

EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT
OFFICE OF THE UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE
WASHINGTON, D.C. 20508

April 6, 2015

In the Matter of Guatemala – Issues relating to the obligations under Article 16.2.1(a) of the CAFTA-DR

Mr. Kevin Banks
Chairman

Dear Mr. Chairman:

The United States thanks the Panel for the invitation to reply to Guatemala's letter of March 19, 2015. In its letter, Guatemala raises concerns related to a declaration by the Secretary-General of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID),¹ provided as an exhibit with the U.S. rebuttal submission. That exhibit provides a confirmation by the Secretary-General, a neutral person, that the redactions made by the United States in certain other exhibits were made consistently across several documents. The exhibit does not otherwise address the content or other aspects of those other exhibits.

Guatemala makes a number of assertions related to the declaration, but a review of these assertions demonstrates that they are unfounded and in many instances appear simply to repeat Guatemala's arguments regarding issues already decided by the Panel.

Guatemala appears to persist in a fundamental misunderstanding from which its other arguments then flow. The United States understands that Guatemala objects to the United States having provided the Secretary-General of ICSID with access to information not submitted in these proceedings – information that had been redacted from the U.S. exhibits. However, Guatemala then proceeds from an inaccurate premise according to which Guatemala treats this redacted information (e.g., the names of particular individuals) as if that information had been submitted in these proceedings though it was not. Put differently, Guatemala mistakenly considers that information not submitted in these proceedings should be treated as though it were submitted. As a result, Guatemala argues that the particular procedures applicable for information that has been submitted and designated as confidential should be applied to information that has not been submitted.

This erroneous approach, which conflates information that has not been submitted with submitted information that has been designated as confidential, is apparent, for example, in Guatemala's statement that "the United States should be precluded from continuing to assert its claim of confidentiality."² Because the information at issue is not before the Panel, it is not designated as "confidential" under the Rules and the United States has not made any "claim of confidentiality" in the sense that would trigger the procedures for the treatment of confidential

¹ USA-170.

² Letter from Guatemala, March 19, 2015, p. 1.

information. Guatemala's error is apparent from the plain text of the Rules.³ The Rules make clear that confidential information is information that is actually submitted to the Panel and is designated by the submitting Party as confidential. The information at issue was not submitted and therefore is not "confidential information" for purposes of the Rules.⁴

Guatemala also contends that "the ICSID Secretary-General and her staff are members of the general public for purposes of this dispute," and that, because the United States permitted the Secretary-General and her staff to review information submitted neither to the Panel nor to Guatemala, the United States must now provide this information to the Panel and to Guatemala. Again, Guatemala conflates two distinct types of information.

Guatemala appears to be proceeding from the concept that if a disputing Party has disclosed "confidential information" to the general public, then that Party could no longer designate the information as confidential. Guatemala may be relying on the sentence in Rule 15 that provides: "Information that may be designated as confidential information is limited to any sensitive factual information that is not available in the public domain." But as explained above, Rule 15 does not apply here. Nor is there any connection between the issue of whether information that *has* been submitted may be designated as confidential and the issue of whether information that *has not* been submitted must be submitted. As the Panel has already explained in its February 26, 2015 *Ruling on Request for Extension of Time to File Initial Written Submission and on the Treatment of Redacted Evidence*: "The wording of Rules 15 and 16 makes it clear that they deal only with information already contained in such documents and not with whether any particular information must be included in them."⁵

As the United States has described in its prior communications and as the Panel has acknowledged, the United States received the statements and documents from individuals in Guatemala on the condition that the United States would not submit the individuals' personally identifiable information in the course of these proceedings.⁶ The individuals provided this condition out of concern that they would be subject to reprisals in Guatemala should their identities become known.⁷ The Panel has accepted that the United States is constrained from sharing this personally identifiable information with Guatemala and the Panel.⁸ Despite

³ For instance, "confidential information" is defined under the Rules as: "information designated as such by a Party in accordance with rule 15." Rule 15 provides in relevant part that: "To the extent it considers strictly necessary to protect confidential information or information described in Article 21.2 (Essential Security), a participating Party may designate, consistent with the procedures set out in Appendix 2, for confidential treatment specific factual information it includes in a Party submission."

⁴ Guatemala's error is similarly reflected in footnote 1 of Guatemala's March 19, 2015, letter. In that footnote, Guatemala invokes paragraph 4 of Appendix 2, but that Appendix does not apply since the information at issue is not "confidential information."

⁵ *Ruling on Request for Extension of Time to File Initial Written Submission and on the Treatment of Redacted Evidence*, para. 43.

⁶ *See, e.g.*, Letter from the United States, December 16, 2014, p. 2.

⁷ *Ruling on Request for Extension of Time to File Initial Written Submission and on the Treatment of Redacted Evidence*, para. 37.

⁸ *Ruling on Request for Extension of Time to File Initial Written Submission and on the Treatment of Redacted Evidence*, paras. 39, 44.

Guatemala's reiterated demand,⁹ the Panel has already decided that the Rules "provide the panel with no authority to instruct the United States to provide the panel and Guatemala with unredacted copies of the exhibits."¹⁰

Insofar as Guatemala is arguing that it is somehow disingenuous for the United States to provide personally identifiable information the United States redacted from its exhibits to the ICSID Secretary-General while not submitting that information here, this argument is equally unavailing. First, contrary to Guatemala's contention, the ICSID Secretary-General and her staff are not "the general public."¹¹ The information was provided to the ICSID Secretary-General and her staff in confidence and not as members of the general public.¹² The United States asked the ICSID Secretary-General and her staff to sign confidentiality agreements and they did so.

It is helpful also to recall that independent and impartial examination of information not submitted to an arbitral tribunal for various purposes in arbitral proceedings is an accepted practice in international arbitration.¹³ Thus, it is clear that providing this information does not amount, in the context of international arbitration, to a public disclosure as Guatemala contends, nor does it amount to "taking sides" as Guatemala attempts to portray it here.¹⁴

The United States is not "asking the Panel to abdicate its fact-finding responsibilities" as Guatemala claims.¹⁵ The declaration of the ICSID Secretary-General does not concern the substance of the information but rather confirms that the redactions made by the United States were made consistently across several documents. The Secretary-General has attested, for example, that the name of the individual labeled by the United States with a particular letter is the same name that appears in certain Guatemalan court and administrative documents or declarations submitted by the United States.

The United States did not suggest that the ICSID declaration would serve to "evaluate the veracity of the evidence [the United States] is submitting."¹⁶ Rather, the United States argued in its rebuttal submission that the Secretary-General's declaration gives the Panel assurances that the redacted information across several official Guatemalan documents matches and that it lends credence to the authenticity of the documents.¹⁷ It remains for the Panel to consider the

⁹ Letter from Guatemala, March 19, 2015, p. 3.

¹⁰ Ruling on Request for Extension of Time to File Initial Written Submission and on the Treatment of Redacted Evidence, paras. 42, 44.

¹¹ Letter from Guatemala, March 19, 2015, p. 1.

¹² The ICSID Secretary-General was chosen on the basis of her independence, trustworthiness, credibility and capability as the head of an intergovernmental organization of which both disputing Parties are members, as the United States indicated in its rebuttal submission. U.S. Rebuttal Submission, para. 25 & accompanying footnotes.

¹³ See, e.g., *Canfor et al v. United States*, Order of the Consolidation Tribunal, September 7, 2005, para. 143, (North American Free Trade Agreement Chapter 11 arbitral tribunal referring to the possible use of a neutral reviewer for handling confidential information); *Eli Lilly v. Canada*, Procedural Order No. 1, May 26, 2014, Art. 12.8 (providing for the possible engagement of an independent and impartial expert to review the contents of a document not seen by the NAFTA Chapter 11 tribunal); Article 52(e), World Intellectual Property Organization Arbitration Rules.

¹⁴ Letter from Guatemala, March 19, 2015, p. 3.

¹⁵ Letter from Guatemala, March 19, 2015, p. 1.

¹⁶ Letter from Guatemala, March 19, 2015, p. 1.

¹⁷ U.S. Rebuttal Submission, para. 25.

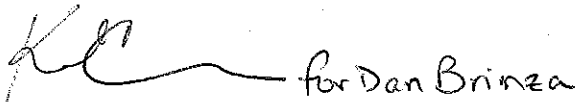
Secretary-General's declaration as it considers all evidence in the case – both with respect to veracity and probative value.

Finally, Guatemala repeats its concerns regarding “due process” in the proceedings. The Panel has already addressed Guatemala’s due process arguments. The Panel found that it “cannot conclude that all or any of the redactions to documents submitted by the United States with its initial written submission deprive Guatemala of an adequate opportunity to respond to the evidence of the United States or to defend itself.”¹⁸ Guatemala was in fact able to respond to the U.S. initial written submission with its own initial written submission and supporting evidence. Just as the Panel has found that Guatemala’s due process arguments are unfounded in respect of the exhibits submitted with the U.S. initial written submission, Guatemala errs in asserting that any additional redacted exhibits are somehow unfair.¹⁹ There is no basis for or validity to Guatemala’s rather surprising assertion that “up to now, the Panel has taken no action to give effect to these principles” of due process.²⁰

For these reasons, the United States respectfully asks that the Panel reject Guatemala’s reiterated request that the Panel either instruct the United States to provide unredacted exhibits to Guatemala on which the Panel has already ruled or decline to afford any probative value to the exhibits. The Panel has indicated that it will assess the probative value of the exhibits submitted in these proceedings in the course of dealing with the dispute on the merits.²¹ In addition to the points made in this letter, the United States has addressed this question in greater detail in its rebuttal submission²² and will be pleased to speak further to the question in the future.

The United States again thanks the Panel for the opportunity to respond.

Yours sincerely,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "K... for Dan Brinza".

Daniel Brinza
Senior Counsel for Dispute Settlement
Office of the United States Trade Representative
United States of America

Cc. Alexander Cutz
Director, Foreign Trade Office
Ministry of Economy of Guatemala

¹⁸ Ruling on Request for Extension of Time to File Initial Written Submission and on the Treatment of Redacted Evidence, para. 70.

¹⁹ Letter from Guatemala, March 19, 2015, p. 2.

²⁰ Letter from Guatemala, March 19, 2015, p. 2.

²¹ Ruling on Request for Extension of Time to File Initial Written Submission and on the Treatment of Redacted Evidence, para. 71.

²² See, e.g., U.S. Rebuttal Submission, paras. 14-28.

Clara Luz de Lucero
Responsible Office for Guatemala

Marsha Iyomasa
Acting U.S. Secretary, Trade Agreements Secretariat
U.S. Department of Commerce

Traducción de cortesía

6 de abril de 2015

Con respeto a Guatemala – Asuntos relacionados con las obligaciones establecidas en el Artículo 16.2.1(a) del CAFTA-DR

Sr. Kevin Banks
Presidente del Panel

Estimado Sr. Presidente:

Los Estados Unidos agradece al Panel por la invitación a contestar a la carta de 19 de marzo de 2015 de Guatemala. En su carta, Guatemala plantea preocupaciones relacionadas con la declaración por el Secretario General del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)¹, presentada como documento de prueba con el escrito de réplica de los Estados Unidos. Esa documento de prueba proporciona una confirmación por parte del Secretario General, una persona neutral, que las redacciones realizadas por los Estados Unidos en ciertos otros documentos de prueba se realizaron en una manera consistente a través de los varios documentos. El documento de prueba no aborda el contenido u otros aspectos de esos otros documentos.

Guatemala hace una serie de argumentos relacionados con la declaración, pero una inspección de estos argumentos demuestra que son infundados y en muchos casos parecen simplemente a repetir los argumentos de Guatemala en relación con cuestiones ya decididas por el Panel.

Guatemala parece persistir en una equivocación fundamental desde cual sus otros argumentos siguen. Los Estados Unidos entiende que Guatemala se opone del hecho de que los Estados Unidos había proporcionado al Secretario General del CIADI acceso a información no presentada en el presente procedimiento - información que se había redactado de los documentos de prueba de los Estados Unidos. Sin embargo, Guatemala luego procede a partir de una premisa incorrecta según la cual Guatemala trata esta información (por ejemplo, los nombres de personas) como si esa información se había presentado en el presente procedimiento, aunque no lo era. Dicho de otra manera, Guatemala considera erróneamente que la información no presentada por los Estados Unidos en el presente procedimiento debe ser tratada como si le hubiera sido presentada. Como resultado, Guatemala argumenta que los procedimientos particulares aplicables para información que se ha presentado y designada como confidencial deben aplicarse a información que no ha sido presentada.

Este enfoque erróneo, que confunde la información que no se ha presentado con la información presentada que ha sido designado como confidencial, es evidente, por ejemplo, en la declaración de Guatemala que “EEUU no tiene razón para seguir usando su argumento afirmando su alegato de confidencialidad”.² Debido a la información en cuestión no ha sido

¹ USA-170.

² Carta de Guatemala, 19 de marzo de 2015, p. 1.

presentada al Panel, no se designa como “confidencial” bajo las Reglas y los Estados Unidos no ha hecho ningún “alegato de confidencialidad” en el sentido de que daría lugar a los procedimientos para el manejo de información confidencial. El error de Guatemala se desprende del texto claro de las Reglas.³ Las Reglas establecen claramente que la información confidencial es información que se presenta al Panel y es designado por la Parte que la presenta como confidencial. La información en cuestión no se presentó, por lo que no es “información confidencial” en el contexto de las Reglas.⁴

Guatemala también sostiene que “El Secretario General y el personal del CIADI son miembros del público general para los propósitos de esta disputa”, y que, debido a que los Estados Unidos le permitió al Secretario General y su personal tener acceso a información presentada ni al Panel ni a Guatemala, los Estados Unidos debe ahora proporcionar esta información al Panel y a Guatemala. Una vez más, Guatemala confunde dos tipos distintos de información.

Guatemala parece estar manteniendo la idea de que si una Parte contendiente ha revelado “información confidencial” al público general, esta Parte no puede designar a la información como confidencial. Guatemala puede ser confiando en la frase en la Regla 15, que establece lo siguiente: “La información que puede ser designada como información confidencial está limitada a cualquier información fáctica sensible que no está disponible en el dominio público.” Pero como se explicó anteriormente, la Regla 15 no se aplica aquí. Tampoco hay ninguna conexión entre la cuestión de si la información que se *ha* presentado puede ser designada como confidencial y la cuestión de si la información que *no ha* sido presentada debe ser presentada. A medida que el Panel ya ha explicado en su *Fallo sobre la solicitud para la extensión de tiempo para presentar el escrito inicial y sobre el tratamiento de la prueba con censuras* de 26 de febrero de 2015: “La redacción de las Reglas 15 y 16 hacen que quede claro que solo tratan con información ya contenida en dichos documentos y no trata con la cuestión de que información en particular debe ser incluida.”⁵

Como los Estados Unidos ha descrito en sus comunicaciones anteriores y como el Panel ha reconocido, los Estados Unidos recibieron las declaraciones y documentos de personas en Guatemala con la condición de que los Estados Unidos no sometería la información de identificación personal de los individuos en el curso de estos procedimientos.⁶ Los individuos proveyeron esta condición debido a la preocupación de que serían sujeto a represalias en

³ Por ejemplo, “información confidencial” es definida bajo las Reglas como: “información clasificada como tal por una Parte conforme a la regla 15.” La Regla 15 provee en parte relevante que: “En la medida que se considere estrictamente necesario para proteger la información confidencial o la información descrita en el Artículo 21.2 (Seguridad Esencial), una Parte participante podrá designar, de manera consistente con los procedimientos establecidos en el Apéndice 2, información fáctica específica incluida en un escrito de una Parte para que sea tratada de manera confidencial.”

⁴ El error de Guatemala se refleja igualmente en la nota 1 de la carta de Guatemala del 19 de marzo de 2015. En esa nota, Guatemala invoca el párrafo 4 del Apéndice 2 de las Reglas, pero que el Apéndice no se aplica ya que la información en cuestión no es “información confidencial”.

⁵ Fallo sobre la solicitud para la extensión de tiempo para presentar el escrito inicial y sobre el tratamiento de la prueba con censuras, párr. 43.

⁶ Véase, por ejemplo, Carta de los EEUU, 16 de diciembre de 2014, p. 2.

Guatemala si sus identidades hubieran conocidas.⁷ El Panel ha aceptado que los Estados Unidos es limitado en compartir esta información de identificación personal con Guatemala y el Panel.⁸ A pesar de la demanda reiterada de Guatemala,⁹ el Panel ya ha decidido que las Reglas “no proporcionan al grupo arbitral autoridad para instruir a los Estados Unidos a proporcionar al grupo arbitral y a Guatemala copias sin censura de las pruebas.”¹⁰

Si Guatemala está argumentando que es de alguna manera poco sincera por los Estados Unidos proporcionar información de identificación personal que los Estados Unidos redactó de sus documentos de prueba al Secretario General del CIADI, mientras no presenta esa información aquí, este argumento es igualmente inútil. En primer lugar, en contra de lo argumentado por Guatemala, el Secretario General del CIADI y su personal no son “el público general.”¹¹ Se proporcionó la información al Secretario General del CIADI y su personal en confianza y no como miembros del público general.¹² Los Estados Unidos pidió al Secretario General del CIADI y su personal que firmen acuerdos de confidencialidad y lo hicieron.

Es útil también recordar que la inspección independiente e imparcial de información no presentada a un tribunal arbitral para diversos fines en procedimientos arbitrales es una práctica aceptada en el arbitraje internacional.¹³ Por lo tanto, es evidente que la provisión de acceso a esta información no constituye, en el contexto del arbitraje internacional, una revelación pública como sostiene Guatemala, ni equivale a “tomar parte”, como Guatemala intenta retratar aquí.¹⁴

Los Estados Unidos no está “solicitando al Grupo Arbitral que prescinda de su responsabilidad de determinar los hechos”, como alega Guatemala.¹⁵ La declaración del Secretario General del CIADI no se refiere al contenido de la información, sino más bien confirma que las redacciones realizadas por los Estados Unidos se hicieron consistentemente a través de varios documentos. El Secretario General ha atestiguado, por ejemplo, que el nombre de la persona etiquetada por los Estados Unidos con una letra en particular es el mismo nombre que aparece en algunos documentos o declaraciones judiciales y administrativos de Guatemala presentados por los Estados Unidos.

⁷ Fallo sobre la solicitud para la extensión de tiempo para presentar el escrito inicial y sobre el tratamiento de la prueba con censuras, párr. 37.

⁸ Fallo sobre la solicitud para la extensión de tiempo para presentar el escrito inicial y sobre el tratamiento de la prueba con censuras, párr. 39, 44.

⁹ Carta de Guatemala, 19 de marzo de 2015, p. 3.

¹⁰ Fallo sobre la solicitud para la extensión de tiempo para presentar el escrito inicial y sobre el tratamiento de la prueba con censuras, párr. 42, 44.

¹¹ Carta de Guatemala, 19 de marzo de 2015, p. 1.

¹² El Secretario General del CIADI fue elegido sobre la base de su independencia, confianza, credibilidad y capacidad como jefe de una organización intergubernamental de la que ambas partes contendientes son miembros, como los Estados Unidos indicó en su escrito de réplica. Escrito de Réplica de los EEUU, párr. 25 & notas de pie.

¹³ Véase, por ejemplo, Canfor et al v. United States, Order of the Consolidation Tribunal, 7 de septiembre de 2005, párr. 143, (Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) Capítulo 11 panel de arbitraje refiriendo al uso posible de una persona neutral para manejar información confidencial); Eli Lilly v. Canada, Procedural Order No. 1, 26 de mayo de 2014, Art. 12.8 (que proporciona el uso posible de un experto independiente e imparcial para examinar el contenido de un documento que el panel de NAFTA Capítulo 11 no ha visto); artículo 52(e), Reglas de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

¹⁴ Carta de Guatemala, 19 de marzo de 2015, p. 3.

¹⁵ Carta de Guatemala, 19 de marzo de 2015, p. 1.

Los Estados Unidos no sugirió que la declaración del CIADI serviría para “evaluar la veracidad de la evidencia que está suministrando.”¹⁶ Por el contrario, los Estados Unidos alegó en su escrito de réplica que la declaración del Secretario General da al Panel seguridades de que la información redactada en varios documentos oficiales guatemaltecos coincide y que da crédito a la autenticidad de los documentos.¹⁷ Es para el Panel considerar la declaración del Secretario General en el proceso de considerar todas las pruebas en el caso - tanto con respecto a la veracidad y valor probatorio.

Por último, Guatemala reitera su preocupación por el “debido proceso” en el procedimiento. El Panel ya ha respondido a los argumentos del debido proceso de Guatemala. El Panel constató que “no [puede] concluir que todo o parte de la censura en los documentos presentados por los Estados Unidos con su escrito inicial priva a Guatemala de una oportunidad de responder a las pruebas de los Estados Unidos o de defenderse.”¹⁸ Guatemala fue de hecho capaz de responder al alegato inicial por escrito de los Estados Unidos con su alegato inicial por escrito y documentos de prueba. Al igual que el Panel ha constatado que los argumentos del debido proceso de Guatemala carecen de fundamento en respeto de los documentos de prueba presentados con el alegato inicial por escrito de los Estados Unidos, Guatemala se equivoca al argumentar que cualquier documento de prueba redactado adicional es de alguna manera injusto.¹⁹ No hay ninguna base para o validez al bastante sorprendente argumento de Guatemala que “hasta ahora, el Grupo Arbitral no ha tomado ninguna acción para darle efecto a estos principios” del debido proceso.²⁰

Por estas razones, los Estados Unidos piden respetuosamente que el Panel rechace la solicitud reiterada de Guatemala que el Panel instruya a los Estados Unidos proporcionar documentos no redactados a Guatemala sobre cual el Panel ya ha decidido o no da ningún valor probatorio a los documentos de prueba. El Panel ha indicado que evaluará el valor probatorio de las pruebas presentadas en el presente procedimiento en el curso de su examinación de los méritos del proceso.²¹ Además de los puntos señalados en esta carta, los Estados Unidos ha abordado esta cuestión con mayor detalle en su escrito de réplica²² y estará disponible de hablar más de la cuestión en el futuro.

Los Estados Unidos agradece al Panel una vez más por la oportunidad de responder.

¹⁶ Carta de Guatemala, 19 de marzo de 2015, p. 1.

¹⁷ Escrito de Réplica de los EEUU, párr. 25.

¹⁸ Fallo sobre la solicitud para la extensión de tiempo para presentar el escrito inicial y sobre el tratamiento de la prueba con censuras, párr. 70.

¹⁹ Carta de Guatemala, 19 de marzo de 2015, p. 2.

²⁰ Carta de Guatemala, 19 de marzo de 2015, p. 2.

²¹ Fallo sobre la solicitud para la extensión de tiempo para presentar el escrito inicial y sobre el tratamiento de la prueba con censuras, párr. 71.

²² Véase, por ejemplo, Escrito de Réplica de los EEUU, párr. 14-28.

Atentamente,

Daniel Brinza
Consejero Principal para
Resolución de Diferencias
Oficina del Representante de Comercio
de Los Estados Unidos

Cc. Alexander Cutz
Director, Dirección de Administración del Comercio Exterior
Ministerio de Economía

Clara Luz de Lucero
Oficina Responsable de Guatemala

Marsha Iyomasa
Secretaria Interina de los Estados Unidos, Secretaría de Tratados de Comercio
Departamento de Comercio de los Estados Unidos