunal disciplinario estudiantil de una universidad. [...] ¿Por qué el Congreso prestaría los recursos de los tribunales de distrito para ayudar a los organismos puramente privados que resuelven disputas puramente privadas en el extranjero¹⁹?

Además, la Corte Suprema de EE.UU. razona que el descubrimiento previo no está disponible bajo la Ley de Arbitraje americana, pero ampliamente disponible bajo el 28 U.S.C §1782²⁰. Por lo tanto, interpretar el 28 U.S.C §1782 para alcanzar al arbitraje privado crearía un notable desajuste entre el arbitraje extranjero y el nacional. Para ello, se respalda en la observación del Séptimo Circuito²¹ que concluye que, “es difícil encontrar una justificación

18 ZF Automotive US, INC., N. 5.

19 Ídem.

20 Intel, N. 4, p. 259 (que sostiene que el descubrimiento está disponible para su uso en procedimientos “dentro de una contemplación razonable”).

21 Servotronics, N. 12.

para dar a las partes en arbitrajes privados extranjeros un acceso tan amplio a la asistencia de descubrimiento de tribunales federales en los Estados Unidos, al tiempo que se impide dicha asistencia de descubrimiento para litigantes en arbitrajes nacionales.”

Finalmente, sobre el argumento de que el arbitraje se rige por la norma de la sede, la Corte Suprema indica que:

Luxshare sugiere débilmente que un panel arbitral comercial como el panel DIS califica como gubernamental tanto como la ley del país de su sede (aquí, Alemania) rige algunos aspectos del arbitraje y el papel de los tribunales en la aplicación de los acuerdos de arbitraje. Véase Brief for Respondent en No. 21–401, págs. 26–27; Boeing, 954 F.3d, en 213–214. Pero las entidades privadas no se convierten en gubernamentales porque las leyes las gobiernan y los tribunales hacen cumplir sus contratos, lo que borraría cualquier distinción entre los órganos de adjudicación privados y gubernamentales. La definición inverosímilmente amplia de Luxshare de un órgano de adjudicación gubernamental no es más que un intento de ejecución final alrededor del límite de §1782.

Queda claro que, al menos en el arbitraje comercial internacional, la Corte Suprema de Justicia ha encontrado más de una razón para no considerar aplicable la regla del *discovery* del 28 U.S.C §1782.

3.2. ARBITRAJE DE INVERSIONES, INVERSIONISTA-ESTADO

En relación con el arbitraje de inversiones, surge la duda de si en este podría seguirse usando el 28 U.S.C §1782, ya que en este tipo de arbitraje las partes intervinientes involucran necesariamente a un Estado. Por una parte, tenemos a un inversionista, que es un privado; y por otro lado tenemos a un Estado, que es soberano. Además, el instrumento en donde se encuentra contenida la obligación, o posibilidad de utilizar el arbitraje como método alternativo de resolución de controversias de un caso en específico, lo encontramos en un instrumento internacional celebrado entre Estados soberanos, por lo que se podría concluir que dicho instrumento internacional le atribuye al tribunal de cierta autoridad gubernamental. Este hecho, se podría considerar como uno de los argumentos centrales

para atribuir a este tipo de arbitraje la posibilidad de hacer uso del 28 U.S.C §1782. La opción de arbitrar no está contenida dentro un contrato privado, sino que parte de la voluntad de Estados por lo que se llegaría a la conclusión de que en estos casos el arbitraje es intergubernamental.

Sin embargo, esta no es la línea de pensamiento de la Corte Suprema de EE.UU. porque su análisis se centra en la posibilidad que tienen los Estados para estructurar la resolución de disputas inversionista-Estado en la forma que ellos estimen como la mejor, sin que ello conlleve el ejercicio de una jurisdicción nacional. Cabe indicar que según lo dicho en *BG Group c. Argentina*, se calificó a los tratados de protección de inversiones (en adelante TBI) como un tipo de contrato entre Estados al darse la opción de acudir a las cortes nacionales para anular el laudo y en consecuencia el que estas cortes puedan interpretar la voluntad de las partes de someterse a arbitraje²². Con esto se concluiría que el Estado tiene la intención de dar a los inversionistas la posibilidad de presentar los conflictos sobrevinientes ante un cuerpo gubernamental preestablecido, a diferencia de un tribunal ad-hoc que no es pre-existente a la disputa, y al que el TBI no podría otorgarle competencias gubernamentales a pesar de ser el Estado una de las partes.

La Corte Suprema de EE.UU. indicó que para que el tribunal posea atribuciones gubernamentales no debe ser creado por el tratado, ni debe depender de reglas establecidas por los Estados sin afiliación oficial a los gobiernos²³.

En este punto, la Corte Suprema de EE.UU. toma en consideración dos casos para respaldar su argumentación: (i) el caso del banco SNORAS nacionalizado por Lituania y el Fondo Ruso para la Protección de Derechos de Inversionistas en Países Extranjeros; y, (ii) la disputa sobre el barco canadiense "*I'm Alone*", el cual fue la derivación de un TBI entre los EE. UU. y Gran Bretaña²⁴. El punto de discusión central es si los tratados por los cuales se instrumentan la resolución de cada disputa respectivamente otorgarían el poder de ejercer autoridad gubernamental.

22 *BG Group PLC. c. Republic of Argentina*, 572 U.S 25 (2013).

23 *ZF Automotive US, INC.*, N. 5.

24 *Ídem*.

En el primer caso, lo que el Fondo sugería era que la inclusión de varias formas de arreglar las disputas sobrevinientes dentro del TBI convertirían al tribunal ad-hoc²⁵ en uno con autoridad gubernamental. No obstante, lo que Corte Suprema de EE.UU. manifiesta es que esto solo reflejaría la intención de los Estados de ofrecer a los inversionistas varias opciones para resolver sus disputas, con el fin de hacer más atractiva la inversión extranjera, al ofrecer condiciones más favorables; en este caso llevar una disputa a un panel de arbitraje privado. Así, la Corte Suprema de EE.UU. concluye que un organismo no tiene autoridad gubernamental por el mero hecho de que las naciones acordaran someterse ante él, sino que debe constar de forma expresa que las naciones firmantes tienen la intención de investir de autoridad gubernamental al tribunal de arbitraje ad-hoc²⁶.

La Corte Suprema de EE.UU. analiza el segundo caso del barco “*Im Alone*”, que marca una diferencia con respecto al caso anterior. En el tratado que resolvió este conflicto se especificó que cada soberano participaría en la formación de los organismos de decisión, y lo hacen en este caso con la creación de la Comisión Mixta de Reclamaciones. Asimismo, se especifican otras cuestiones como dónde se reuniría la comisión, el método de financiación, la ayuda de otros funcionarios en los procedimientos, entre otras cosas. Todo esto hace explícito el otorgamiento de la autoridad gubernamental a dicho tribunal, creado específicamente para resolver la disputa mencionada, pues la intervención de los Estados es mucho más fuerte²⁷.

3.3. IMPLICACIÓN DE LA DECISIÓN EN LAS CONTROVERSIAS BAJO EL CONVENIO CIADI

La aplicación de esta decisión a las disputas bajo el convenio CIADI merecen un examen adicional, ya que la decisión de la Corte Suprema de EE.UU. en particular es sobre los arbitrajes ad-hoc

25 Esta forma fue la escogida por el fondo, de entre cuatro opciones, la cual se realizó bajo las reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

26 *Alixpartners, llp, Et Al., c. The Fund for Protection of Investors' Rights in Foreign States*. 596 U.S (2022).

27 Ídem.

entre inversor-Estado regidos bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (desde ahora CNUDMI), sin mencionar qué pasaría con los arbitrajes realizados bajo el convenio CIADI.

Esta distinción deviene del propio instrumento internacional que da origen al CIADI, pues crea una institución permanente donde los laudos resultantes tendrán carácter de sentencias definitivas y son vinculantes como cuestión de derecho público en todos los Estados miembros de este convenio.

Como se mencionó previamente, la interpretación de Corte Suprema de EE.UU. sobre la aplicación del 28 U.S.C §1782 solo sería aplicable para los tribunales extranjeros o internacionales dotados de autoridad gubernamental o cuasi-gubernamental. En ese sentido, y con respecto a la naturaleza de los arbitrajes realizados bajo el convenio CIADI, nace la siguiente duda: ¿Es posible que los tribunales inversionista-Estado del CIADI sean considerados como tribunales internacionales? ¿Qué pasa con los arbitrajes Estado-Estado realizados bajo el Convenio CIADI?

Para poder resolver estas inquietudes, es menester analizar el alcance del Convenio CIADI en cuanto a si se imbuiría de autoridad gubernamental a los tribunales constituidos por este Convenio. Así, el artículo 54 (1) del Convenio, prescribe lo siguiente:

(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo **como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado**. El Estado Contratante que se rija por una **constitución federal** podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y **podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran**²⁸ (el énfasis nos pertenece).

28 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (1966), Artículo 54(1).

Con base en este artículo, se puede decir que los tribunales de arbitraje CIADI tendrían cierta autoridad gubernamental al ser sus decisiones iguales en todo sentido a una decisión judicial emitida dentro de cualquier Estado suscriptor del Convenio. Esta idea se ve reforzada por el Informe de los Directores Ejecutivos, los cuales son los representantes de los países signatarios, acerca del Convenio en cuanto: “[s]e puede presumir que cuando un Estado acuerdan acudir al arbitraje y no se reserva el derecho de acudir a otras vías [o de exigir su agotamiento], la intención de las partes es acudir al arbitraje con exclusión de cualquier otro procedimiento”²⁹. Esto reforzaría aún más la idea de un tribunal constituido mediante el CIADI tendría autoridad gubernamental sin la necesidad de realizar actuaciones similares al caso del barco “*Tim Alone*”. Así pues, el arbitraje se vuelve la única jurisdicción para resolver determinadas disputas.

Al respecto, la respuesta a estos cuestionamientos ha sido de alguna forma absuelta con la reciente decisión de la Corte Distrital de Nueva York al anular órdenes que otorgaban el *discovery* en auxilio de un reclamo CIADI bajo el Tratado de Inversiones de Malta. En dicha decisión, la Corte indicó que un Tribunal CIADI carecía de autoridad internacional allanándose a la decisión de la Corte Suprema de EEUU.

No obstante, y en vista de que otras Cortes de EEUU podrían resolver de manera diferente como en el pasado, habrá que estar atentos a si el criterio de la Corte de Nueva York es asumido por las otras Cortes de Distrito.

4. CONSECUENCIAS DE ESTA DECISIÓN

En este punto queda claro que la decisión tomada por la Corte Suprema de EE.UU. tiene implicaciones reales para la aplicación del *discovery* en procedimientos que pertenecen a foros de los cuales no se encuentran dotados de autoridad gubernamental y en específico para el arbitraje internacional. Esta decisión de la Corte Suprema de EE.UU. a nuestro criterio obedece a las siguientes

²⁹ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio (1966). párr. 32., pp. 45-46.

consideraciones: (i) se da una mayor claridad y menor carga para los jueces estadounidenses, (ii) se nivela el terreno de juego para arbitrajes nacionales e internacionales, (iii) se corrige una eventual desventaja de ciudadanos y residentes estadounidenses frente a otros nacionales intervinientes en el arbitraje internacional; y, (iv) se refuerza una posición internacional contraria al arbitraje de inversiones y coincidente con las nuevas tendencias de reforma y regulación como es el caso de la Unión Europea o los esfuerzos del Grupo III de CNUDMI.

Las enmiendas de 1964 a la Sección 1782 junto con la decisión *Intel Corp. c. Advanced Micro Devices, Inc* posibilitaron una interpretación favorable a la aplicación del *discovery* a un arbitraje internacional, al eliminar la palabra “judicial” cuando se referían a un procedimiento extranjero. Así se obtuvieron varias interpretaciones en las diferentes cortes de distrito en las cuales se negaba o autorizaba la utilización del *discovery* sin tener una línea jurisprudencial clara. Como consecuencia de la decisión de la Corte Suprema de EEUU, a partir de ahora existirá una uniformidad de criterios por parte de los tribunales federales al momento de otorgar o no el *Discovery* para los casos de arbitraje comercial internacional.

De igual forma, se nivela el terreno de juego entre la prueba que pueden obtener las partes en un arbitraje nacional frente a un arbitraje internacional, ya no teniendo la desventaja el arbitraje nacional por la normativa que lo rige.

Se elimina la eventual desventaja de ciudadanos y residentes estadounidenses frente a sus contrapartes de otros países cuyas jurisdicciones no contemplan la figura del *discovery* en función de lo cual se concreta de facto un desnivel en la obtención de la prueba que incidirá en el resultado del arbitraje.

Finalmente, la decisión sobre el 28 U.S.C §1782 indica una posición política tendiente a limitar las prerrogativas que han adquirido los arbitrajes de inversiones, coincidente con posiciones como la de la Unión Europea frente a los arbitrajes de inversiones, concretamente en el expuesto en sentencia del caso “Achmea”³⁰,

30 *Vid.* Asunto Achmea, C-284/16 Disponible en: <<https://bit.ly/3gEcz5p>>.

donde se demuestra que la posición de la: “Unión Europea en relación al arbitraje de inversiones es actualmente contraria al mantenimiento de un sistema arbitral [...] por considerarlo un sistema generador de problemas, exento del debido control y poco transparente, coherente y fiable”³¹. Con base en ello, la propuesta de la UE es crear un tribunal multilateral de inversiones, convirtiéndose este en un sistema institucionalizado y judicializado.

4.1. ¿AFECTA ESTO AL ARBITRAJE?

Consideramos que no existe una afectación como tal a los procesos arbitrales, dado que estos tienen su propio mecanismo y procedimiento para la producción de prueba como es el caso son las reglas IBA sobre la producción de prueba o incluso aquellas que sean aplicables por el propio acuerdo de las partes haciendo uso de la manifestación de su voluntad. Si bien es cierto que el 28 U.S.C §1782 daba un acceso amplio a la prueba, incluso a la protegida por preceptos legales, se utiliza esta herramienta una pequeña parte de todos los arbitrajes realizados a nivel mundial.

Como ejemplo, y en referencia a las estadísticas del CIADI³², los arbitrajes relacionados con inversiones que tienen partes estadounidenses ya sean demandantes o demandados, son el 16% de todos los casos llevados por el CIADI desde su creación. Asimismo, de los 888 casos que ha manejado el CIADI en este período, y si se separan los casos registrados por regiones según el Estado parte de que se trate, las principales son Europa Oriental y Asia Central, América del Sur y África Sub-Sahariana con el 26%, 22% y 15% respectivamente. Mientras que América del Norte, que comprende Canadá, EE. UU y México, solo tiene el 5%³³.

31 B. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, “Protección de las inversiones en la Unión Europea: el fin del arbitraje de inversiones (de la sentencia “Achmea” a la propuesta de un tribunal multilateral de inversiones)” *Revista Electrónica de Direito*; Vol 21, No 1, 2020.

32 Es menester mencionar que estas cifras no demuestran la totalidad de arbitrajes entre inversionistas-estado realizados alrededor del mundo. Existen otros foros como la Corte Permanente de Arbitraje que también maneja estos casos. Asimismo, hay que tomar en cuenta que existen arbitrajes que gozan de confidencialidad y no han sido divulgados por decisión de las partes.

33 Carga de Casos del CIADI-Estadísticas. Edición 2022-2. <<https://bit.ly/3GRfVwM>> (07/10/2022).

5. CONCLUSIÓN

Como se expuso a lo largo de este texto, la 28 U.S.C §1782 que permite el *discovery* tuvo su impacto, y fue de gran ayuda para los arbitrajes que así lo solicitaron. En Ecuador, incluso lo vivimos de primera mano en un caso icónico como es el caso Chevron. Entonces, si bien se da una clara limitación para la aplicación en ciertos tipos de arbitraje, aún quedan interpretaciones por realizar. Además, quedan muchos otros métodos para la producción de prueba dentro de los procedimientos arbitrales.

Es interesante tomar en cuenta que la decisión tomada por la Corte Suprema de EE.UU. se da frente a un clima de limitación y control de arbitrajes de inversión del que no es ajeno el gobierno de Estados Unidos de América. Este hecho se refleja, por ejemplo, en la forma en que se negoció el nuevo acuerdo con Canadá y los Estados Unidos Mexicanos.

Por otro lado, propuestas de conformar tribunales de inversiones como aquella liderada por la Unión Europea, harían que nuevamente la discusión en las cortes estadounidenses se dé, en vista de que los tribunales propuestos se acercan más al concepto de tribunales gubernamentales que al de tribunales arbitrales.

