

La corrupción como defensa en el arbitraje de inversión

Mauricio Ramírez Gordon*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 1, 2020. pp. 453-464

Resumen: En varios arbitrajes de inversión, los estados demandados han alegado que los inversionistas demandantes están involucrados en hechos de corrupción a funcionarios públicos y que por ello sus inversiones no deberían gozar de protección. El propósito de este artículo es determinar si esta defensa puede asistir a los estados demandados en la obtención de un laudo favorable. Este artículo analiza si esta defensa es una cuestión jurisdiccional, una cuestión de admisibilidad, o una defensa de fondo sobre los méritos del reclamo. Para responder estas preguntas, se tendrá en consideración lo sostenido en los laudos arbitrales y la doctrina académica que se han pronunciado sobre este tema. Se concluye que la corrupción es una defensa válida para los estados y puede ser usada para impugnar tanto la jurisdicción del tribunal arbitral como la admisibilidad del reclamo. Asimismo, la corrupción también puede ser alegada por los estados como una defensa de fondo sobre los méritos del reclamo.

Palabras clave: Corrupción, soborno, inversión

The corruption defense in investment arbitration

Abstract: *In several investor-state arbitration cases, respondent States have argued that claimant investors were involved in corruption schemes with public officers, and in consequence no investment protection should be granted to them. This is known as the "arbitration defense" and it has been subject to analysis by investment tribunals and arbitration scholars. The purpose of this paper is to determine whether such defense exists and can assist a respondent State in its efforts to get an arbitration claim dismissed. The paper will also analyze whether this defense supposes a challenge to the arbitral tribunal's jurisdiction, an admissibility challenge, or a proper defense that goes into the merits of the claim. Relevant international awards and academic publications that have addressed the corruption defense will be analyzed. It is concluded that corruption is a valid defense for host States and can be used in investment arbitration cases as either a jurisdiction or admissibility challenge or as a liability defense.*

Keywords: *Corruption, bribery, investment*

Recibido: 29/08/2020

Aprobado: 10/12/2020

* Abogado, Universidad Central de Venezuela. Especialista en Derecho Corporativo, Universidad Metropolitana. Candidato a la Maestría en Derecho y Política Internacional de los Recursos Naturales, Universidad de Dundee. E-mail: ramirezgordon@gmail.com

La corrupción como defensa en el arbitraje de inversión

Mauricio Ramírez Gordon*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 1, 2020. pp. 453-464

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN 1. La corrupción como defensa 2. La corrupción como cuestión jurisdiccional 3. La corrupción como objeción a la admisibilidad 4. La corrupción como defensa de fondo. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Acabar con la corrupción es un objetivo principal de política pública para acabar con la pobreza extrema e impulsar el desarrollo sostenible. La Organización de las Naciones Unidas incluye la reducción sustancial de la corrupción y el soborno en todas sus formas como una de las metas del Objetivo 16 de su Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible. El Objetivo 16 consiste en promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas, y la inclusión de la lucha contra la corrupción en la Agenda 2030 es un ejemplo de la relevancia que dicha lucha tiene en la política pública internacional.

Asimismo, en el derecho internacional, la lucha contra la corrupción es objeto de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción de 2003, ratificada por 187 países. Kofi Annan, entonces Secretario General de la Naciones Unidas, fue muy claro en el prefacio de la Convención:

La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana.¹

La concienciación sobre la importancia de la lucha contra la corrupción ha propiciado la investigación sobre las causas de la corrupción y cómo luchar contra ella desde todos los ámbitos de la sociedad. Un ejemplo de ello es el estudio de la relación entre el arbitraje de inversión y la corrupción. Dicha relación puede abordarse desde diferentes perspectivas: desde la corrupción interna en el procedimiento arbitral, en otras palabras,

* Abogado, Universidad Central de Venezuela (UCV). Especialista en Derecho Corporativo, Universidad Metropolitana (UNIMET). Candidato a la Maestría en Derecho y Política Internacional de los Recursos Naturales, Universidad de Dundee. E-mail: ramirezgordon@gmail.com

¹ Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, 31 de octubre de 2003, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 2349, p. 41; Doc. A/58/422., p iii

el pago de sobornos a los miembros del tribunal arbitral; pasando por la corrupción como causal de la solicitud de arbitraje de inversión, cuando esta supone una violación de las garantías del inversionista; hasta la corrupción como defensa del Estado anfitrión, la cual será el objeto de este artículo.

El tema de la corrupción como defensa puede plantearse en los siguientes términos: En diversos casos de arbitrajes de inversión, los estados anfitriones demandados han alegado que los inversionistas demandantes no debían recibir la protección otorgada por los tratados de protección de inversiones correspondientes, cuando las inversiones en cuestión han sido procuradas por medio de corrupción.

El propósito de este artículo será entonces determinar si la corrupción como defensa permite a los estados anfitriones eludir legítimamente sus obligaciones frente a los inversionistas internacionales, y de ser así, cómo puede ser planteada esta defensa por dichos estados. Así, este artículo describirá las tres formas en las cuales la corrupción como defensa puede ser alegada bajo el derecho internacional; esto es, como una cuestión jurisdiccional, como una cuestión de admisibilidad, y como una defensa de fondo.

1. La corrupción como defensa

Resulta evidente a la razón humana que el derecho no debería ser usado en beneficio de las causas ilícitas. El aforismo *ex turpi causa non oritur actio* sintetiza tal intuición al manifestar que no puede surgir una acción legal (*actio*) de una causa deshonrosa (*ex turpi causa*). Como corolario, las inversiones involucradas en corrupción no deberían ser protegidas por el derecho en general, y el derecho internacional de las inversiones en particular.

Asimismo, resulta natural que los estados anfitriones demandados, inmersos en el proceso adversarial y ante la perspectiva de ser condenados a pagar altas indemnizaciones a los inversionistas extranjeros, se opongan enérgicamente a los reclamos que éstos consideran que tienen por objeto inversiones involucradas en hechos de corrupción, especialmente si tales hechos tuvieron lugar en el Estado anfitrión durante la administración de gobernantes pasados.

Sin embargo, la aplicabilidad de la corrupción como defensa en el arbitraje de inversión no es un tema sencillo.² Las complejidades del tema son comprensibles, si se tiene en cuenta que el arbitraje de inversión surgió como medio de solución pacífico de controversias entre inversionistas extranjeros y estados anfitriones, con el propósito de brindar un mecanismo directo de adjudicación que supliera las deficiencias de la

² Mohamed Abdel Raouf, 'How Should International Arbitrators Tackle Corruption Issues?' (2009) 24 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 116, 129

protección diplomática y las tragedias del uso de la fuerza. Sencillamente, la lucha contra la corrupción no era uno de los objetivos detrás del surgimiento de este tipo de arbitraje, ni era siquiera un tema en la agenda internacional. En consecuencia, combatir la corrupción no es uno de los objetivos originales del arbitraje de inversión³ y por ello la institución no está completamente equipada para hacerlo.

Ahora bien, la corrupción como defensa forma parte de una tendencia en el arbitraje de inversión de pasar “de una posición de absoluta protección a una situación de protección calificada”⁴ de los inversionistas, de acuerdo con los objetivos de la protección internacional de inversiones: promover la inversión y contribuir al bienestar de la sociedad,⁵ sin dejar de lado la importancia de combatir la corrupción, al no permitir que las inversiones involucradas en hechos corruptos se beneficien de la protección internacional. Es decir, esta tendencia apunta a que no cualquier inversión extranjera puede gozar de protección, sino que para ser protegida ésta también deberá cumplir con ciertos requisitos, como el de ser lícita.

La forma en la que las partes de un arbitraje de inversión (inversionista extranjero y estado anfitrión) participan en la corrupción puede variar. En algunos casos, es el inversionista quien se acerca a los funcionarios públicos para ofrecerles sobornos. Si los funcionarios aceptan el soborno, se configura el delito de corrupción y ambas partes estarían incurso en este.⁶ En otros casos, son los funcionarios públicos quienes contactan al inversionista para extorsionarlo, exigiendo pagos indebidos a cambio de protección para sus inversiones. En este caso, puede argumentarse que el inversionista no está incurso en corrupción pues habría pagado bajo coacción, sin consentir en la corrupción. Podría ser este un caso de extorsión, en lugar de un caso de corrupción. De ser así, sólo en el primero de los casos podría el estado anfitrión alegar la corrupción como defensa.⁷ En el segundo caso, la extorsión podría ser más bien alegada por el inversionista extranjero como violación de las garantías a su inversión.

Volviendo al tema de la corrupción como defensa, hay tres maneras en las que un estado anfitrión puede presentar esta defensa en sede de arbitraje de inversión. Primero, el estado anfitrión puede alegarla como una cuestión jurisdiccional.⁸ Segundo,

³ Aloysius Llamzon, 'The Control of Corruption through International Investment Arbitration: Potential and Limitations' (2008) 102 Proceedings of the ASIL Annual Meeting 208

⁴ M. Somarajah, *The International Law on Foreign Investment* (4 edn, Cambridge University Press 2017) 302

⁵ Comisión Europea, Memo/10/303 'Q&A: Commission launches comprehensive European international investment policy' (2010) enlace: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_10_303 (consultado el 26 de agosto de 2020)

⁶ Algunos autores consideran que los estados no son siempre responsables por la corrupción de sus funcionarios públicos, y que en tales casos el inversionista sería la única parte responsable. Véase Mohamed Abdel Raouf (n 2), p 135

⁷ Para un estudio minucioso de la responsabilidad estatal por corrupción en el contexto del arbitraje de inversión, véase Isuru C Devendra, 'State Responsibility for Corruption in International Investment Arbitration' (2019) 10 Journal of International Dispute Settlement 248

⁸ MetalTech Ltd. contra la República de Uzbekistán, Caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo del 4 de octubre de 2013

el estado anfitrión puede usarla como una objeción a la admisibilidad del reclamo.⁹ Tercero, el estado anfitrión puede alegarla como defensa de fondo. Si bien sólo la última de estas formas puede ser considerada una defensa propiamente dicha, es decir, como circunstancia que excluye la ilicitud de la actuación estatal, en este artículo las tres formas serán referidas genéricamente como “defensas”. Las tres formas serán analizadas en detalle a continuación

2. La corrupción como cuestión jurisdiccional

Un tribunal arbitral de inversión tiene jurisdicción sobre una disputa si se cumplen tres requisitos: (i) la disputa versa sobre una inversión; (ii) la disputa existe entre un estado anfitrión y un inversionista de otro estado; y (iii) ambas partes han expresado su consentimiento al arbitraje.¹⁰

El primer requisito, la jurisdicción por la materia o *ratione materiae* brinda la primera oportunidad al estado anfitrión para alegar la corrupción como defensa. Esta defensa consiste en alegar que el tratado de inversión relevante sólo protege aquellas inversiones hechas legalmente, es decir, no protege aquellas inversiones involucradas en corrupción.

Para presentar esta defensa, el estado anfitrión debe revisar la definición de inversión contenida en el tratado relevante. Los tratados de inversión suelen incluir un calificativo de legalidad a través de la frase “de acuerdo con las leyes del estado anfitrión”. Esta frase suele ser incluida justo después de la definición de inversión o en la sección sobre la admisión y el establecimiento de la inversión.¹¹

La fórmula “de acuerdo con las leyes del estado anfitrión” ha sido interpretada por algunos autores y tribunales como un requisito de que las inversiones sean hechas legalmente para que puedan gozar de protección, lo cual incluye el cumplimiento con las leyes anticorrupción del estado anfitrión.¹² Sin embargo, es importante destacar que esta interpretación no es generalmente aceptada y, sumado a ello, los tratados internacionales de inversión no suelen incluir disposiciones expresas en materia de corrupción.¹³

El tribunal arbitral de la disputa Metal-Tech Ltd. contra Uzbekistán decidió que no tenía jurisdicción porque la inversión estaba viciada por actividades ilegales, específica-

⁹ World Duty Free Company Limited contra la República de Kenya, Caso CIADI No. ARB/00/7, Laudo del 4 de octubre de 2006

¹⁰ R. Dolzer and C. Schreuer, *Principles of International Investment Law* (OUP Oxford 2012) 245, 249, 254

¹¹ *Ibid*, 92-93

¹² *Ibid*, 64, 93

¹³ Carolyn Lamm and Andrea Menaker, ‘The Consequences of Corruption in Investor-State Arbitration’ in Meg et al Kinnear (ed), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* (Wolters Kluwer 2015) 434

mente corrupción.¹⁴ Así, el tribunal arbitral admitió la defensa de corrupción presentada por el estado anfitrión. Este laudo resulta interesante porque reconoce que el estado anfitrión participó en la corrupción y ordena a las partes asumir los costos del arbitraje en partes iguales. Sin embargo, al reconocer que el estado anfitrión propició la situación irregular que luego usó como defensa, e permitió al estado beneficiarse de su propio delito. Por esta razón, esta decisión fue criticada por violar el principio general de derecho internacional *nullus commodum capere de sua iniuria propria*¹⁵, según el cual las partes no pueden beneficiarse de sus propios actos ilícitos.

En otro caso, el tribunal arbitral de la disputa Inceysa contra El Salvador decidió que no tenía jurisdicción sobre la disputa porque la inversión no se encontraba dentro del alcance del tratado de inversión relevante al no cumplir con el requisito de legalidad.¹⁶ Este caso no versaba sobre hechos de corrupción sino sobre las falsas representaciones hechas por el inversionista durante un proceso de licitación, de manera que el estado anfitrión no tuvo participación alguna en la ilicitud. Este caso sentó un precedente importante porque fue el primero en el cual un tribunal arbitral declaró no tener jurisdicción como consecuencia de la ilegalidad de las inversiones en disputa.¹⁷

Entonces, si la definición de inversión en el tratado relevante incluye la fórmula “de acuerdo con las leyes del estado anfitrión” u otra variación que conlleva a interpretar de que las inversiones protegidas son aquellas hechas legalmente, un tribunal no tendría jurisdicción *ratione materiae* sobre las disputas concernientes a corrupción que emanen de dicho tratado. Así, la corrupción como defensa debería prosperar.

Algunos autores se han opuesto a la defensa de corrupción como cuestión jurisdiccional, pues consideran que decidir el alegato de corrupción requiere un análisis legal separado, mucho más profundo que el análisis preliminar que conlleva determinar la jurisdicción del tribunal sobre la disputa. En consecuencia, algunos autores plantean que el análisis *ratione materiae* en relación con la fórmula “de acuerdo con las leyes del estado anfitrión” no debe considerar si la inversión está o no involucrada en corrupción, porque:

las acciones o conductas de las partes al adquirir las inversiones en el estado anfitrión pueden involucrar medios ilegales, esto es, corrupción, pero esto no cambia la naturaleza de la inversión ni la hace inmediatamente ilegal (...) En consecuencia, la cláusula ‘de acuerdo con las leyes del estado anfitrión’ no debe servir de base para excluir a las inversiones de la jurisdicción en casos de corrupción¹⁸ (traducción propia)

¹⁴ MetalTech Ltd. contra la República de Uzbekistán

¹⁵ Devendra, ‘State Responsibility for Corruption in International Investment Arbitration’ 276

¹⁶ Inceysa Vallisoletana S.L. contra la República de El Salvador, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo arbitral del 2 de agosto de 2006, para. 335

¹⁷ Dolzer and Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 95

¹⁸ S.A. Kulkarni, ‘Enforcing Anti-Corruption Measures Through International Investment Arbitration’ (2013) 3 Transnational Dispute Management, 16-17

Ahora bien, en nuestra opinión, que el tribunal arbitral tenga o no suficiente evidencia de la corrupción como para declinar su jurisdicción es un asunto distinto al significado de la fórmula "de acuerdo con la ley del estado anfitrión". Esta fórmula evidentemente excluye las inversiones corruptas del alcance de los tratados de inversión, resultando posible para el estado anfitrión plantear la corrupción como defensa jurisdiccional. Sin embargo, desde un punto de vista estratégico, debe tenerse en cuenta que desechar el reclamo por falta de jurisdicción permite a la parte demandante impugnar el laudo por falta de ejercicio de la jurisdicción. En cambio, un laudo que desecha el reclamo por su inadmisibilidad o por falta de méritos por lo general no puede ser impugnado.¹⁹

La discusión sobre el estándar probatorio requerido para decidir un alegato de corrupción en la fase de jurisdicción escapa del propósito de este artículo. Sin embargo, es importante tener en cuenta que esta discusión da lugar a una de las principales críticas contra la defensa de corrupción como cuestión jurisdiccional, como ya fue mencionado.

La crítica puede construirse así: En la fase preliminar del arbitraje, un análisis completo de las pruebas es impráctico y, más aún, no es posible dictar una decisión definitiva sobre los méritos del reclamo.²⁰ Así, el tribunal arbitral tendría que decidir *prima facie* si el reclamo cumple los requisitos *ratione materiae*. Como probablemente el tribunal no pueda decidir *prima facie* si la inversión estuvo involucrada en corrupción, lo consecuente sería asumir jurisdicción sobre la disputa y posteriormente examinar el alegato de corrupción en la fase de méritos.

En cualquier caso, si la corrupción como defensa jurisdiccional fracasa, el estado anfitrión puede plantear la corrupción como defensa contra la admisibilidad del reclamo.

3. La corrupción como objeción a la admisibilidad

La corrupción como defensa también ha sido planteada como circunstancia que previene la admisión de un arbitraje de inversión. En estos casos, la corrupción como defensa plantea la inadmisibilidad del reclamo debido a que su contenido viola los principios generales del derecho internacional.

La diferencia procesal entre la corrupción como cuestión jurisdiccional y como cuestión de admisibilidad es evidente, pues el planteamiento de esta última implica que el tribunal arbitral ha decidido positivamente su jurisdicción.

¹⁹ Andrew Newcombe, 'Investor misconduct: Jurisdiction, admissibility or merits?' in Chester Brown and Kate Miles (eds), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (Cambridge University Press 2011), 199

²⁰ Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press 2009) 275

Por otra parte, la diferencia de fondo entre jurisdicción y admisibilidad en el arbitraje de inversión es controversial.²¹ La controversia es acentuada por el hecho de que las Reglas de Arbitraje del CIADI y el Reglamento de Arbitraje del CNUDMI no distinguen entre ambos conceptos.²² Sin embargo, el caso de la corrupción como defensa puede ser útil para intentar diferenciarlos. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, el objetivo de una defensa jurisdiccional es que el tribunal arbitral se declare incompetente para conocer la disputa por completo. La objeción a la admisibilidad, en cambio, tiene como objetivo conseguir una decisión del tribunal arbitral por cualquier otro motivo distinto a sus méritos últimos.²³ En otras palabras, la cuestión de la admisibilidad apunta a la naturaleza del reclamo y señala la existencia de impedimentos para que un tribunal debidamente constituido pueda conocer de la disputa.²⁴

Debe resaltarse que la defensa de corrupción, sea que tome la forma de una cuestión jurisdiccional o la forma de una cuestión de admisibilidad, se erige sobre una misma idea. Esta es, que los tratados internacionales no pueden proteger derechos obtenidos por medios ilícitos.²⁵ Sin embargo, el razonamiento jurídico detrás de la objeción a la admisibilidad es mucho más complejo.

El origen de esta defensa se puede encontrar en el laudo arbitral del caso *Argentine Engineer contra British Company*, en el cual el tribunal decidió que no podía negarse que existía un principio general de derecho reconocido por las naciones civilizadas según el cual los contratos que violan flagrantemente el *bonos mores* u orden público internacional son inválidos o al menos inejecutables y no pueden ser validados por tribunales ni por árbitros.²⁶

De acuerdo con laudos arbitrales contemporáneos y publicaciones académicas, es posible argumentar que la corrupción viola tanto el *bonos mores* como el orden público internacional.

Sobre la corrupción como violación del *bonos mores*, el Reporte Final del Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la Asociación de Derecho Internacional sobre el Orden Público como Barrera para la Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales de 2003 estableció que el soborno y la corrupción son generalmente considerados una violación del *bonos mores* y la mayoría de los tribunales se negarían a reconocer acuerdos relacionados con corrupción incluso si las partes y los actos de corrupción

²¹ Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer, 'The Oxford handbook of international investment law' (2008) 919

²² Newcombe, 'Investor misconduct: Jurisdiction, admissibility or merits?' 194

²³ Muchlinski, Ortino and Schreuer, 'The Oxford handbook of international investment law'

²⁴ Newcombe, 'Investor misconduct: Jurisdiction, admissibility or merits?' 193

²⁵ Angelica Bonfanti, 'Foreign Investment, International Law and Common Concerns' in Tullio Treves, Francesco Seatzu and Seline Trevisanut (eds), *Foreign Investment, International Law and Common Concerns* (Routledge 2013) 487

²⁶ *Argentine Engineer contra British Company*, Caso No. 1110 de 1963, 21 Y.B. Comm.Arb. 47 (ICC Int'l Ct. Arb.)

son extranjeros.²⁷ De manera similar, el laudo dictado en el caso *Wena Hotels* contra Egipto consideró que los tribunales internacionales han sostenido con frecuencia que la corrupción es contraria al *bonos mores* internacional.²⁸

En relación con la violación del orden público internacional, el tribunal arbitral en el caso *World Duty Free* contra Kenya decidió que, a la luz de las leyes locales y convenciones internacionales en materia de corrupción, así como de acuerdo con los precedentes judiciales y arbitrales, estaba convencido de que el soborno es contrario al orden público internacional de la mayoría de los estados.²⁹

Asimismo, algunos autores han argumentado que la corrupción como defensa presentada en la fase de admisibilidad debería ser aceptada en casos atroces en los cuales la conducta impropia bajo cuestionamiento deba ser denunciada explícitamente.³⁰

Siguiendo el razonamiento de *Argentine Engineer*, así como los razonamientos a favor de considerar la corrupción como una violación del *bonos mores* y el orden público internacional, se debe concluir que los reclamos de inversión que versan sobre inversiones corruptas no pueden ser admitidos por los tribunales arbitrales y la defensa de corrupción debe prevalecer.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que a pesar de que invocar el orden público internacional se ha convertido en una práctica del arbitraje de inversión, se critica que este concepto no esté expresamente vinculado a las fuentes del derecho internacional.³¹ Es decir, el orden público internacional por sí mismo no es una fuente de derecho internacional y en consecuencia este debería emanar de alguna otra fuente, sea los tratados internacionales, la costumbre internacional o los principios generales del derecho.

4. La corrupción como defensa de fondo

La tercera forma de alegar la corrupción como defensa es como una defensa propiamente dicha que excluya la responsabilidad del estado. En este caso, se asume que el tribunal arbitral ya ha establecido su jurisdicción y admitido el reclamo. Sin embargo, la defensa de corrupción todavía puede tener éxito.

²⁷ Pierre Mayer and Audley Sheppard, 'Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*' (2014) 19 *Arbitration International* 249 257

²⁸ *Wena Hotels Ltd. contra la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Laudo del 8 de diciembre de 2000, para. 111

²⁹ *World Duty Free Company Limited contra la República de Kenya*, para. 157

³⁰ Newcombe, 'Investor misconduct: Jurisdiction, admissibility or merits?' 199

³¹ Jean-Michel Marcoux, 'Transnational Public Policy as an International Practice in Investment Arbitration' (2019) 10 *Journal of International Dispute Settlement* 496, 500

Cuando los inversionistas alegan que el estado anfitrión ha ejercido su potestad regulatoria en contravención con los estándares de protección contenidos en el tratado de inversión, como el estándar de trato justo y equitativo, el estado anfitrión puede defender su potestad regulatoria como una reacción de buena fe (*bona fides*) ante hallazgos de corrupción que involucran a la inversión en cuestión.³²

Siendo que generalmente los inversionistas no tienen derecho a compensación si sus inversiones son confiscadas por el Estado anfitrión como resultado de una sanción por la violación de la legislación nacional, una medida tomada por un Estado anfitrión que pudiera ser interpretada como una violación de las garantías a la inversión no constituiría violación alguna si es el resultado de una respuesta legítima del Estado contra la corrupción del inversionista.

CONCLUSIONES

La corrupción está sistemáticamente prohibida por el derecho internacional y el derecho nacional alrededor del mundo. En los últimos años se ha identificado una tendencia en la doctrina académica y en algunos tribunales arbitrales que considera que las inversiones involucradas en corrupción no deberían recibir protección bajo el derecho de la inversión.

En los términos anteriormente expuestos, una inversión involucrada en corrupción no será considerada una inversión protegida bajo los tratados de protección de inversiones y en consecuencia los árbitros no tendrán jurisdicción sobre la disputa. Si por el contrario el tribunal arbitral decide que sí tiene jurisdicción para adjudicar la disputa, la solicitud de arbitraje de inversión no sería admisible por ser violatoria de los principios generales del derecho internacional. Finalmente, si la solicitud es admitida, el Estado anfitrión no sería responsable si las medidas regulatorias objeto de la disputa fueron tomadas como respuesta ante hechos de corrupción.

En consecuencia, puede concluirse que alegar que una inversión estuvo involucrada en hechos corruptos es una defensa válida para el Estado anfitrión en casos de arbitraje de inversión. Además, puede decirse que la corrupción es tan repudiada por el derecho, que la defensa de corrupción ataca al mismo tiempo la jurisdicción, la admisibilidad y el fondo de la demanda.

³² ICSID, 'Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment' (1992) 7 ICSID Review - Foreign Investment Law Journal 297

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes primarias

- Argentine Engineer contra British Company, Caso No. 1110 de 1963, 21 Y.B. Comm.Arb. 47 (ICC Int'l Ct. Arb.)
- Inceysa Vallisoletana S.L. contra la República de El Salvador, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo arbitral del 2 de agosto de 2006
- MetalTech Ltd. contra la República de Uzbekistán, Caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo del 4 de octubre de 2013
- Wena Hotels Ltd. contra la República Árabe de Egipto, Caso CIADI No. ARB/98/4, Laudo del 8 de diciembre de 2000
- World Duty Free Company Limited contra la República de Kenya, Caso CIADI No. ARB/00/7, Laudo del 4 de octubre de 2006

Fuentes secundarias

- Bonfanti A, 'Foreign Investment, International Law and Common Concerns' in Treves T, Seatzu F and Trevisanut S (eds), *Foreign Investment, International Law and Common Concerns* (Routledge 2013)
- Devendra IC, 'State Responsibility for Corruption in International Investment Arbitration' (2019) 10 *Journal of International Dispute Settlement* 248
- Dolzer R and Schreuer C, *Principles of International Investment Law* (OUP Oxford 2012)
- Douglas Z, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press 2009)
- ICSID, 'Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment' (1992) 7 *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 297
- Kulkarni SA, 'Enforcing Anti-Corruption Measures Through International Investment Arbitration' (2013) 3 *Transnational Dispute Management*
- Lamm C and Menaker A, 'The Consequences of Corruption in Investor-State Arbitration' in Kinnear Mea (ed), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* (Wolters Kluwer 2015)
- Llamzon A, 'The Control of Corruption through International Investment Arbitration: Potential and Limitations' (2008) 102 *Proceedings of the ASIL Annual Meeting* 208
- Mayer P and Sheppard A, 'Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*' (2014) 19 *Arbitration International* 249
- Marcoux J-M, 'Transnational Public Policy as an International Practice in Investment Arbitration' (2019) 10 *Journal of International Dispute Settlement* 496
- Muchlinski P, Ortino F and Schreuer C, *The Oxford handbook of international investment law* (2008)
- Newcombe A, 'Investor misconduct: Jurisdiction, admissibility or merits?' in Brown C and Miles K (eds), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (Cambridge University Press 2011)
- Raouf MA, 'How Should International Arbitrators Tackle Corruption Issues?*' (2009) 24 *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 116
- Sornarajah M, *The International Law on Foreign Investment* (4 edn, Cambridge University Press 2017)