



Guatemala, 19 March 2015

Dear Mr. Chairman,

Since the beginning of this dispute, Guatemala has repeatedly expressed concern about the United States' efforts to deny basic due process rights to Guatemala throughout the course of these proceedings. In its rebuttal submission, the United States has continued such efforts, which further undermine not only Guatemala's due process rights, but also the authority of the Panel and the credibility of the new CAFTA-DR dispute settlement mechanism as a whole.

The United States has argued that the information that it has redacted from the exhibits submitted to the Panel and to Guatemala – information that forms the fundamental basis of its claims – cannot be disclosed to Guatemala or even to this Panel. Yet, in its rebuttal submission, the United States acknowledges providing the non-redacted versions of the Exhibits to the Secretary-General of ICSID and her staff. The ICSID Secretary-General and her staff are members of the general public for purposes of this dispute.¹ By voluntarily disclosing this information to members of the general public, the United States should be precluded from continuing to assert its claim of confidentiality before this Panel. There is now absolutely no basis for the United States to continue to refuse to provide the information to this Panel and to Guatemala.

The United States' latest actions confirm that the real reason for its refusal to provide the non-redacted exhibits to the Panel and to Guatemala is not a concern about confidentiality, but rather a desire to prevent Guatemala from being given the full opportunity to defend its interests and to prevent the Panel from objectively assessing the matter before it.

Indeed, the United States is essentially asking the Panel to abdicate its fact-finding responsibilities in favor of outside persons (in this case, the ICSID Secretary-General and her staff).² Put simply, the United States wants its own hand-selected outside persons to evaluate the veracity of the evidence it is submitting in these CAFTA-DR proceedings, when that evaluation clearly falls within the in-delegable functions of this Panel. Imagine if the inverse scenario were to occur, in which Guatemala were to refuse to provide a non-redacted exhibit to the Panel and the United States, and then ask the Registrar of the International Court of Justice or a staff member of another intergovernmental organization to evaluate the veracity of the information in the exhibits. Surely, the United States Government would not stand idle and allow a panel to condemn it on the basis of documents that its attorneys, or the panel itself, have not seen. If the United States is not willing to accept such an outcome for itself, why should it be allowed to insist on this outcome for other countries?

¹ In addition, as the ICSID Secretary-General and her staff are not even included in the list of Authorized Persons submitted by the United States to this Panel, the United States has failed to abide by Rule 4 of Appendix 2 of the Model Rules of Procedures. The U.S. Rebuttal Submission and Exhibit US-170 do not even describe any special procedures adopted by the United States to secure the confidentiality of the information.

² See, for example, U.S. Rebuttal Submission, paras. 95 and 108.



It is this Panel's duty to ensure that these proceedings are conducted with impartiality and to safeguard the due process rights of both Parties to the dispute, including Guatemala's. As the

WTO's adjudicatory bodies have aptly stated, "the protection of due process is an essential feature of a rules-based system of adjudication," and "[d]ue process protection guarantees that the proceedings are conducted with fairness and impartiality, and that one party is not unfairly disadvantaged with respect to other parties in a dispute."³ Due process entails providing Guatemala with an adequate opportunity to respond to the evidence submitted.⁴ That opportunity must be meaningful in terms of Guatemala's ability to defend itself.⁵ The Panel has acknowledged that these principles of due process are applicable in these proceedings.⁶ The Panel has also acknowledged that "a consequence of the United States' redactions could be an inability for Guatemala to verify or refute the accuracy and truthfulness of certain exhibits submitted by the United States";⁷ and that "[t]he anonymity of a witness may conceal possible motives or characteristics of a witness that affect the reliability of his or her evidence" and "[i]f the reliability of a witness remains unexamined, a decision can be unfair".⁸ Yet, up to now, the Panel has taken no action to give effect to these principles.

Moreover, the United States is asking this Panel to accept a situation that the United States' own courts would find intolerable. In the United States, if the Government chooses to introduce the allegations of an employee as evidence in the proceedings against an employer, the employer would have the due process right to learn the identity of the employee who made the statement and cross examine him on any prior statements.⁹

For all these reasons, and in light of the continuing due process violations by the United States, Guatemala must now respectfully insist that the Panel not afford any probative value to the redacted versions of the exhibits that have been submitted by the United States. Guatemala must be given an opportunity to verify the veracity and accuracy of the evidence being offered against it by the United States, the same evidence the United States has no problem showing to members of the public.

Indeed, it is of grave concern to note that the United States has further exacerbated the unfairness by providing an additional 63 redacted exhibits in its rebuttal submission. There are now 198 redacted exhibits (out of 236 total) submitted by the United States to which the Panel or Guatemala do not have access.

³ Appellate Body Reports, *US / Canada – Continued Suspension*, para. 433.

⁴ Appellate Body Report, *Australia – Salmon*, para. 272.

⁵ Appellate Body Report, *US – Gambling*, para. 270.

⁶ Ruling of February 26, 2015, para. 47.

⁷ Rulings of February 26, 2015, para. 63.

⁸ Ruling of February 26, 2015, para. 57.

⁹ *N. L. R. B. v. Seine & Line Fishermen's Union of San Pedro*, 374 F.2d 974, 978 (9th Cir. 1967); see also Fed. R. Civ.



These are the first proceedings brought under Chapter 16 of the CAFTA-DR. The credibility of this new dispute settlement process rests on this Panel's ability to ensure that the proceedings are impartial and that the Parties' due process rights are respected without favoritism. The United States' deliberate disregard of basic principles of due process in these proceedings, if

unanswered, will seriously jeopardize the credibility of CAFTA-DR's dispute settlement procedures, not to mention dispute settlement procedures the United States has or will put in place in its current and future free trade agreements.

The damage done by the United States' actions does not stop with the CAFTA-DR and other free trade agreements. The United States has also put the ICSID Secretary General and her staff in a truly unfortunate situation in which, apparently contrary to internal staff regulations¹⁰, they have taken sides in a State-to-State dispute between two of ICSID's member countries. ICSID's favoring of the United States in this dispute will only result in complaint to and criticism of the ICSID Secretary General and her office.

Guatemala wants to make it clear that it was not consulted about, and certainly did not agree to, the involvement of ICSID's Secretary General and her staff in these proceedings. Furthermore, Guatemala trusts that this Panel had no involvement in the United States' decision to enlist ICSID's support for its case, as Guatemala is not aware of any approval granted to the United States by the Panel to seek assistance from the ICSID Secretariat General. Nonetheless, in order to avoid any misperceptions, Guatemala respectfully requests that the Panel confirm for the record that the United States has acted unilaterally in engaging the ICSID Secretary General, and that neither the Panel nor its members communicated with ICSID or the United States regarding the facts described in paragraph 25 of the U.S. Rebuttal Submission and Exhibit USA-170.

Finally, as the United States has now voluntarily and publicly disclosed the non-redacted version of the exhibits mentioned in paragraph 25 of the U.S. Rebuttal Submission, Exhibit USA-170 and Exhibit USA-188 (collectively the "disclosed exhibits"), Guatemala respectfully requests that the Panel instruct the United States to provide the same full non-redacted version of the publicly disclosed exhibits to the Panel and Guatemala. In the event the United States fails to provide the Panel and Guatemala with the disclosed exhibits, Guatemala must insist that the Panel do not afford any probative value to the redacted versions of the exhibits that have been

¹⁰ Principle 3 of the World Bank Staff Manual requires that staff members :

- respect the international character of their positions and maintain their independence by not accepting any instructions relating to the performance of their duties from any governments; and
- conduct themselves at all times in a manner befitting their status as employees of an international organization. They shall not engage in any activity that is incompatible with the proper discharge of their duties with the Organizations. They shall avoid any action and, in particular, any public pronouncement or personal gainful activity that would adversely or unfavorably reflect on their status or on the integrity, independence and impartiality that are required by that status[.]



Gobierno de Guatemala

Ministerio de Economía

submitted by the United States, for the sake of fairness to Guatemala in these proceedings, and of establishing credibility for the CAFTA-DR Chapter 16 dispute settlement process.

Sincerely yours,


Alexander Cutz
DIRECTOR
Dirección de Administración
del Comercio Exterior



**TRADUCCIÓN LIBRE DE CORTESÍA
DOCUMENTO ORIGINAL EN INGLÉS
EN CASO DE DISCREPANCIA, PREVALECE LA VERSIÓN EN INGLÉS**

Guatemala, 19 de marzo de 2015

Señor Presidente

Desde el comienzo de esta disputa, Guatemala ha expresado de manera reiterada su preocupación en cuanto a los esfuerzos que ha hecho EEUU para denegarle a Guatemala su derecho al debido proceso, en el transcurso del presente proceso. En su escrito de réplica, los EEUU ha continuado con dichos esfuerzos, lo que nuevamente menoscaba, no solo el derecho al debido proceso de Guatemala, sino que también la autoridad del Grupo Arbitral y la credibilidad del nuevo mecanismo de solución de controversias del CAFTA-DR en su totalidad.

Estados Unidos ha argumentado que la información que ha tachado en sus medios de pruebas, y que han sido suministrados al Grupo Arbitral y a Guatemala – información que es parte fundamental para la base de su demanda- no puede ser revelada a Guatemala o siquiera al Grupo Arbitral. Sin embargo, en su escrito de réplica, los Estados Unidos reconoce haber suministrado versiones completas de los medios de prueba a la Secretaria General del CIADI y su personal. El Secretario General y el personal del CIADI son miembros del público general para los propósitos de esta disputa.¹ Al revelar voluntariamente esta información a miembros del público general, EEUU no tiene razón para seguir usando su argumento afirmando su alegato de confidencialidad ante este Grupo Arbitral. Ahora EEUU no tiene ninguna base para continuar negándose a proveer la información al Grupo Arbitral y a Guatemala.

Las últimas actuaciones de EEUU confirman que la razón real de negarse a proveer la información tachada al Grupo Arbitral y Guatemala, no es una preocupación de confidencialidad, sino más bien un deseo de prevenir que Guatemala tenga una oportunidad completa de defender sus intereses, y de prevenirle al Grupo Arbitral de conocer de manera objetiva la información que se le presenta.

Efectivamente, EEUU esencialmente le está solicitando al Grupo Arbitral que prescinda de su responsabilidad de determinar los hechos en favor de personas ajenas (en este caso, el Secretario General y el personal del CIADI).² Puesto de manera sencilla, EEUU quiere seleccionar “a dedo” a personas ajenas a este proceso para evaluar la veracidad de la evidencia que está suministrando en este proceso bajo CAFTA-DR, cuando dicha evaluación claramente se encuadra den las funciones indelegables que le corresponden a este Grupo Arbitral. Imagínese el escenario invertido, en donde Guatemala se rehusaría de

¹ Adicionalmente, al no estar incluida la Secretaria General y su personal en la lista de personas autorizadas proporcionada por EEUU ante este Panel, los EEUU no ha respetado la Regla 4 del Apéndice 2 de las Reglas Modelo de Procedimiento. El escrito de Réplica y la prueba US-170 ni siquiera describen algún procedimiento especial adoptado por EEUU para asegurar la confidencialidad de la información.

² Véase como ejemplo, Escrito de Réplica de EEUU, párrafos 95 y 108.

proveer una prueba completa al Grupo Arbitral y a los EEUU, y después preguntara a la Corte Internacional de Justicia o algún miembro de otra organización intergubernamental que evalúe la veracidad de la información contenida en los medios de prueba. Lo más probable es que el gobierno de EEUU no permitiría que un Panel los condenara sobre la base de documentos cuyos abogados, o el mismo Panel, no han podido revisar. Si los EEUU no quiere aceptar una situación como la descrita, por qué debería de permitírsele insistir en esto para otros países?

Es la obligación de este Grupo Arbitral de garantizar que estos procedimientos se lleven a cabo de una manera imparcial y de salvaguardar el derecho del debido proceso para ambas Partes involucradas en esta disputa, incluyendo Guatemala. Como lo ha manifestado la OMC “la protección al debido proceso es un elemento esencial en un sistema adjudicativo que se basa en reglas” y “la protección del debido proceso garantiza que los procedimientos sean conducidos con justicia e imparcialidad, y que una Parte no se vea en desventaja con respecto a otras Partes en una disputa.”³ El debido proceso debe garantizar a Guatemala una oportunidad adecuada para responder a la evidencia presentada.⁴

Dicha oportunidad debe ser significativa en cuanto a la habilidad de Guatemala para defenderse.⁵ El Grupo Arbitral ha reconocido que estos principios de debido proceso son aplicables para el presente procedimiento.⁶ El Grupo Arbitral también ha reconocido que “una consecuencia de las modificaciones hechas por EEUU, puede significar que Guatemala no pueda verificar o refutar la veracidad de ciertos medios de prueba presentados por EEUU,”⁷ y que “el anonimato de de un testigo pueda incluir posibles motivos o características de un testigo que pueda afectar la credibilidad de su evidencia” y “si la fiabilidad de un testigo permanece sin ser examinada, una decisión puede llegar a ser injusta”.⁸ Sin embargo, hasta ahora, el Grupo Arbitral no ha tomado ninguna acción para darle efecto a estos principios.

Es más, EEUU está solicitándole al Grupo Arbitral que acepte una situación que no sería tolerada por las cortes de EEUU. En los EEUU, si el gobierno decide introducir alegatos de un empleado como evidencia en un proceso en contra de un empleador, este último tendría el derecho de debido proceso para conocer la identidad del empleado que ha hecho las alegaciones para interrogarlo sobre lo manifestado y examinar cualquier manifestación previa que haya realizado.⁹

Por todas estas razones, y a la luz de la recurrente violación al debido proceso por parte de EEUU, Guatemala respetuosamente insiste que el Grupo Arbitral no puede darle valor probatorio a las versiones incompletas de los medios de pruebas que han sido suministrados por EEUU. A Guatemala se le debe de dar la oportunidad de verificar la veracidad y

³ Informe del Órgano de Apelación, US/Canadá- Mantenimiento de la Suspensión párrafo 433.

⁴ Informe del Órgano de Apelación, Australia-Salmón párrafo 272.

⁵ Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos –Juegos de Azar párrafo 270.

⁶ Resolución de fecha 26 de febrero de 2015, párrafo 47.

⁷ Resolución de fecha 26 de febrero, párrafo 63.

⁸ Resolución de fecha 26 de febrero, párrafo 57.

⁹ N. L. R. B. v. Seine & Line Fishermen's Union of San Pedro, 374 F.2d 974, 978 (9th Cir. 1967); see also Fed. R. Civ. P. 26.

fiabilidad de la evidencia que ha presentado EEUU, la misma evidencia que EEUU ha revelado sin ningún problema a miembros del público general.

De hecho, es preocupante notar que EEUU ha agravado la injusticia al proveer adicionalmente 63 medios de prueba **modificados** como parte de su escrito de réplica. Ahora hay 198 medios de prueba **modificados** (de un total de 236) suministrado por EEUU, a los cuales el Grupo Arbitral y Guatemala no tienen acceso.

Estos son los primeros procedimientos bajo el capítulo 16 del CAFTA-DR. La credibilidad de este sistema de solución de controversias descansa sobre la habilidad de este Panel garantizar que los procedimientos son imparciales y que los derechos al debido proceso de las Partes sean respetados sin favoritismo. La deliberada indiferencia que EEUU muestra en cuanto a principios básicos del debido proceso en este procedimiento, de no tener respuesta, supondrá una seria amenaza a la credibilidad del sistema de solución de diferencias del CAFTA-DR, sin dejar a un lado lo que representa para sistemas de solución de diferencias que EEUU tenga o vaya a introducir en futuros tratados comerciales.

El daño hecho por las acciones de EEUU no se detiene con el CAFTA-DR y otros tratados comerciales. Los EEUU también han puesto al CIADI, a su Secretario General y su personal en una situación desafortunada, ya que han tomado parte en una disputa Estado-Estado, entre países miembros del CIADI, lo que es contrario a las regulaciones internas del personal de dicha entidad.¹⁰ El favoritismo otorgado por CIADI a EEUU en esta disputa resultará en quejas y críticas hacia el Secretario General de esta institución.

Guatemala quiere dejar claro que no se le consultó y nunca aceptó involucrar al Secretario General y sus miembros en estos procedimientos. Guatemala confía en que el Grupo Arbitral ha estado involucrado en la decisión de EEUU de incluir el apoyo del CIADI para este caso, ya que Guatemala desconoce de cualquier acto aprobatorio otorgado por parte del Panel a EEUU para buscar el respaldo del Secretario General del CIADI. Sin embargo, para evitar malentendidos, Guatemala respetuosamente solicita al Grupo Arbitral confirmar que EEUU ha actuado unilateralmente al involucrar al Secretario General del CIADI, y que ni el Grupo Arbitral ni sus miembros se han comunicado con CIADI o EEUU en cuanto a los hechos descritos en el párrafo 25 del escrito de réplica de EEUU y la prueba USA-170.

Finalmente, como EEUU de manera voluntaria y pública ha revelado la información no **modificada** de los medios de prueba mencionados en el párrafo 25 del escrito de réplica, medio de prueba USA-170 y USA-188 (en adelante “los medios de prueba revelados”), Guatemala respetuosamente solicita que el Grupo Arbitral instruya a EEUU a proveer los mismos medios de pruebas revelados y que no están **modificados**, al Grupo Arbitral y a Guatemala; Guatemala debe insistir que el Grupo Arbitral no puede darle ningún valor

¹⁰ Principio 3 del Manual de Personal del Banco Mundial requiere que su personal:

- respeten la característica internacional de sus puestos y que mantengan su independencia al no aceptar instrucciones de cualquier gobierno relacionadas con el desempeño de sus funciones.
- comportarse en todo momento de tal manera que beneficie a su estatus como empleados de una organización internacional. No deberán involucrarse en ninguna actividad que sea incompatible con sus funciones dentro de las Organizaciones. Deberán evitar cualquier acción y, en particular, cualquier pronunciamiento público o alguna actividad personal con beneficio particular, que pueda afectar desfavorablemente en su estatus o en la integridad, independencia e imparcialidad que les es requerida por el estatus que tienen.

probatorio a las versiones modificadas de los medios de prueba que han sido suministrados por EEUU, a fin de evitar una injusticia hacia Guatemala en estos procedimientos, y de establecer credibilidad para el sistema de solución de controversias dentro del capítulo 16 del CAFTA-DR.