

El arbitraje de inversiones como herramienta para fortalecer las políticas anticorrupción: una evaluación crítica de la doctrina *in pari delicto* y la excepción de corrupción

María Gracia Naranjo Ponce*

Recibido/Received: 24/07/2018
Aceptado/Accepted: 31/07/2018

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Aspectos preliminares. 2.1 Corrupción. 2.2 Arbitraje de inversiones. 2.3 El estrecho vínculo entre la corrupción y el arbitraje de inversiones. 3. La defensa de ilegalidad o corrupción. 3.1 Aplicación en el arbitraje de inversiones. 3.2 Efectos sobre la competencia del tribunal arbitral. 3.3 Evaluación crítica de la defensa de corrupción en el arbitraje de inversiones. 4. La doctrina *in pari delicto*. 4.1 Definición. 4.2 La doctrina *in pari delicto* en el arbitraje de inversiones. 4.3 Sobre la necesidad de reevaluar la aplicabilidad de la doctrina *in pari delicto* en el arbitraje de inversiones. 4.3.1 La doctrina *in pari delicto* tiene sentido únicamente en relaciones simétricas. 4.3.2 Su aplicación en el arbitraje de inversiones desnaturaliza su esencia al situar al inversionista en una posición desaventajada. 4.3.3 Su aplicación en el arbitraje de inversiones no contribuye con las políticas anticorrupción. 5. Posibles soluciones. 6. Resumen y conclusiones.

* Asociada en Santos Burbano de Lara. Profesora adjunta en materias introductorias y de derecho civil en la Universidad San Francisco de Quito. Abogada y Licenciada en Relaciones Internacionales por la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: mariagracionaranjo@gmail.com

M. G. NARANJO PONCE, “El arbitraje de inversiones como herramienta para fortalecer las políticas anticorrupción: una evaluación crítica de la doctrina *in pari delicto* y la excepción de corrupción”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 9, 2017.

*El arbitraje de inversiones como herramienta para fortalecer las políticas anticorrupción:
una evaluación crítica de la doctrina in pari delicto y la excepción de corrupción*

PALABRAS CLAVE: arbitraje de inversiones, corrupción, defensa de corrupción, defensa de ilegalidad, *in pari delicto*.

KEYWORDS: investment arbitration, corruption, corruption defense, illegality defense, *in pari delicto*.

RESUMEN: En este artículo se analizan las herramientas con las que cuenta el arbitraje de inversiones para lidiar con los actos de corrupción que preceden a las controversias que son llevadas a este mecanismo de resolución de disputas. Específicamente, se realiza una evaluación de la figura de la defensa de corrupción y la doctrina *in pari delicto*, en virtud de las cuales los tribunales arbitrales rechazan los reclamos de los inversionistas que han cometido prácticas de corrupción. Exponemos que estas figuras no parecen desincentivar que los Estados cometan actos de corrupción y no contribuyen con las políticas anticorrupción.

ABSTRACT: This article analyzes the existing tools in investment arbitration in order to deal with the acts of corruption that precede the disputes that are brought to this forum. Specifically, it evaluates the corruption defense and the *in pari delicto* doctrine, by virtue of which the arbitral tribunals reject the claims of investors who have committed corrupt practices. We expose that these figures do not seem to discourage States from committing acts of corruption and do not contribute to the anti-corruption policies.

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje de inversiones es un método de resolución de disputas en el cual se ventilan controversias entre inversionistas y Estados. A través del arbitraje de inversiones, los inversionistas tienen la posibilidad de reclamar por el incumplimiento de las protecciones o beneficios que los Estados receptores se comprometen a otorgarles mediante los tratados de inversión celebrados con sus Estados de origen.

No es poco frecuente que en un arbitraje de inversiones surjan alegaciones de que han existido actos de corrupción en los procesos relacionados con la inversión o en el desarrollo de la inversión en sí. En vista de esto, es de vital importancia que el arbitraje de inversiones esté dotado de las herramientas necesarias para desincentivar, evitar y sancionar los actos de corrupción que se han cometido en los procesos relacionados con la inversión.

En el presente ensayo estudiaremos la figura de la defensa o excepción de ilegalidad o corrupción, la cual es utilizada por los Estados para excepcionarse y evitar que prosperen los reclamos en su contra cuando han existido actos de corrupción como antecedente a la controversia; pues su finalidad es objetar la competencia del tribunal arbitral para conocer un reclamo por una controversia vinculada con actos de corrupción.

También evaluaremos con detenimiento la doctrina *in pari delicto*, la cual sirve como fundamento para la defensa de corrupción. Sobre la base de esta doctrina, frente a una alegación de corrupción, los tribunales arbitrales deben abstenerse de conocer controversias precedidas por actos de corrupción, a fin de evitar conceder remedio legal a una de las partes cuando son ambas las que han intervenido en actos de esta naturaleza.

Tras estudiar con detenimiento estas dos figuras, analizaremos de qué manera permiten, o impiden, que el arbitraje de inversiones sea un mecanismo de resolución de controversias que lidie adecuadamente con los actos de corrupción que llegan a conocimiento de un tribunal arbitral. Proponemos que es necesario realizar una revaluación de estas figuras y de su aplicabilidad en el arbitraje de inversiones. Consideramos que, si bien en disputas de otra naturaleza constituyen mecanismos adecuados para desincentivar los actos de corrupción, en el arbitraje de inversiones, específicamente, sitúan al inversionista en una situación desaventajada frente al Estado, al castigarle únicamente a este por los actos de corrupción que ambos han cometido; lo que no necesariamente genera desincentivos para que los Estados intervengan en prácticas corruptas.

*El arbitraje de inversiones como herramienta para fortalecer las políticas anticorrupción:
una evaluación crítica de la doctrina in pari delicto y la excepción de corrupción*

Nuestra exposición está dividida de la siguiente manera: primero, nos referiremos de manera general a la corrupción en el marco del arbitraje de inversiones. Posteriormente, explicaremos cuáles son sus consecuencias jurídicas, con un especial énfasis en la posibilidad que tienen los Estados de objetar la competencia de los tribunales arbitrales al excepcionarse con la defensa de corrupción. Después, explicaremos que la incompetencia de los tribunales arbitrales para conocer controversias precedidas por actos de corrupción encuentra su fundamento en la doctrina *in pari delicto*. Al estudiar con detenimiento esta figura, evidenciaremos de qué manera su aplicación genera que las consecuencias jurídicas de la corrupción recaigan únicamente sobre el inversionista y explicaremos por qué no resulta conveniente su aplicación en el arbitraje de inversiones. Finalmente, propondremos una serie de posibles soluciones para procurar que el arbitraje dé un mecanismo de resolución de disputas que guarde armonía con la lucha contra la corrupción. Terminaremos con un resumen de nuestro trabajo y una exposición de nuestras conclusiones.

2. ASPECTOS PRELIMINARES

En esta sección nos referiremos de manera general a la corrupción en el marco del arbitraje de inversiones. Explicaremos brevemente los conceptos de corrupción y arbitraje de inversiones, para así estudiar el estrecho vínculo que existe entre ambos.

2.1 Corrupción

La organización no gubernamental Transparencia Internacional ha definido a la corrupción como el abuso del poder público para el beneficio privado¹. En la actualidad, “no existe un consenso sobre qué actos en específico deben ser condenados como actos de corrupción, sean estos por ejemplo: pago de coimas, tráfico de influencias, cabildeo, entre otros”². Sin embargo,

1. Transparency International, *What is corruption?*, <<https://www.transparency.org/what-is-corruption#define>> (05/07/2018).
2. J. JARAMILLO TROYA, “Corrupción, orden público y Convención de Nueva York: su aplicación en el Arbitraje Comercial Internacional”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2014, p. 191.

independientemente de su definición, la corrupción es un fenómeno repudiado por todo ordenamiento jurídico y naturalmente contrario al orden público y a los principios generales del derecho³. Sus consecuencias políticas, económicas y sociales son profundas⁴.

En las últimas décadas han tenido lugar una serie de importantes esfuerzos internacionales para combatir la corrupción. Por ejemplo, en 1997 se celebró la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la cual son signatarios todos los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y 8 países no miembros⁵. Este instrumento internacional nos da luces acerca de los actos que configuran corrupción y sus consecuencias jurídicas y, además, en sus artículos 1 y 3 obliga a los Estados parte a tipificar y castigar las prácticas de corrupción⁶.

Por su parte, en 1996, los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos adoptaron la Convención Interamericana contra la Corrupción, que enlista una serie de actos que se enmarcan dentro de la definición de corrupción y llama a los Estados parte a implementar las medidas necesarias para sancionar los actos de tal naturaleza⁷. En 2003, la Organización de Naciones Unidas adoptó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que establece una serie de medidas que los Estados deben implementar a fin de evitar las prácticas de corrupción⁸. Similares iniciativas fueron desarrolladas por los Estados europeos en 1999⁹ y por la Unión Africana, en 2003¹⁰.

3. A. REDFERN; M. HUNTER; N. BLACKABY y C. PARTASIDES, *Redfern and Hunter on international commercial arbitration*, Oxford University Press, 2009, p. 131. Citado por J. JARAMILLO TROYA, N. 2, p. 191.
4. Transparency International, *What are the costs of corruption?*, <<https://www.transparency.org/what-is-corruption#define>>, (05/07/2018).
5. OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 1997, Arts. 1 y 3, <goo.gl/gQHCxv> (10/07/2018).
6. OECD Convention, N. 5, Arts. 1 y 3.
7. Convención Interamericana contra la Corrupción, <goo.gl/vGgX67>, (09/07/18).
8. United Nations Convention Against Corruption (2003).
9. The Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption (1999).
10. The African Union Convention on Combating Corruption (2003).

*El arbitraje de inversiones como herramienta para fortalecer las políticas anticorrupción:
una evaluación crítica de la doctrina in pari delicto y la excepción de corrupción*

Es evidente que el marco legal internacional anticorrupción se ha fortalecido de manera sustancial en las últimas décadas¹¹. No obstante, a pesar de los esfuerzos nacionales, regionales e internacionales para combatir las prácticas de corrupción, esta continúa manifestándose como un problema frecuente y común en una inmensa cantidad de Estados. Como mencionan REDFERN y HUNTER, a pesar del consenso general respecto de la necesidad de erradicar la corrupción, “la práctica de los Estados no siempre coincide con aquello que predicamos”¹².

2.2 Arbitraje de inversiones

A diferencia del arbitraje comercial, donde las disputas surgen, por lo general, de relaciones contractuales entre particulares; en el arbitraje de inversiones las disputas derivan del incumplimiento de tratados celebrados entre Estados soberanos¹³. Las disputas que surgen de los tratados bilaterales de inversión son llevadas a arbitraje de inversiones en virtud de disposiciones contenidas en los propios tratados de inversión, mas no de un acuerdo de voluntades directo entre el inversionista y el Estado.

En un arbitraje de inversiones, los inversionistas reclaman al Estado por el incumplimiento de las garantías o beneficios que se comprometieron a otorgar a sus inversiones en virtud del tratado que los ampara. De esta manera, el arbitraje de inversiones fue diseñado como un mecanismo para proteger a los inversionistas y a las inversiones en sí, mas no para tutelar los intereses de los Estados¹⁴, pues justamente el objetivo de los tratados de esta na-

11. Véase, J. WOUTERS, C. RYNGAERT y A. S. CLOOTS, “The Fight Against Corruption in International Law”, *Leuven Centre for Global Governance Studies*, Working Paper No. 94, 2012. “*The international anti-corruption legal framework has been substantially strengthened in the past two decades, with impressive progress being made at both global and regional levels. Nevertheless, the work is far from over*”.
12. A. REDFERN *et al.*, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, La Ley, 2007, párr. 3-20, p. 233.
13. L. O’TOOLE, “Investment Arbitration: A Poor Forum for the International Fight Against Corruption”. *Yale Journal of International Law*, 2016.
14. Véase D. TAMADA, “Host States as Claimants: Corruption Alegations”, en S. LALANI y R. POLANCO LAZO, *The Role of the State in Investor-State Arbitration*, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p. 103. “*Investor-State arbitration, also called ISDS (Investor-State Dispute Settlement) was allegedly designed, not to protect the host State’s interests, but to protect investments and investors*”.

turalidad es promover la inversión¹⁵. Por ende, usualmente es considerado como un método de resolución de disputas asimétrico, unilateral y pro inversionista¹⁶.

Por lo dicho, y dada la naturaleza de este mecanismo de resolución de disputas, en un arbitraje de inversiones invariablemente el actor será el inversionista y el demandado será el Estado. Tomando en cuenta que el inversionista no es parte del tratado bilateral de inversión que le ampara para el desarrollo de la inversión, es difícil contemplar la posibilidad de que el Estado pueda demandar al inversionista en los términos de dicho tratado¹⁷. Como lo explican TORAL y SCHULTZ:

Si bien el número de casos sometidos al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y otros tribunales de arbitraje de inversión ha aumentado espectacularmente, el número de procedimientos de arbitraje iniciados por los estados ha permanecido extremadamente bajo, dejando al estado en el papel de demandado perpetuo¹⁸.

2.3 El estrecho vínculo entre la corrupción y el arbitraje de inversiones

En el ámbito de las inversiones, las prácticas de corrupción usualmente consisten en actividades que involucran tanto a inversionistas como a agentes gubernamentales del Estado en el que se efectúa la inversión. A través de estas prácticas, el inver-

15. Véase, ibidem, “*The imbalance stems from the basic purpose of the IIAs (International Investment Agreements): to protect and promote the investment. In other words, investment arbitration has not been designed to create liability for investors*”.
16. Véase, ibidem, “*It is based on the imbalanced relationship between investors (the claimants) and host States (the respondents), exclusively in favor of the former. It has thus been called ‘asymmetric’, ‘unilateral’ and ‘pro investor’*”.
17. Véase, M. TORAL y T. SCHULTZ, “The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations”, en M. WAIBEL, A. KAUSHAL, K. LIZ CHUNG, y C. BALCHIN (Eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, 2010, p. 578. “*As the investor is not a party to the BIT, a state can hardly imagine bringing even a counter-claim against an investor through arbitration under the terms of such a treaty, let alone a direct claim*”.
18. Traducción libre. M. TORAL y T. SCHULTZ, N. 17, p. 578. “*While the number of cases submitted to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) and other investment arbitral tribunals has risen spectacularly, the number of arbitration proceedings initiated by states has remained extremely low, leaving the state in the role of perpetual respondent*”.

El arbitraje de inversiones como herramienta para fortalecer las políticas anticorrupción: una evaluación crítica de la doctrina in pari delicto y la excepción de corrupción

sionista obtiene resultados favorables a sus peticiones o solicitudes a cambio de, por lo general, el pago de una suma de dinero o prestaciones de otra naturaleza a favor de funcionarios del gobierno¹⁹.

Estas prácticas no son poco frecuentes. En opinión de DAI TAMADA, las inversiones en obras públicas, construcción, bienes raíces, petróleo, minería, entre otras, se constituyen como los sectores más propensos a la corrupción precisamente porque sus procesos requieren de extensas negociaciones con oficiales gubernamentales²⁰.

Por lo antedicho, el arbitraje de inversiones es un contexto en el cual es sumamente plausible que se presenten alegaciones de corrupción. Las alegaciones de corrupción en el marco del arbitraje internacional han incrementado en los últimos años²¹. Por ende, los tribunales arbitrales se enfrentan cada vez con más frecuencia a la disyuntiva de si deben conocer o no controversias precedidas por actos de corrupción.

A pesar que las regulaciones anticorrupción en la actualidad son vastas, el problema ha girado en torno a su aplicabilidad en ámbitos como el arbitraje de inversiones²². A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos jurídicos locales, donde las consecuencias jurídicas de los actos de corrupción tienden a estar tipificadas, no es del todo evidente cuál es la forma en la que deben proceder los tribunales arbitrales internacionales frente a alega-

19. J. SUMMERFIELD, "The Corruption Defense in Investment Disputes: A Discussion of the Imbalance between International Discourse and Arbitral Decisions", *Transnational Dispute Management*, Vol. 6 (1), 2009, p. 2.
20. D. TAMADA, "Fight against Corruption and International Investment Law", *Kyoto Seminar on International Investment Law*, 2014.
21. Véase M. W. FRIEDMAN, F. LAVAUD y J. J. MARLEY, "Corruption in International Arbitration: Challenges and Consequences", *Global Arbitration Review*, <<https://globalarbitrationreview.com/chapter/1146893/corruption-in-international-arbitration-challenges-and-consequences>>, (22/06/18). "Corruption allegations have increasingly arisen in international arbitration and there is no reason to think that this trend will slow down in the immediate future. Tribunals faced with such allegations will, therefore, continue to develop a coherent approach that balances the importance of promoting anti-corruption with fairness to the parties".
22. Véase D. TAMADA, N. 14, p. 107. "The problem, however, has been the applicability of corruption regulation in the international arena, such as investment arbitration".

ciones de corrupción²³. En palabras de DAI TAMADA, “a pesar de que la corrupción se encuentra ampliamente regulada por las leyes locales y el derecho internacional, no es claro qué tipo de consecuencias jurídicas [...] derivan de la corrupción, especialmente en el marco del derecho internacional de las inversiones”²⁴.

No obstante, la corrupción ha sido universalmente condenada por las cortes y tribunales arbitrales. Así lo ha expresado también el Comité de Arbitraje Internacional de la Asociación de Derecho Internacional, al referirse a que existe un “consenso internacional en cuanto a que la corrupción y el soborno resultan contrarios al orden público internacional”²⁵.

En principio, el arbitraje de inversiones puede ofrecer herramientas que favorecen las políticas en contra de la corrupción. Por ejemplo, el hecho de que las disputas sean resueltas en un medio ajeno e independiente evita que los Estados tengan incentivos para incursionar en prácticas corruptas conociendo que en sus cortes locales podrían no ser juzgados por ello.

Sin embargo, como se expondrá más adelante, existen ciertas figuras en el arbitraje de inversiones que podrían frustrar los esfuerzos para combatir la corrupción y minimizar el impacto de las bondades que este mecanismo de resolución de disputas entre Estados e inversionistas ofrece en pos de la lucha contra la corrupción.

Por ejemplo, cuando un inversionista presenta un reclamo en contra del Estado, y la inversión realizada por este ha tenido relación con actos de corrupción, el Estado tiene la posibilidad de excepcionarse con la defensa de corrupción. Esta defensa u excepción tiene como propósito objetar la competencia del tribunal arbitral sobre la base de la doctrina *in pari delicto*, que impide que

23. M. W. FRIEDMAN, F. LAVAUD y J. J. MARLEY, N. 21.

24. Traducción libre. D. TAMADA, N. 14, p. 103. “*Although corruption is widely regulated by domestic laws and international law, it is not yet clear what kind of legal consequences [...] can be found with regard to corruption, especially in the framework of international investment law*”.

25. Comité de la ILA sobre Arbitraje Internacional, *Interim Report on Public Policy as a bar to enforcement of international arbitral awards*, Conferencia dictada en Londres, 2000, p. 22. Citado por A. REDFERN *et al.*, N. 12, p. 233.

los mecanismos de justicia tutelen a quienes han cometido un ilícito y reclaman por ello. A pesar de que, a simple vista, estos mecanismos parecen servir como desincentivos para que los inversionistas incursionen en prácticas corruptas, en este trabajo demostraremos que pueden tener un efecto contraproducente y frustrar los objetivos de las políticas internacionales anticorrupción.

3. LA DEFENSA DE ILEGALIDAD O CORRUPCIÓN

La defensa de ilegalidad o corrupción es una excepción que se basa en el principio de que los actores de una controversia no deben recibir remedio legal si sus reclamos estuvieron precedidos por actos ilegales²⁶. La defensa de ilegalidad encuentra sus orígenes en el aforismo *ex turpi causa non oritur actio*, que expresa que ningún reclamo puede tener como causa un acto ilícito²⁷. Asimismo, guarda una estrecha relación con el adagio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* que deriva en el impedimento de beneficiarse del propio dolo.

Por ende, el invocar la defensa de ilegalidad conlleva al rechazo del reclamo presentado por la parte actora. Cuando la parte demandada de una controversia invoque esta excepción, la instancia ante la que se presente el reclamo, sea o no la justicia ordinaria, deberá abstenerse de conocer el reclamo, pues hacerlo implicaría activar los mecanismos de justicia a favor de quienes han cometido ilícitos y podría resultar en consagrar remedio legal a una de las partes a pesar de que se encuentre en igual culpa que la otra con respecto al cometimiento del ilícito.

En la presente sección estudiaremos la aplicación de esta figura en el arbitraje de inversiones y sus consecuencias sobre la competencia del tribunal arbitral. Además, realizaremos una eva-

26. Véase, L. CAYLOR y M. S. KENNEY, “*In pari delicto* and *Ex Turpi Causa*: The Defense of Illegality – Approaches Taken in England and Wales, Canada and the US”, *Business Law International*, Vol. 18 (3), 2017, p. 259. “*The defense of illegality is grounded on the principle that a plaintiff should not be permitted to recover damages that arise from his or her own illegal or immoral conduct*”.

27. L. CAYLOR y M. S. KENNEY, N. 26, p. 260.

luación crítica de la misma a fin de determinar si es o no una herramienta que favorece los objetivos en contra de la corrupción.

3.1 Aplicación en el arbitraje de inversiones

En el arbitraje de inversiones, la invocación de la defensa de corrupción, por lo general, ocurre en el siguiente escenario: “[e]l inversor reclama contra el Estado, acusándole de un incumplimiento de las garantías a las inversiones extranjeras [...] [y] el Estado se defiende, argumentando que el inversor realizó su inversión mediante actos de corrupción”²⁸.

La finalidad de alegar la defensa de corrupción es convencer al tribunal de que no escuche los méritos de la controversia, ya sea por considerarlo incompetente para conocer reclamos vinculados con corrupción²⁹ o por considerar al reclamo inadmisibles³⁰.

La defensa de corrupción fue reconocida por primera vez en el caso CCI No. 1110, en 1963. Cabe acotar que el caso en mención se trató de un arbitraje comercial y no de un arbitraje en materia de inversiones, y que las consecuencias jurídicas de la corrupción difieren en los mencionados ámbitos. No obstante, los efectos de esta alegación en el caso citado reflejan la naturaleza jurídica de esta figura.

En el mencionado caso, cuando el árbitro único constató que existieron actos de corrupción en el desarrollo del contrato que

28. J. FERNÁNDEZ-ARMESTO, “La lucha contra la corrupción desde el arbitraje”, *VII Conferencia Internacional Hugo Grocio de Arbitraje*, 2018, p. 25.

29. Véase, *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, ICSID Caso No. ARB/03/26. “[E]l Tribunal estima que, debido a que la inversión de Inceysa fue realizada en forma abiertamente ilegal, no está comprendida dentro de los alcances del consentimiento expresado por España y la República de El Salvador en el APPRI y, en consecuencia, las diferencias derivadas de ella no están sometidas a la jurisdicción del Centro. Consecuentemente este Tribunal de Arbitraje se declara incompetente para conocer de la controversia que le ha sido planteada”. Citado por J. M. DE LA JARA y E. IÑIGUEZ, “The Case Against the Corruption Defense”, *EFILA Blog*, <<https://efilablog.org/2017/05/16/the-case-against-the-corruption-defense>> (19/06/18).

30. Véase, *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, ICSID Caso No. ARB/06/5, párr. 145. “It follows from these findings that the Tribunal lacks jurisdiction over the Claimant’s request, as the Tribunal concludes that the Claimant’s purported investment does not qualify as a protected investment”. Citado por J. M. DE LA JARA y E. IÑIGUEZ, N. 29.

*El arbitraje de inversiones como herramienta para fortalecer las políticas anticorrupción:
una evaluación crítica de la doctrina in pari delicto y la excepción de corrupción*

era objeto de la controversia, resolvió declinar su competencia “estableciendo que un contrato en el que se vulnera de manera frontal la buena moral y el orden público internacional, no puede ser materia de tutela judicial y menos aún de una decisión arbitral”³¹. Su decisión se fundamentó “en el principio universal del derecho *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* bajo el cual se genera una prohibición general de abusar del derecho propio como forma de acceder a ventajas indebidas”³².

La decisión del árbitro único en el caso CCI No. 1110 fue sumamente criticada. En virtud del principio de separabilidad, muchos han sostenido que el árbitro debía declararse competente para conocer la controversia, pues los actos de corrupción que afectaban al contrato del cual esta surgió no afectaban a la cláusula arbitral. En el arbitraje de inversiones, en cambio, donde no existe un acuerdo arbitral entre las partes de la controversia y la competencia del tribunal arbitral deriva del tratado de inversión, el principio de separabilidad no resulta aplicable.

Como se expondrá a continuación, en el arbitraje de inversiones esta defensa ha sido invocada en numerosos casos y su efecto ha sido, precisamente, la incompetencia del tribunal arbitral.

3.2 Efectos sobre la competencia del tribunal arbitral

Ante las excepciones de corrupción presentadas por los Estados, los tribunales arbitrales han tendido a declararse incompetentes. La respuesta predominante de los tribunales arbitrales frente a alegaciones de corrupción ha sido una de cero tolerancia, cuyo efecto ha sido denegar el reclamo sobre la base de su incompetencia en razón de la materia, dado que las inversiones desarrolladas con corrupción no están amparadas por los tratados de inversión³³.

31. J. JARAMILLO TROYA, N. 2, p. 203.

32. Ibidem.

33. D. TAMADA, N. 14, p. 116.

Los tribunales arbitrales han considerado que los tratados de inversión ofrecen protecciones especiales a los inversionistas, pero que dichos beneficios no pueden extenderse a inversiones manchadas de actos de corrupción en cualquiera de sus fases³⁴. Algunos tratados bilaterales de inversión tienen incorporados en sus textos disposiciones expresas acerca de la necesidad de que las inversiones se realicen en cumplimiento de las leyes y regulaciones de los Estados contratantes³⁵.

Dado que los beneficios y protecciones concedidos a los inversionistas en virtud de un tratado bilateral de inversión no pueden resultarles aplicables en presencia de actos de corrupción, resulta evidente que la disposición que les faculta a acudir a arbitraje, contenida en el propio tratado de inversión, tampoco les ampara³⁶. Por ende, si un inversionista reclama en vía arbitral el incumplimiento de una disposición contenida en un tratado de inversión, habiéndose verificado actos de corrupción, el tribunal arbitral difícilmente podrá conocer la disputa. El Estado, seguramente, alegará la defensa de corrupción o ilegalidad; excepción que impedirá que el tribunal arbitral conozca la disputa.

Por lo expuesto, en el arbitraje de inversiones, una alegación de corrupción parece ser una cuestión relativa a la jurisdicción y no a los méritos de la controversias³⁷. Como se mencionó con anterioridad, los tratados bilaterales de inversión en ocasiones especifican que las inversiones deben hacerse conforme a la ley. Entonces, una inversión realizada de manera contraria a las estipulaciones del propio tratado no podrá beneficiarse de las disposiciones del mismo, al no cumplir con el requisito de legalidad³⁸.

34. L. O'TOOLE, N. 13.

35. *Ibidem*.

36. Véase, A. MARTÍNEZ, "Invoking State Defenses in Investment Treaty Arbitration", en M. WAIBEL *et al.* (Eds.), *The Backlash Against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Kluwer Law International, 2010, p. 327. "The state is thus no longer bound by the agreement or treaty which it is alleged to have breached".

37. Véase, M. W. FRIEDMAN, F. LAUDAUD Y J. J. MARLEY, N. 21. "In the investment context, tribunals appear more likely to treat corruption as an issue of jurisdiction when the alleged corruption is said to have induced the investment and when the treaty expressly specifies that investments must be made legally, and to treat such allegations as an issue of admissibility or merits when the alleged corruption arises later during performance".

38. Véase, *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, ICSID Caso No. ARB/10/3.

*El arbitraje de inversiones como herramienta para fortalecer las políticas anticorrupción:
una evaluación crítica de la doctrina in pari delicto y la excepción de corrupción*

Así, el arbitraje no será el mecanismo de resolución de las controversias que surjan de dicha inversión.

Sobre la base de lo dicho, se ha considerado que:

La corrupción debe ser analizada en la etapa de jurisdicción por aplicación de la «doctrina de las manos limpias», según la cual un sujeto no puede interponer un reclamo cuando ha cometido actos ilícitos con relación a su materia. En virtud de ello, se considera que el inversor que ha cometido actos de corrupción pierde el derecho a aceptar el consentimiento al arbitraje otorgado anticipadamente por el Estado: Al no poder aceptar dicho consentimiento, no hay acuerdo arbitral ni arbitraje³⁹.

Así lo han resuelto una serie de tribunales internacionales en reconocidos casos. Muchos de ellos han manifestado de manera expresa al momento de declinar su competencia que la inversión de la cual deriva la controversia que fue puesta en su conocimiento no cumple con el requisito de legalidad⁴⁰. Aquello ocurrió, por ejemplo, en el caso *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*. La decisión del tribunal arbitral acerca de su competencia sobre este caso es usualmente vista como la primera que niega la legitimación activa del inversionista por corrupción, invocando el propio texto del tratado de inversión⁴¹.

Metal-Tech era una compañía israelí que realizó una inversión en Uzbekistán amparada en un tratado bilateral de inversión entre Israel y Uzbekistán. La compañía alegada que su inversión había sido expropiada y presentó un reclamo para obtener una compensación. El Estado presentó una excepción de incompetencia del tribunal arbitral acusando al inversionista de haber pagado más de cuatro millones de dólares a agentes estatales a

39. F. GODOY, “El Tratamiento de las Denuncias de Corrupción en el Marco del Arbitraje de Inversiones Extranjeras”, *BA Arbitration Review*, No. II, 2013.

40. Véase, Z. DOUGLAS, “The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration”, *ICSID Review*, Vol. 29 (1), 2014, pp. 155-156. “A rule that has emerged from several investment treaty cases is that if the investment has been acquired by the foreign national in violation of the host State’s laws and the effect of that violation is to render the investment ‘illegal per se’ or ‘illegal as such’, then the tribunal is without jurisdiction to entertain the foreign national’s claims in arbitration”.

41. J. FERNÁNDEZ-ARMESTO, N. 28, pp. 26-27.

cambio de tratos favorables en el proceso de aprobación de su inversión⁴². Dado que el inversionista no estuvo en capacidad de desvirtuar las mencionadas acusaciones y que existían pruebas contundentes que corroboraban las acusaciones del Estado de Uzbekistán, el tribunal arbitral concluyó que la inversión se realizó en violación de la ley Uzbeke y, por ende, que el inversionista no cumplió con el requisito de realizar sus inversiones en observancia con las leyes de Uzbekistán. Por lo tanto, consideró que carecía de jurisdicción⁴³.

Al concluir que este era incompetente, el tribunal enfatizó en que el tratado bilateral de inversión aplicable⁴⁴ contenía un requisito expreso de legalidad para el desarrollo de las inversiones y manifestó lo que sigue:

Los derechos del inversionista contra el Estado anfitrión, incluido el derecho de acceso al arbitraje, no podían protegerse porque la inversión estaba contaminada por actividades ilegales, específicamente corrupción. La ley es clara, y con razón, que en tal situación el inversor se ve privado de protección y, en consecuencia, el Estado anfitrión evita cualquier responsabilidad potencial⁴⁵.

Muchos tratados de esta naturaleza exigen, a través de disposiciones expresas, que los inversionistas realicen sus inversiones en apego a las leyes nacionales del Estado receptor⁴⁶. Por ende, “[s]i el inversor ha realizado su inversión mediante actos corruptos –actos que todas las legislaciones califican como irregulares– carecerá de legitimación para demandar al Estado”⁴⁷.

42. Ídem, p. 26.

43. Ibidem.

44. Véase, Agreement between the Government of the State of Israel and the Government of the Republic of Uzbekistan for the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 1994. “*The term ‘investments shall comprise any kind of assets, implemented in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in whose territory the investment is made’.*”

45. Traducción libre. *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, N. 38. “[T]he rights of the investor against the host State, including the right of access to arbitration, could not be protected because the investment was tainted by illegal activities, specifically corruption. The law is clear - and rightly so - that in such a situation the investor is deprived of protection and, consequently, the host State avoids any potential liability”.

46. J. FERNÁNDEZ-ARMESTO, N. 28, p. 25.

47. Ibidem.

*El arbitraje de inversiones como herramienta para fortalecer las políticas anticorrupción:
una evaluación crítica de la doctrina in pari delicto y la excepción de corrupción*

Sin embargo, algunos tribunales han actuado de la misma manera incluso en ausencia de lenguaje expreso acerca del requisito de legalidad dentro del texto del tratado de inversión del que deriva la controversia⁴⁸. Esto en virtud del “principio implícito en el derecho internacional, que excluye de la protección [...] a aquellos inversores que al invertir hayan violado flagrantemente el ordenamiento jurídico. El resultado es igualmente que el inversor pierde la legitimación activa y el tribunal arbitral carece de jurisdicción”⁴⁹.

Por ejemplo, en el caso *World Duty Free c. República de Kenia*, el tribunal declinó su competencia a pesar de que el tratado bilateral de inversión aplicable no contenía referencia alguna a la necesidad de que las inversiones se realicen en observancia de las disposiciones legales de los países contratantes. El razonamiento del tribunal se sostuvo en que la corrupción es contraria al orden público internacional⁵⁰. Similarmente, en el caso *Phoenix v. Czech Republic*, el tribunal sostuvo que el requisito de guardar conformidad con las leyes locales del Estado en el que se realiza la inversión es una obligación implícita de los inversionistas incluso si no se lo expresa en los tratados bilaterales que los amparan⁵¹. También, en el caso *SAUR Int’l S.A. c. Argentina* y , el tribunal arbitral notó que el requisito de legalidad es una “condición tácita” en todo tratado bilateral de inversión⁵². Finalmente, en el caso *Inceysa c. El Salvador* tribunal se declaró incompetente sobre la base del (i) principio de buena fe⁵³, (ii) el principio *nemo auditur pro-*

48. Véase, J. KALICKI, D. EVSEEV y M SILBERMAN, “Legality of Investment”, en M. KINNEAR *et al.* (Eds.), *Building International Investment Law - The First 50 Years of ICSID*, 2015. “[A] number of tribunals have recognized that, irrespective of whether the applicable treaty contains an express ‘in accordance with law’ provision, only investments that are lawfully made can obtain the substantive protections of an investment treaty, including access to investor-State arbitration”.

49. J. FERNÁNDEZ-ARMESTO, N. 28, p. 25.

50. Véase, *World Duty Free c. República de Kenia*, ICSID Caso No. ARB/007, párr. 157. “Bribery is contrary to [...] international public policy”.

51. Véase, *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, N. 30, párr. 101. “Conformity of the establishment of the investment with the national law [...] is implicit even when not expressly stated in the relevant BIT”.

52. Véase, *SAUR Int’l S.A. c. Argentina*, ICSID Caso No. ARB/04/4, párr. 308. “El requisito de no haber incurrido en una violación grave del ordenamiento jurídico es una condición tácita, insita en todo APRI, pues no se puede entender en ningún caso que un Estado esté ofreciendo el beneficio de la protección mediante arbitraje de inversión, cuando el inversor, para alcanzar esa protección, haya incurrido en una actuación antijurídica”.

53. *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, N. 29, párr. 230-239.

*piam turbitudinen allegans*⁵⁴, **(iii)** el orden público internacional⁵⁵, y **(iv)** la prohibición de enriquecimiento injustificado⁵⁶.

Sobre este último punto, en particular, el tribunal enfatizó en que “[d]e declararse [...] competente para conocer de las diferencias entre las partes, estaría ignorando por completo el hecho de que, por encima de cualquier pretensión de un inversor, se encuentra una disposición meta-positiva que prohíbe atribuir efectos a un acto realizado de manera ilegal”⁵⁷.

En resumen, ante una defensa de corrupción, los tribunales arbitrales tradicionalmente han denegado su competencia, ya sea sosteniendo los beneficios de los tratados bilaterales de inversión que no son aplicados cuando la inversión ha estado vinculada con actos de corrupción. Las motivaciones detrás de esta decisión han sido variadas. Los tribunales han fundamentado esta decisión en que **(i)** los actos de corrupción atentan contra el requisito de legalidad contemplado en los tratados bilaterales de inversión⁵⁸; **(ii)** los actos de corrupción atentan contra el orden público internacional y los principios generales del derecho, como la buena fe o la ineficacia del dolo propio⁵⁹.

3.3 Evaluación crítica de la defensa de corrupción en el arbitraje de inversiones

Como se ha dicho, frente a la invocación de una defensa de corrupción, muchos tribunales arbitrales han optado por un enfoque de “todo o nada” (*all-or-nothing*)⁶⁰. Utilizando este enfoque, los tribunales arbitrales han considerado que no pueden conocer casos precedidos por corrupción⁶¹. En el caso *World Duty Free c. República de Kenia*, por ejemplo, el inversionista, actor en el arbitraje, fue quien efectuó un pago millonario al presidente de Kenia

54. Ídem, párr. 240-244.

55. Ídem, párr. 245-252.

56. Ídem, párr. 248.

57. Ídem, párr. 248.

58. Véase, Z. DOUGLAS, N. 40, pp. 155-156.

59. Véase, ídem, pp. 155-156.

60. M. W. FRIEDMAN, F. LAVAUD y J. J. MARLEY, N. 21.

61. *Ibidem*.

*El arbitraje de inversiones como herramienta para fortalecer las políticas anticorrupción:
una evaluación crítica de la doctrina in pari delicto y la excepción de corrupción*

en negociaciones relacionadas con la obtención de los permisos para operar en los aeropuertos de Kenia; por lo que el tribunal consideró que su demanda era inadmisibile, independientemente del hecho de que un representante del Estado de Kenia haya sido quien aceptó la coima⁶².

En principio, la excepción de corrupción parecería ser un mecanismo que favorece los objetivos en contra de la corrupción. Parecería ser una forma de sanción para el inversionista que intervino en actos de corrupción al impedirle sustanciar un reclamo en sede arbitral por un hecho emanado de dicho acto.

Sin embargo, es poco probable que, de verificarse que el inversionista haya participado en actos de corrupción, no haya existido participación del Estado en dichos actos. Los actos de corrupción necesariamente involucrarán a ambas partes y habrán requerido tanto de la participación activa del inversionista como de agentes estatales. Por ende, al permitirle al Estado alegar la excepción de corrupción y privarle al inversionista de la posibilidad de que se sustancie su reclamo, se sanciona solamente a una de las partes por un acto de corrupción cometido por ambas. El demandado, que será invariablemente el Estado, se beneficiará de la defensa de corrupción al impedir que se sustancie un reclamo en su contra en vía arbitral.

Esto tiene una serie de implicaciones negativas. En primer lugar, pone al inversionista en una situación de evidente desventaja frente al Estado receptor. La posibilidad de que un Estado alegue la defensa de corrupción en la actualidad impone a los inversionistas la obligación subyacente de no participar en actos de corrupción para que sus reclamos puedan ser conocidos en sede arbitral⁶³. “La legalidad de la adquisición de la inversión es una condición previa para que el tratado de inversión otorgue poder adjudicativo al tribunal”⁶⁴.

62. *World Duty Free c. República de Kenia*, N. 50, párr. 185.

63. Véase, J. W. YACKEE, “Investment Treaties and Investor Corruption: An Emergent Defense for Host States”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52, 2011, p. 1. “[I]mposes upon investors the obligation to avoid involvement in public corruption in the course of making a treaty-protected investment”.

64. Traducción libre. Z. DOUGLAS, N. 40, pp. 155-156. “The lawfulness of the acquisition of the investment is a condition precedent for the investment treaty’s conferral of adjudicative power upon the tribunal”.

En principio, una obligación de esta naturaleza parecería ser beneficiosa. Al estar los inversionistas obligados a abstenerse de vincularse con actos de corrupción para poder hacer efectivos los beneficios contemplados en los tratados de inversión que los amparan, estos tenderán a realizar sus inversiones de una manera más limpia. No obstante, parece ser una obligación que recae únicamente sobre el inversionista; sin imponer al Estado deber alguno, lo que no genera incentivos en el Estado para evitar la corrupción, ya que no se ve afectado por sus efectos en el ámbito del tratado de inversiones. Por el contrario, se podría ver beneficiado.

En segundo lugar, si el Estado conoce de antemano que los reclamos en su contra no serán resueltos en sede arbitral si los hechos que los preceden se encuentran viciados de corrupción, este podrá incluso tener incentivos para cometer actos de esta naturaleza y evadir la sede arbitral. En este escenario, tras vincularse un Estado en prácticas de corrupción, podría incurrir en incumplimiento de las obligaciones que ha adquirido en el marco de un tratado de inversión sin ser responsable por ello⁶⁵.

En tercer lugar, si el inversionista conoce que existe la posibilidad de que sus reclamos no sean conocidos por los tribunales arbitrales y que el Estado quede impune en casos en los que podría ser internacionalmente responsable, se generarán desincentivos a la inversión. Esto fue lo que sucedió, por ejemplo, en el caso *World Duty Free c. República de Kenia*. El Estado planteó una excepción de corrupción que fue aceptada por el tribunal arbitral. En opinión de TAMAR MESHEL, al haber aceptado la excepción,

podría decirse que el tribunal no tuvo en cuenta los efectos potencialmente perjudiciales que tal decisión puede tener en la capacidad de Kenia para luchar contra la corrupción y atraer más inversión extranjera, que son de crucial importancia para su futuro desarrollo⁶⁶.

65. J. M. DE LA JARA y E. IÑIGUEZ, N. 30.

66. Traducción libre. T. MESHEL, "The Use and Misuse of the Corruption Defense in International Investment Arbitration", *Journal of International Arbitration*, Vol. 30 (3), p. 267. "[T]he tribunal arguably disregarded the potentially detrimental effects such a decision may have on Kenya's ability to fight co-

*El arbitraje de inversiones como herramienta para fortalecer las políticas anticorrupción:
una evaluación crítica de la doctrina in pari delicto y la excepción de corrupción*

En resumen, si bien es cierto que la defensa de corrupción o ilegalidad impide que el inversionista se beneficie de sus propios actos de corrupción, a su vez permite que el Estado quede impune por los mismos actos. “La confianza exitosa de un estado en la defensa de corrupción en tales circunstancias puede tanto debilitar la protección de la inversión extranjera como exacerbar la corrupción doméstica dejando las raíces de las causas sin tratar”⁶⁷.

4. LA DOCTRINA *IN PARI DELICTO*

En esta sección estudiaremos la figura *in pari delicto*, que sirve de fundamento para la defensa de corrupción, explicada en la sección precedente. Evaluaremos su aplicación en el arbitraje de inversiones en el marco de los actos de corrupción, y propondremos la necesidad de reevaluar su aplicabilidad en el arbitraje de inversiones. Como se evidenciará más adelante, consideramos que su aplicación no contribuye con la lucha contra la corrupción.

4.1 Definición

La defensa de ilegalidad o corrupción, y su natural consecuencia de desvanecer la competencia del tribunal arbitral, encuentra su razón de ser en la doctrina *in pari delicto*. *In pari delicto*, cuya traducción literal del latín es “en igual culpa”⁶⁸, consiste en una doctrina que define la situación jurídica de las partes de una controversia cuando conjuntamente han cometido un ilícito con anterioridad a esta. Como consecuencia de la aplicación de esta doctrina, las transacciones o contratos ilegales no son legalmente

ruption and attract further foreign investment, both of which are of crucial importance to its future development”.

67. Traducción libre. D. TAMADA, N. 14, p. 118. “*The successful reliance of a state on the corruption defence in such circumstances may both weaken foreign investment protection and exacerbate domestic corruption while leaving its root causes untreated*”.

68. J.A. BALLENTINE, *A Law Dictionary*, The Lawbook Exchange, 2006, p. 228.

exigibles⁶⁹, ni tampoco los reclamos en contra de una parte junto a la cual la otra ha cometido un ilícito. Es así que esta doctrina se manifiesta en la prohibición que tiene la una parte de demandar a la otra si fue un partícipe activo y voluntario en la actividad ilícita que es materia del reclamo⁷⁰.

De la doctrina *in pari delicto* surgen dos nociones importantes: *in pari delicto melior est conditio defendentis* (en igual culpa, la situación de la parte demandada es preferible) e *in pari delicto potior est conditio defendentis* (en igual culpa, la situación de la parte demandada es la más fuerte)⁷¹. Esto quiere decir que, cuando ambas partes son igualmente culpables por un hecho ilícito y surge una controversia entre ellas por dicho hecho, el demandado parece encontrarse una posición aventajada⁷². Es así que la doctrina *in pari delicto* aplica en los casos de culpa mutua y dispone que, en dichos casos, la posición del defendido es la más fuerte⁷³.

La razón detrás de estos aforismos es evidente. Si a los actores de reclamos precedidos por actividades ilícitas se les deniega el conocimiento de sus causas, los defendidos tendrán siempre una ventaja: no prosperarán los reclamos en su contra. Esta situación, aparentemente inequitativa, encuentra fundamento justamente en la intención de mantener el equilibrio de igualdad de culpa entre las partes. Si ambas se encuentran en igual culpa (*in pari delicto*), lo que realmente sería inequitativo es que una de ellas pueda reclamar a la otra por los hechos ilícitos que ambas han cometido. Mantener la igualdad de culpa entre las partes cumple con dos importantes objetivos de política pública. En primer lugar, deniega remedio judicial a quienes han cometido un ilícito.

69. Véase, S.H. GIFIS, “*In pari delicto*”, *Dictionary of Legal Terms: Definitions and Explanations for Non-Lawyers*, Barron's Educational Series, 5ta Ed., 2016. “[I]n equal fault. Refers to an exception to the general rule that illegal transactions or contracts are not legally enforceable; thus, where the parties to an illegal agreement are not in *in pari delicto*, the agreement may nevertheless be enforceable at equity by the innocent or less guilty party”.

70. Véase, L. CAYLOR y M.S. KENNEY, N. 26, p. 259. “*The doctrine prohibits one party from suing another where the plaintiff was ‘an active, voluntary participant in the unlawful activity that is the subject of the suit’*”.

71. J.A. BALLENTINE, N. 68, p. 228.

72. L. CAYLOR y M.S. KENNEY, N. 26, p. 260.

73. Véase, L. CAYLOR y M.S. KENNEY, N. 26, p. 259. “*The defence of in pari delicto operates in cases of mutual fault and provides that in such cases, the position of the defendant is the stronger one*”.

*El arbitraje de inversiones como herramienta para fortalecer las políticas anticorrupción:
una evaluación crítica de la doctrina in pari delicto y la excepción de corrupción*

En segundo lugar, evita que los mecanismos de justicia se activen innecesariamente para resolver disputas entre partes que han cometido ilícitos⁷⁴.

Esta doctrina es de frecuente aplicación tanto en los sistemas de derecho continental como de derecho anglosajón. En ambos sistemas, es un principio del derecho ampliamente reconocido que ningún remedio judicial debe darse a las partes si la disputa está precedida por ilícitos cometidos entre ellas⁷⁵. Si bien su aplicación inicial fue en disputas ventiladas ante la justicia ordinaria, específicamente en el derecho inglés⁷⁶, actualmente es un principio ampliamente reconocido en el arbitraje internacional⁷⁷.

4.2 La doctrina *in pari delicto* en el arbitraje de inversiones

Como se mencionó, la doctrina *in pari delicto* impide que se conceda remedio legal a quien ha cometido una actividad ilícita y reclama por un hecho relacionado con ello, pues faculta al demandado a excepcionarse con la defensa de ilegalidad. En el arbitraje de inversiones, esta premisa ha servido de fundamento para que muchos tratados bilaterales de inversión contemplen cláusulas expresas de ilegalidad, que previenen que el inversionista se beneficie de las protecciones contenidas en él si han incurrido en actos ilegales, como la corrupción. Por ende, facultan al Estado a excepcionarse, y al tribunal arbitral a declinar su com-

74. Véase L. CAYLOR y M.S. KENNEY, N. 26, p. 265. “*The in pari delicto defence has been said to serve two public policy purposes: (1) it deters illegality by denying judicial relief to an admitted wrongdoer; and (2) it avoids entangling courts in disputes between wrongdoers*”.

75. G. ROJAS ELGUETA, “The Legal Consequences of Corruption in International Arbitration: Towards a More Flexible Approach?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2016, <goo.gl/hcB2UZ> (21/06/18).

76. Véase L. CAYLOR y M. S. KENNEY, N. 26, p. 260. “*The earliest reported discussion of the concept of a defence or bar to recovery on the basis of the illegality of the claim appears in the English decision of *Everet v Williams*, also known as the *Highwayman’s Case*. In *Everet*, the plaintiff sued his partner, alleging that he had not received his share of the partnership’s proceeds. The complaint referred only to the parties ‘dealing for commodities with good success on Hounslow Heath, where they dealt with a gentleman for a gold watch’. Despite being vague on its face, the more sinister subtext of the complaint was apparent to the Court of Exchequer: the business in question was robbery and the claim amounted to a dispute between two highwaymen. The claim was dismissed and the lawyers were held in contempt of court. The parties themselves were arrested and later hanged. The court’s abhorrence with the dispute was reflected in what is the first articulation of the public policy rationale underlying the illegality defence that continues to permeate judicial discussion of this principle today: wrongdoers do not deserve the protection of the court”.*

77. G. ROJAS ELGUETA, N. 75.

petencia sobre la base de las mencionadas disposiciones expresas o de los principios generales del derecho.

Como ha quedado anotado, no es excepcional que un inversionista reclame al Estado por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el tratado bilateral de inversión que lo ampara, y que el Estado objete la competencia del tribunal arbitral alegando que en la inversión existieron actos de corrupción y, por ende, que no es posible concederle remedio legal al inversionista. Cuando el Estado invoca exitosamente la defensa de ilegalidad o corrupción, los tribunales arbitrales sistemáticamente los exoneran de sus obligaciones, incluso en los casos en los que el Estado haya sido partícipe activo del esquema de corrupción sobre el cual se excepciona⁷⁸.

Sin embargo, conviene prestar especial atención a la aplicación de esta figura en el arbitraje de inversiones. Como se explicó anteriormente, el arbitraje de inversiones es un mecanismo de protección de disputas asimétrico, unilateral y pro inversionista⁷⁹, cuyas características particulares (como por ejemplo, que se conozca con antelación que una de las partes de la disputa ocupará siempre el rol de actor y la otra el rol de demandado) hacen que sea cuestionable la conveniencia de aplicar la doctrina *in pari delicto*.

La naturaleza propia de las controversias que se someten a arbitraje de inversiones hace que el demandante sea siempre, invariablemente, el inversionista; y el demandado el Estado. Como se mencionó con anterioridad, en el arbitraje de inversiones se ventilan controversias relacionadas con el incumplimiento de disposiciones contenidas en los tratados bilaterales de inversión, que únicamente contienen obligaciones para los Estados, mas no para los inversionistas.

78. Véase, *ibidem*. “Accordingly, as a result of the respondent successfully triggering the “illegality defense”, arbitral tribunals systematically exonerate him from any contractual obligation (even in a case where he has promoted and/or actively participated in the corruption scheme)”.

79. Véase, D. TAMADA, N. 14, p. 103. “It is based on the imbalanced relationship between investors (the claimants) and host States (the respondents), exclusively in favor of the former. It has thus been called ‘asymmetric’, ‘unilateral’ and ‘pro investor’”.

El arbitraje de inversiones como herramienta para fortalecer las políticas anticorrupción: una evaluación crítica de la doctrina in pari delicto y la excepción de corrupción

La doctrina *in pari delicto* parte de la premisa de que las partes se encuentran en igual culpa y a ninguna de ellas se le puede conceder remedio legal. Por ende, la aplicación de la doctrina *in pari delicto*, que por lo general impone un castigo a cualquiera de las partes que incoe una acción legal en contra de la otra al impedirle que esta prospere, termina siendo un castigo únicamente para el inversionista, que es el único posible actor en controversias de arbitraje de inversiones.

Es así que la aplicación de esta figura en el arbitraje de inversiones pone al inversionista en desventaja. Ambos cometen actos de corrupción, pero es únicamente al inversionista a quien se le niega el conocimiento de sus reclamos. Mientras tanto, al Estado al que se le exime de ser sujeto de un proceso arbitral.

En el caso *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, el tribunal arbitral hace un interesante análisis acerca de este debate y reconoce la potencial injusticia derivada de aceptar una defensa de corrupción:

Como resultado del análisis anterior, el Tribunal carece de jurisdicción sobre los reclamos de Metal-Tech derivados del tratado, así como sobre los reclamos de Metal-Tech basados en la ley de Uzbekistán. A pesar de llegar a la conclusión de que los reclamos no proceden como consecuencia de la corrupción, el Tribunal es sensible al debate actual de que las alegaciones sobre la corrupción a menudo recaen en gran medida sobre los demandantes, mientras que posiblemente exoneran a los demandados que pueden haber participado en los actos de corrupción. Es cierto que el resultado en casos de corrupción a menudo parece insatisfactorio porque, al menos a primera vista, parece dar una ventaja injusta a la parte demandada. La idea, sin embargo, no es castigar a una parte a costa de la otra, sino garantizar la promoción del estado de derecho, lo que implica que una corte o tribunal no puede otorgar asistencia a una parte que ha participado en un acto corrupto⁸⁰.

80. Traducción libre. *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, N. 38, párr. 389. “As a result of the foregoing analysis, the Tribunal lacks jurisdiction over Metal-Tech’s treaty claims as well as over Metal-Tech’s claims based on Uzbek law. While reaching the conclusion that the claims are barred as a result

Como bien se afirma en el texto citado, es indudable que la negativa de los tribunales a conocer reclamos si quienes los plantean han participado en actos de corrupción no viene dada por la motivación de castigar a dicha parte y beneficiar a la otra a su costa. Parece ser, a simple vista, una asimetría –la pérdida, por parte del inversionista, de las protecciones que le concede el tratado de inversión y del foro para interponer reclamos– cuya finalidad es castigar a los inversionistas que cometen actos de corrupción⁸¹.

No obstante, el castigo a la una y el beneficio de la otra termina siendo el resultado; porque el arbitraje de inversiones es un fenómeno particular en el cual invariablemente, el inversionista será el actor de la disputa y el Estado el demandado. Como se demostrará a continuación, esto no solo resulta inequitativo, sino que resulta contrario a los objetivos anticorrupción.

4.3 Sobre la necesidad de reevaluar la aplicabilidad de la doctrina *in pari delicto* en el arbitraje de inversiones

Sobre la base de lo dicho, demostraremos la necesidad de reevaluar la aplicación de la doctrina *in pari delicto* en el arbitraje de inversiones, pues consideramos que **(i)** su aplicación tiene sentido únicamente en relaciones simétricas, por lo que **(ii)** su aplicación en el arbitraje de inversiones sitúa al inversionista en una posición desaventajada y **(iii)** no contribuye con las políticas anticorrupción.

of corruption, the Tribunal is sensitive to the ongoing debate that findings on corruption often come down heavily on claimants, while possibly exonerating defendants that may have themselves been involved in the corrupt acts. It is true that the outcome in cases of corruption often appears unsatisfactory because, at first sight at least, it seems to give an unfair advantage to the defendant party. The idea, however, is not to punish one party at the cost of the other, but rather to ensure the promotion of the rule of law, which entails that a court or tribunal cannot grant assistance to a party that has engaged in a corrupt act”.

81. Véase L. O'TOOLE, N. 13. “This outcome hurts investors more than host-states; investors lose the protections of investment treaties and lose a forum for obtaining damages. Because of this asymmetry, investment arbitration might, at first blush, seem like a suitable forum for punishing businesses that bribe overseas”.

*El arbitraje de inversiones como herramienta para fortalecer las políticas anticorrupción:
una evaluación crítica de la doctrina in pari delicto y la excepción de corrupción*

4.3.1 *La doctrina in pari delicto tiene sentido únicamente en relaciones simétricas*

Como ha quedado anotado, el fundamento detrás de la doctrina *in pari delicto* da por sentado una presunción fundamental: que *ex-ante*, al momento de intervenir en las prácticas de corrupción, las partes no conocen si serán actoras o demandadas en una eventual controversia⁸². Por ende, la doctrina *in pari delicto* parece tener sentido únicamente en relaciones simétricas, donde no se conoce quién va a ser el actor y quién va a ser el demandado en una eventual controversia y donde es igualmente probable que cualquiera de las partes presente un reclamo en contra de la otra.

En otras palabras, el permitir que los demandados aleguen la defensa de corrupción y el denegar los reclamos de los actores que se han visto inmiscuidos en conductas corruptas sobre la base de la doctrina *in pari delicto*, cumple con su finalidad de mantener el balance entre las partes solamente en escenarios simétricos, donde se desconozca cuál será la posición que ocupe cada una de las partes dentro de un juicio⁸³.

De lo contrario, cuando las partes conocen con anticipación cuál es la posición que ocuparán en una eventual controversia, ya sea como actores o como demandados, es posible que anticipen de manera oportunista que tendrán la posibilidad de evadir las acciones o reclamos que se presenten en su contra a través de la defensa de ilegalidad o corrupción⁸⁴.

Como se ha enfatizado a lo largo de este artículo, la asimetría que parece ser necesaria para que esta doctrina tenga sentido no existe en el arbitraje de inversiones. Invariablemente, en un arbitraje de inversiones el actor será el inversionista y el demandado será el Estado. Dado que el demandado tendrá siempre la oportu-

82. Véase G. ROJAS ELGUETA, N. 75. “[E]x-ante (at the time when they enter into the corruption scheme) parties to the contract do not know whether they will be acting as claimant or as respondent”.

83. Véase, ibidem, “[T]he traditional approach implies a symmetrical scenario, where parties may end up in either of the two positions and, therefore, cannot opportunistically anticipate whether they will be in the position of freely walking away from the contract thanks to the use of the “illegality defense”.

84. Ibidem.

tunidad de aplicar la defensa de la corrupción o ilegalidad, el Estado se encontrará siempre en una posición aventajada.

En esta línea, O'TOOLE ha sostenido que

la justificación de la doctrina *in pari delicto* tiene sentido en el litigio ordinario pero no en el arbitraje de inversiones. De manera similar a la doctrina de las manos limpias, la doctrina *in pari delicto* establece que en el caso de falta igual -por ejemplo, que ambos litigantes sean parte de un contrato corrupto- el tribunal no concederá reparación. En consecuencia, el reclamo del demandante se desestima y el demandado se libera en gran medida. En un caso de incumplimiento de contrato fuera del arbitraje de inversión, la regla predeterminada -en el caso de falla igual prevalece el caso del demandado- no beneficia sistemáticamente a ninguna de las partes; ninguna de las partes en un contrato corrupto sabe *ex ante* si, en el caso de un litigio, será el demandante o el demandado. El arbitraje de inversiones, sin embargo, es diferente, porque los inversionistas privados casi siempre serán demandantes y los estados siempre serán demandados⁸⁵.

4.3.2 *Su aplicación en el arbitraje de inversiones desnaturaliza su esencia al situar al inversionista en una posición desaventajada*

En opinión de O'TOOLE, extender la doctrina *in pari delicto* al arbitraje de inversiones da al Estado una ventaja, porque se podrá beneficiar de su posición certera como demandado. Por lo tanto, la regla default que reza que 'en igual culpa prevalecerá la postura del demandado' se convierte en una regla que consagra que 'en igual culpa, prevalecerá la postura del Estado'. La aplicación

85. Traducción libre. L. O'TOOLE, N. 13. "[T]he justification for the *in pari delicto* doctrine makes sense in ordinary litigation but not in investment arbitration. Similar to the clean hands doctrine, the *in pari delicto* doctrine states that in the case of equal fault—for example, both litigants being party to a corrupt contract—the court will not grant relief. Accordingly, the plaintiff's suit is dismissed and the defendant gets off largely scot-free. In a case of breach of contract outside of investment arbitration, the default rule—in the case of equal fault the defendant's case prevails—does not systematically benefit either party; neither party to a corrupt contract knows *ex ante* whether, in the case of litigation, they will be the plaintiff or the defendant. Investment arbitration, however, is different, because private investors will almost always be claimants and states will always be respondents".

*El arbitraje de inversiones como herramienta para fortalecer las políticas anticorrupción:
una evaluación crítica de la doctrina in pari delicto y la excepción de corrupción*

de esta figura impone al inversionista un alto costo por sus acciones, pero ninguna consecuencia al Estado y a sus agentes⁸⁶.

En el caso *Niko Resources c. Bangladesh*, el tribunal arbitral ya notó con preocupación esta situación de desequilibrio y manifestó que:

Los Demandados argumentan que, debido al acto de soborno relacionado con la inversión y por el cual Niko Canadá ha sido condenado, la jurisdicción del CIADI debe denegarse al Demandante. Si se aceptara esta postura, Petrobangla y BAPLEX podrían invocar las cláusulas de arbitraje pero Niko no podría⁸⁷.

Uno podría cuestionar esta crítica sosteniendo que, independientemente del contexto en el que se aplique la doctrina *in pari delicto*, el demandado siempre estará en una posición aventajada porque tendrá siempre la posibilidad de alegar la defensa de ilegalidad para oponerse a los reclamos que se presenten en su contra. Es decir, que “donde tanto el demandante como el demandado son culpables, el demandado invariablemente estará en la posición más fuerte”⁸⁸. Aquello es acertado. En el presente trabajo no discutimos esta premisa, pues reconocemos que en todo contexto en el que se aplique esta doctrina el demandado resulta beneficiado y que aquello es beneficioso para mantener el equilibrio entre las partes.

Por el contrario, nuestra crítica apunta a la imposibilidad que tiene el inversionista de ser quien se encuentre en dicha posición

86. Véase, J. R. CROOK, “Remedies for Corruption”. *World Arbitration & Mediation Review*, Vol. 9 (3), 2015, pp. 303-311. Citado por M. W. FRIEDMAN, F. LAVAUD y J. J. MARLEY, N. 21. “*The binary rule makes an investor bear a heavy price for the actions of the State's agents or representatives, while the State potentially typically bears no consequences for misconduct of its agents*”.

87. Traducción libre. *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. c. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (“Bapex”) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (“Petrobangla”)*, ICSID Caso No. ARB/10/18, párr. 465. “*The Respondents nevertheless argue that, because of the act of bribery linked to the investment and for which Niko Canada has been convicted, ICSID jurisdiction should be denied to the Claimant. If this position were accepted, Petrobangla and BAPLEX could invoke the arbitration clauses but Niko could not*”.

88. Traducción libre. R. KREINDLER, *Competence-Competence in the Face of Illegality in Contracts and Arbitration Agreements*, Brill, 2013. Citado por G. ROJAS ELGUETA, N. 75. “*Where both the claimant and the respondent are blameworthy, the respondent will invariably be in the stronger position*”.

aventajada. Si el Estado es el único que tendrá la posibilidad de ser demandado en las controversias que se ventilan en el marco del arbitraje de inversiones, será el único a favor de quien opere la doctrina *in pari delicto*.

Como ha quedado anotado en la sección precedente, la justificación detrás de la posibilidad que tienen las partes de alegar la defensa de ilegalidad en virtud de la doctrina *in pari delicto* es precisamente que cualquiera de las partes podría hacerlo. Es decir, que quien eventualmente se encuentre en la posición de demandado, con la posibilidad de alegar la defensa de ilegalidad, se encuentre en dicha postura de manera accidental, y no de manera prefijada⁸⁹. “En otras palabras, si el demandante y el demandado cambiasen de posición y el demandado interpusiera su demanda contra el demandante, este último tendría la ventaja de la ‘defensa de la ilegalidad’”⁹⁰.

Aplicar la doctrina *in pari delicto* en el arbitraje de inversiones contraría su esencia, cuya premisa es que las partes comparten un mismo grado de culpabilidad. Si se encuentran en igual condición de culpabilidad, no es razonable que las consecuencias jurídicas negativas de esta doctrina –que consisten, en esencia, en no concederle protección a quienes han cometido un ilícito–, recaigan únicamente sobre una de las partes.

4.3.3 *Su aplicación en el arbitraje de inversiones no contribuye con las políticas anticorrupción*

Además, esta situación podría generar que los Estados lleguen a tener incentivos para solicitar, por ejemplo, el pago de coimas. Una vez que estas sean pagadas, los Estados lograrían desvanecer las protecciones de las que el inversionista era beneficiario y se vuelve inmune de cualquier reclamo bajo el tratado.

89. Véase G. ROJAS ELGUETA, N. 75. “As stated by Lord Mansfield in the notorious English contract case *Holman v. Johnson* (1775), what justifies that the respondent has always an advantage is the fact that he is in the position of respondent “accidentally”.

90. Traducción libre. *Ibidem*. “In other words, if the claimant and respondent were to change sides, and the respondent was to bring his action against the claimant, the latter would then have the advantage of the ‘illegality defense’”.

*El arbitraje de inversiones como herramienta para fortalecer las políticas anticorrupción:
una evaluación crítica de la doctrina in pari delicto y la excepción de corrupción*

Como es evidente, en lugar de combatir la corrupción, esta situación podría promoverla⁹¹.

Esto pone en evidencia que su aplicación podría ser contraproducente con respecto a los esfuerzos en pos de la lucha contra la corrupción. Si bien apunta a que los inversionistas realicen sus inversiones de manera limpia para poder acogerse a todos los beneficios previstos en el tratado bilateral de inversión que los ampara (entre los cuales está la posibilidad de llevar sus reclamos a arbitraje), no genera incentivos para que el Estado evite ser partícipe de actos de corrupción, pues al menos en la vía arbitral, no tendrá sanción alguna. Por el contrario, inmiscuirse en corrupción puede terminar siendo un escape intencional al arbitraje.

En palabras de O'TOOLE:

En lugar de reducir la corrupción, las posiciones prefijadas de las partes en el arbitraje de inversión –los inversionistas actúan sistemáticamente como demandantes y los estados anfitriones de manera consistente como demandados– y las consecuencias unilaterales de un hallazgo de corrupción, en realidad podrían crear nuevos incentivos para el soborno⁹².

En conclusión, la aplicación de la doctrina *in pari delicto*, cuyo objetivo es evitar conceder remedio legal a inversionistas que se han inmiscuido en actos de corrupción, puede terminar teniendo efectos contraproducentes y frustrar la coordinación entre la lucha contra la corrupción y el arbitraje de inversiones.

91. Véase, L. O'TOOLE, N. 13. “*Extending the in pari delicto doctrine to investment arbitration gives the host-state an advantage, because the host-state will benefit from its almost certain position as respondent/defendant. The default rule is transformed from ‘in equal fault, the defendant’s case prevails’ to ‘in equal fault, the host-state’s case prevails.’ This default rule in investment arbitration actually creates an incentive for host-states to solicit bribes for investments. Once paid, these bribes will defeat the protections of investment treaties and immunize host-states from liability under the treaty. Rather than suppressing bribery, an investment tribunal system eager to hear and rule on allegations of bribery may actually encourage bribery.*”
92. Traducción libre. Ibidem. “*Rather than reducing corruption, the fixed roles of parties in investment arbitration —investors consistently acting as claimants and host-states consistently acting as respondents— and the one-sided consequences of a finding of corruption might actually create new incentives for bribery.*”

5. POSIBLES SOLUCIONES

A lo largo de las secciones precedentes hemos abogado por limitar la procedencia de la defensa de la corrupción en el arbitraje de inversiones y reevaluar la aplicabilidad de la doctrina *in pari delicto* en este ámbito. Consideramos que estas figuras no contribuyen con las políticas anticorrupción, pues permiten que cuando dos partes han participado en prácticas de corrupción, una asuma un gran costo mientras que la otra se ve beneficiada⁹³. Esta situación no desincentiva el cometimiento de prácticas de corrupción, pues dado que con antelación se conoce cuál será la parte perjudicada (el inversionista) y cuál la beneficiada (el Estado), podrían generarse incentivos para que esta última cometa actos de corrupción.

A nuestro parecer, a fin de evitar incentivos *ex ante* para el cometimiento de prácticas corruptas por parte del Estado, los tribunales arbitrales deben contar con un espectro más amplio de posibles remedios frente a disputas precedidas por actos de corrupción⁹⁴. Algunos tribunales arbitrales han contemplado la posibilidad de reconocer, a favor del inversionista, algún tipo de remedio legal a pesar de su participación en el esquema de corrupción⁹⁵.

Por ejemplo, en el caso *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, el tribunal arbitral se declaró incompetente pero concluyó que por la participación del Estado en los actos de corrupción, la cual es implícita en la propia naturaleza de la corrupción, es justo que las partes compartan los costos del arbitraje⁹⁶. Igualmente, en el caso *Fraport c. Filipinas* –un caso en el que, en opinión del tribunal arbitral, se vulneró el requisito de legalidad–, el tribunal

93. J. SUMMERFIELD, N. 19, p. 1.

94. Véase, G. ROJAS ELGUETA, N. 75. “[I]n order to avoid wrong ex-ante incentives on the future respondent, the arbitral tribunals should resort to a broader spectrum of remedies”.

95. Véase, *ibidem*. “[S]ome arbitral tribunals have contemplated the possibility of recognizing, in favor of the claimant, some sort of legal protection (other than contractual remedies), notwithstanding his participation to a corruption scheme”.

96. Véase, *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, N. 38, párr. 422. “That does not mean, however, that the State has not participated in creating the situation that leads to the dismissal of the claims. Because of this participation, which is implicit in the very nature of corruption, it appears fair that the Parties share in the costs”.

*El arbitraje de inversiones como herramienta para fortalecer las políticas anticorrupción:
una evaluación crítica de la doctrina in pari delicto y la excepción de corrupción*

arbitral, a pesar de declararse incompetente en razón de la materia, condenó a ambas partes a cubrir los costos del arbitraje de manera conjunta. Además, en su análisis, sostuvo que “los principios de justicia deberían exigir que un tribunal impida que un gobierno plantee a las violaciones de su propia ley como una defensa jurisdiccional cuando conscientemente ha pasado por alto y respaldado que una inversión no cumpla con su ley”⁹⁷.

Sin embargo, consideramos que, más allá de estos remedios preliminares, en el marco del arbitraje de inversiones es necesario alejarse de la idea de que no debe concederse remedio legal al actor si este se ha inmiscuido en actos de corrupción. Es fundamental, por ende, reevaluar la conveniencia de incluir en los tratados bilaterales de inversión disposiciones expresas acerca del cometimiento de actos de corrupción que impiden a los tribunales arbitrales conocer controversias precedidas por actos de esta naturaleza; y reconsiderar la postura que han tomado algunos tribunales arbitrales al declararse incompetentes aun en ausencia de estas disposiciones expresas, sobre la base del orden público, los principios generales del derecho y, en general, la doctrina *in pari delicto*.

En nuestra opinión, los Estados que han sido partícipes del accionar corrupto de los inversionistas deben ser impedidos de invocar la defensa de corrupción⁹⁸, por lo que los tribunales arbitrales deben estar facultados para conocer reclamos precedidos por corrupción.

Consideramos que ante alegaciones de corrupción los tribunales arbitrales deberían poder proceder como lo han hecho, por ejemplo, en casos como *MTD v. Chile*. Si bien en este caso no es-

97. Traducción libre. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Filipinas*, ICSID Caso No. ARB/03/25, párr. 346. “Principles of fairness should require a tribunal to hold a government estopped from raising violations of its own law as a jurisdictional defense when it knowingly overlooked them and endorsed an investment which was not in compliance with its law”.

98. Traducción libre. T. MESHEL, N. 66, p. 269. “A host state, and particularly a developing one, that was aware of, encouraged, or participated in, an investor’s corrupt behaviour, should be estopped from invoking the corruption defence in investment arbitration proceedings, or, alternatively, that remedies other than the complete dismissal of the investor’s claims should be devised to deal with the legal consequences of corruption”.

tuvo precedido por actos de corrupción, lo estuvo por actos que violentaron el requisito de legalidad o la obligación de que la inversión guarde conformidad con las leyes locales del Estado receptor. El tribunal arbitral, en lugar de declararse incompetente, conoció los méritos de la controversia y castigó al inversionista por el cometimiento de prácticas ilícitas al reducir sustancialmente el monto de indemnización que les correspondería por responsabilidad del estado. El tribunal redujo en 50% el monto de la indemnización a la que el inversionista tenía derecho y sostuvo lo siguiente: “el Tribunal considera que las Demandantes deben cubrir parte de los daños y perjuicios sufridos y el Tribunal estima que la parte correspondiente al 50% después de la deducción del valor residual de su inversión [...]”⁹⁹.

Es importante recordar que las políticas anticorrupción tienen como objetivo el bienestar general, al buscar eliminar las consecuencias nefastas de este fenómeno en el ámbito político, económico, social, etc. A nuestro parecer, más contribuye con el bienestar general el impedir que los Estados presuman que al cometer actos de corrupción podrían eximirse de sus obligaciones internacionales con los inversionistas –lo cual genera desincentivos para la inversión–, que el privar a la parte demandante del derecho a reclamar por haber cometido actos de corrupción.

Hacer que el estado anfitrión rinda cuentas, al menos hasta cierto punto, en tales circunstancias, podría ser más conducente al objetivo final de las políticas anticorrupción y la protección de la inversión internacional que centrarse únicamente en la corrupción del inversor y absolver al estado anfitrión corrupto de toda responsabilidad¹⁰⁰.

99. Traducción libre. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. República de Chile*, ICSID Caso No. ARB/01/7, párr. 246. “*The Tribunal considers therefore that the Claimants should bear part of the damages suffered and the Tribunal estimates that share to be 50% after deduction of the residual value of their investment calculated on the basis of the following considerations*”.

100. Traducción libre. T. MESHTEL, N. 66, p. 269. “*Holding the host state accountable, at least to some extent, in such circumstances, would arguably be more conducive to achieving the ultimate goal of anti-corruption policies and international investment protection than focusing solely on the investor’s corruption and absolving the corrupt host state from any and all responsibility*”.

6. RESUMEN Y CONCLUSIONES

Las alegaciones de corrupción se presentan cada vez con más frecuencia en el arbitraje de inversiones. Por lo tanto, es de vital importancia que los tribunales que se enfrenten a tales alegaciones estén dotados de las herramientas necesarias para promover la lucha contra la corrupción.

Actualmente, los Estados están dotados de la posibilidad de alegar la defensa de corrupción cuando un reclamo en su contra ha sido precedido por actos de corrupción. La finalidad de alegar esta defensa es objetar la competencia del tribunal arbitral, sobre la base de la doctrina *in pari delicto*, que busca impedir que se conceda remedio legal a quien ha cometido un ilícito junto a su contraparte.

Las herramientas que el arbitraje de inversiones actualmente ofrece para prevenir la corrupción sí podrían lograr desincentivar las prácticas corruptas en inversionistas. La posibilidad de que los Estados aleguen la defensa de corrupción y que los tribunales arbitrales rechacen sus reclamos sobre la base de la doctrina *in pari delicto* podría evitar que los inversionistas se vinculen con actos de corrupción a fin de garantizar que sus eventuales reclamos en contra del Estado serán resueltos en sede arbitral.

No obstante, estas figuras no parecen desincentivar las prácticas de corrupción por parte del Estado, pues ambas le eximen de participar en un proceso arbitral y evitan que prosperen los reclamos en su contra. Esto conlleva situación sumamente inequitativa, que impone a los inversionistas un alto costo por inmiscuirse en actos de corrupción y a los Estados una suerte de inmunidad. Podrían, incluso, promover los actos de corrupción porque la consecuencia lógica es que se evita el arbitraje y, por ende, el cumplimiento de sus obligaciones internacionales con los inversionistas.

María Gracia Naranjo Ponce

En consecuencia, consideramos que así como la doctrina *in pari delicto* impide que el inversionista obtenga tutela si fue partícipe de actos de corrupción; debería impedírsele al Estado alegar la defensa de corrupción si fue este quien participó de los actos de corrupción. Es necesario repensar la aplicación de la defensa de la corrupción desde la perspectiva de la ineficacia del dolo propio. Una correcta aplicación de esta doctrina implicaría que, así como a los inversionistas no se les permite que prosperen sus reclamos si sus actos estuvieron viciados de corrupción, en virtud de la doctrina *in pari delicto*; a los Estados no se les debería permitir alegar la defensa de corrupción. Por ende, los tribunales arbitrales deben contar con un espectro más amplio de posibles remedios frente a disputas precedidas por actos de corrupción.