

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Disyuntivas: naturaleza jurídica de la doctrina de las
manos limpias en Arbitraje Internacional de
Inversiones**

Rafaella Romo Leroux Chacón

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogado

Quito, 18 de abril de 2024

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Raffaella Romo Leroux Chacón

Código: 00209696

Cédula de identidad: 172045607-6

Lugar y Fecha: Quito, 18 de abril de 2024

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

**DISYUNTIVAS: NATURALEZA JURÍDICA DE LA DOCTRINA DE LAS MANOS LIMPIAS EN
ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES¹**

**DISJUNCTIONS: THE LEGAL NATURE OF THE CLEAN HANDS DOCTRINE IN
INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION**

Rafaella Romo Leroux Chacón²
rafaelaromoleroux@gmail.com

RESUMEN

Existen varias limitaciones a la protección de las inversiones extranjeras. Una de ellas es la doctrina de las manos limpias, figura que pretende impedir que inversionistas accedan a métodos alternativos de solución de conflictos, como el arbitraje, cuando han realizado actos catalogados bajo el paraguas de la corrupción. En este sentido, la naturaleza jurídica de dicha figura, aplicable por tribunales arbitrales, es controvertida. Pudiéndose aplicar como un requisito de legalidad del tratado bilateral de inversiones, regla de orden público, o principio general del Derecho Internacional. El presente estudio analizó, mediante una metodología integral, el sistema internacional de protecciones como una institución fundamental, la doctrina de las manos limpias como una máxima de la equidad, y los laudos más aclamados por la literatura, para demostrar que la esencia de la doctrina no puede ser otra que aquella condicionada a la presencia de una cláusula de reenvío en los tratados de inversiones.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje Internacional, inversiones, corrupción, doctrina de las manos limpias, naturaleza jurídica.

ABSTRACT

There are several limitations to the protection of foreign investments. One of them is the doctrine of clean hands, a figure that seeks to prevent investors from accessing alternative dispute resolution such as arbitration, when they have carried out acts classified under the umbrella of corruption. In this sense, the legal nature of such figure, applicable by arbitration tribunals, is controversial. It can be applied as a requirement of legality of the bilateral investment treaty, a truly international public policy, or a general principle of international law. This study analyzed, through an integrated methodology, the international system of protections as a fundamental institution, the doctrine of clean hands as a maxim of equity, and the most acclaimed awards in the literature, to demonstrate that the essence of the doctrine cannot be other than that conditioned to the presence of a referral clause in investment treaties.

KEY WORDS

International arbitration, investment, corruption, clean hands doctrine, legal nature

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Carla Cepeda Altamirano.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO TEÓRICO.- 3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.- 4. ESTADO DEL ARTE.- 5. DESARROLLO.- 5.1. EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES INTERNACIONALES: ¿INSTITUCIÓN FUNDAMENTAL?.- 5.2. LA DML: LIMITANTE A LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES INTERNACIONALES.- 5.3. APLICACIÓN DE LA DML EN ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES.- 6. CONCLUSIONES.

1. Introducción

El 24 de febrero de 1998, como lo narra el autor americano Bulovsky, el gobierno de Kenia tomó control de las tiendas de la empresa *World Duty Free Company Limited* en los aeropuertos de Nairobi y Mombasa. El propósito de los funcionarios públicos era claro: borrar toda la evidencia de que la inversión de dicha compañía se había realizado en el país a través de un soborno avaluado en USD 2 millones al expresidente Daniel arap Moi³.

Aun así, cuando la empresa demandó el incumplimiento del tratado bilateral de inversiones, TBI, por expropiación directa de la inversión, el Estado anfitrión manifestó como excepción a la jurisdicción que la inversión no podía considerarse protegida al haberse realizado mediante actos ilegales⁴. De esta manera, empleando la renombrada doctrina de las manos limpias, DML.

Si bien el caso citado es tan solo un ejemplo de los escenarios en los cuales el Estado participó de corrupción, son muchos los casos en los que los inversores han actuado de manera aislada e ilegítima para conseguir inversiones. A consecuencia de ello, como se examinará en este trabajo, en los últimos veinte años, los Estados han aplicado - con mayor frecuencia- la DML como un ‘escudo’ ante los convenios arbitrales que

³ Andrew Bulovsky, “Promises Unfulfilled: How Investment Arbitration Tribunals Mishandle Corruption Claims and Undermine International Development”, *Michigan Law Review* 118 (2019), 118

⁴ Andrew Bulovsky, “Promises Unfulfilled: How Investment Arbitration Tribunals Mishandle Corruption Claims and Undermine International Development”, 118.

permiten que inversionistas protejan su inversión en el marco del Derecho Internacional Público⁵.

No obstante, existe un amplio debate acerca de cuál es la naturaleza jurídica de la doctrina aplicable al arbitraje internacional de inversiones. Pues, la misma ha sido poco analizada por tribunales arbitrales, no existe consenso, y tampoco se ha desarrollado una regulación expresa que la condicione.

Independientemente de que podría parecer una discusión meramente teórica, el determinar la esencia legal de dicha doctrina resulta relevante dado que prefija bajo qué condiciones y cuándo es efectiva esta ‘defensa de la corrupción’. Pues, si se considera un principio general del Derecho Internacional o ley de orden público propiamente internacional, no resultaría necesario que exista un reenvío al derecho interno o una disposición expresa en el TBI para determinar que la inversión se encuentra fuera de protección. Por el contrario, de identificarse como un concepto dependiente de la legalidad del propio tratado, se requeriría de una cláusula expresa. De esta manera, provocando que muchos actos de corrupción pudiesen quedar impunes a falta de ella.

En aras de brindar una respuesta a dicha interrogante, el presente trabajo analizará el sistema de protección de las inversiones internacionales en atención a su origen, motivo de existencia, y posibles limitaciones. En segundo lugar, determinará a la corrupción como un mal internacional que ha dado lugar a la DML; y finalmente, abordará el razonamiento jurídico de los laudos arbitrales más renombrados en la materia.

Para tal efecto, la propuesta metodológica será integral. Comprenderá una revisión histórica de las inversiones extranjeras y el *equity*, una comparación casuística de laudos renombrados en cuanto a la DML, y el análisis de opiniones doctrinarias por medio de una metodología cualitativa. De igual manera, se determinará la esencia jurídica de la DML, mediante una metodología deductiva, partiendo del régimen de protección a las inversiones extranjeras a la aplicación de la doctrina en la práctica.

2. Marco teórico

Para efectos de este estudio, se han extraído tres líneas teóricas principales que buscan dar solución al carácter de la DML utilizado en el Arbitraje Internacional de

⁵ Isuru Devendra, “*State responsibility for corruption in international investment arbitration*”, *Journal of International Dispute Settlement* 10 (2019), 248.

Inversiones, AII. Las mismas se expondrán brevemente con el fin de observar sus planteamientos y guiar el desarrollo de la investigación.

En primera instancia, bajo la concepción del *legality requirement*, una inversión no puede declararse ilegal cuando en el TBI no se ha determinado como obligación explícita que la misma deba constituirse acorde a la normativa interna del Estado anfitrión o en ausencia de actos corruptos⁶. Una obligación que, generalmente, se encuentra presente en la cláusula definitoria de inversión y que podría llevar a los foros arbitrales a declarar que carecen de jurisdicción de carácter *ratione materiae* y *ratio voluntatis*. La DML, así, sería un concepto jurídico dependiente de la legalidad del propio TBI⁷.

Dentro de esta posición, es significativo mencionar que el requisito de legalidad aplica sobre una base temporal: el momento de realización de la inversión. Por tanto, si los actos de ilegalidad ocurriesen con posterioridad al establecimiento de la inversión, es decir, durante su ejecución, la DML no resultaría aplicable y la inversión se mantendría protegida⁸.

En segunda instancia, la línea doctrinal, catalogada como *transnational public policy*, establece que la violación de reglas internacionales anticorrupción, contempladas en convenios internacionales, derecho comparado o laudos arbitrales, por parte de la inversión, provocaría que los tribunales carezcan de jurisdicción. En este sentido, la DML tendría el carácter de una norma de orden público propiamente internacional⁹. Certos autores han manifestado que el hecho de que el inversionista hubiese sobornado al mandatario del Estado anfitrión para obtener una concesión reflejaría una violación a la misma¹⁰.

En tercera instancia, desde el ámbito del Derecho Internacional Público, existen aquellos que sostienen que, en ausencia de un requisito de legalidad o regla de orden público, la DML sería implementable como un principio general del Derecho Internacional¹¹. Esta corriente razona que la doctrina forma parte de la conciencia jurídica

⁶ Andrés Álvarez Calderón Campos, “Corrupción en arbitraje internacional de inversiones: ¿es un peligro o un salvavidas para países en desarrollo?”, *Themis Revista de Derecho* 77 (2020), 459.

⁷ Mariano De Alba, “*Drawing the Line: Addressing Allegations of Unclean Hands in Investment Arbitration*”, *Revista de Direito Internacional* 12 (2015), 325-326.

⁸ Lodovico Amianto, “*The Role of ‘Unclean Hands’ Defenses in International Investment Law*”, *McGill Journal of Dispute Resolution* 6 (2019), 10-11.

⁹ Lodovico Amianto, “*The Role of ‘Unclean Hands’ Defenses in International Investment Law*”, 20-23.

¹⁰ Mariano De Alba, “*Drawing the Line: Addressing Allegations of Unclean Hands in Investment Arbitration*”, 326.

¹¹ Liew Dominic Junior, “*Finding Clarity amidst Confusion: Cleaning up the Clean Hands Doctrine in International Investment Law*”, *Singapore Academy of Law Journal* 32 (2020), 646-655.

de los sistemas anglosajón y greco-romano, pero también ha sido expresamente referida por árbitros como la máxima latina ‘no se puede oír a nadie invocar su propia vileza’¹².

Debido a que el propósito de este estudio es indagar laudos arbitrales en los cuales se haya analizado la naturaleza jurídica de la DML, cada una de estas posturas serán abordadas en el desarrollo. Sin embargo, considerando que la controversia en cuanto al problema jurídico propuesto se encuentra vigente, se ha observado mayor predominio de la línea teórica descrita como *legality requirement* en escritos similares. Por lo cual, este texto expondrá por qué la misma ha sido determinada como la mejor implementable al AII.

3. Marco normativo y jurisprudencial

Dado que el presente trabajo pretende determinar la naturaleza jurídica de la DML que permite calificar como ilegal una inversión y revocar las protecciones otorgadas por los TBI, se estudiarán las normas y jurisprudencia que disciplinan estas instituciones en el ámbito internacional.

En este sentido, en cuanto a la posibilidad de acudir a AII, uno de los artículos centrales a analizarse es el 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Convenio CIADI, que prescribe la jurisdicción de los árbitros de su centro¹³. Un cuerpo relevante en el desarrollo de esta investigación, al determinar los sujetos que intervienen, nacimiento del consentimiento, y análisis de competencia por parte de tribunales arbitrales en AII. Siendo, además, complementaria a la DML bajo la naturaleza del *legality requirement*.

Por su lado, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, UNCAC, dispone sanciones y la obligación a cada nación parte, de adoptar las medidas necesarias para tipificar como delito actos que pueden estipularse bajo el ‘paraguas’ de la corrupción¹⁴. Punto significativo al tratar a la DML como una *transnational public policy* instaurada por la comunidad internacional para frenar el ‘virus’ de la corrupción’.

Respecto a laudos arbitrales, la jurisprudencia ha tenido un escaso tratamiento del tema. Algunos pronunciamientos han analizado la normativa interna del Estado anfitrión y calificado que la inversión no cumplía con las salvedades legales para ser

¹² Lodovico Amianto, “*The Role of “Unclean Hands” Defenses in International Investment Law*”, 16.

¹³ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados [Convenio CIADI], Washington, 14 de octubre de 1966.

¹⁴ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción [UNCAC], Nueva York, 31 de octubre de 2003, ratificada por el Ecuador el 15 de diciembre de 2005.

considerada tal bajo los TBI. En concreto, aplicaron la DML como un fundamento jurídico dependiente de las cláusulas de reenvío presentes en los TBI y por ello, declararon su incompetencia *ratione materiae*¹⁵.

De manera similar, existen árbitros que manifiestamente han fallado que las inversiones deben ser realizadas con respeto al orden público. Por consiguiente, han revisado convenciones internacionales y laudos semejantes en cuanto a la conducta ilícita presente en la *litis*, para comprobar si la DML es una regla de orden público propiamente internacional¹⁶.

Por el contrario, existen casos en los que no se ha hecho expresa referencia a la doctrina, pero se ha indicado que existen principios generales del derecho aplicables a la controversia que no se desprenden textualmente del TBI¹⁷. Entre ellos, la prohibición de proteger inversiones que hubiesen violado la máxima de que nadie puede beneficiarse de su propio dolo. Una locución que se puede entender propia de la DML¹⁸. La motivación incluida en este tipo de laudo será fundamental para el razonamiento de esta investigación.

Por último, no se puede dejar de mencionar la existencia de un pronunciamiento en el cual se ha rechazado abiertamente la aplicación de la DML como un principio del Derecho Internacional. Pues, el foro determinó que el reclamado no pudo citar un laudo mayoritario que le otorgara dicho *status*¹⁹. No obstante, esta decisión es altamente criticada por la literatura jurídica y por ello, persiste la discrepancia en cuanto a esta naturaleza jurídica de la DML.

4. Estado del arte

El presente apartado abordará una revisión exhaustiva de la discusión jurídica en torno a la DML, aplicable a controversias en las cuales se ha alegado la existencia de actos de corrupción por parte de inversionistas. Principalmente, se centrará en la conceptualización de esta figura en discrepancia y su naturaleza jurídica en atención a lo manifestado por la literatura, lo cual a lo largo del trabajo será comparado con precedentes relevantes en la materia.

¹⁵ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, CIADI, 10 de diciembre de 2014.

¹⁶ *Ver, World Duty Free Company Limited c. Kenya*, CIADI, 04 de octubre de 2006.

¹⁷ *Ver, Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, CIADI, 27 de agosto de 2008.

¹⁸ *Ver, Inceysa Vallisoletana S.L c. El Salvador*, CIADI, 02 de agosto de 2006.

¹⁹ *Yukos Universal Limited c. Russian Federation*, Corte Permanente de Arbitraje, 18 de julio de 2014.

Aragonés Molina determina que la DML parte de la expresión anglosajona: “quien comete un acto ilícito no puede beneficiarse del mismo”²⁰. Es decir, bajo el objeto de estudio, una inversión calificada como ilegal no puede considerarse protegida bajo los TBI. En cuanto a su esencia legal, señala que se ha estimado que no es un fundamento jurídico independiente, sino que se desprende del incumplimiento de cláusulas presentes en el TBI. Las cláusulas que prevén expresamente el cumplimiento del ordenamiento jurídico interno del Estado anfitrión²¹.

Por su parte, Cervantes Valarezo establece que la DML se justifica en la premisa de que un acto ilícito no puede generar consecuencias positivas ni exigir las por la justicia²². Al igual que Aragonés Molina, menciona que puede aplicarse mediante una cláusula de reenvío al derecho nacional del Estado anfitrión u exclusión de protección expresa a aquellas inversiones obtenidas mediante corrupción. Empero, considera que podría darse el caso en el que una inversión infrinja principios que no se encuentran recogidos explícitamente en el derecho positivo interno²³.

En esta línea, Dumbery argumenta que la DML es un principio general del Derecho Internacional²⁴. De esta manera, explica que muchos tribunales arbitrales no han *per se* aplicado la DML, sino una variación de esta aludiendo al incumplimiento de reglas de orden público. No obstante, aclara que existe un requisito de legalidad implícito a falta de tal alusión en el instrumento²⁵.

Similarmente, al examinar el tratamiento de la DML en laudos sudamericanos, Arévalo Moscoso, Giraldo Silva y Sánchez Enríquez, indican que se ha tratado a la doctrina como un principio general del Derecho Internacional²⁶. Sin embargo, estipulan

²⁰ Laura Aragonés Molina, “La corrupción en las inversiones internacionales. Análisis de los efectos jurídicos de la corrupción en el arbitraje de inversiones ante el CIADI”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* 15 (2023), 111.

²¹ Laura Aragonés Molina, “La corrupción en las inversiones internacionales. Análisis de los efectos jurídicos de la corrupción en el arbitraje de inversiones ante el CIADI”, 116.

²² Andrés Armando Cervantes Valarezo, “La doctrina de las “manos limpias” en el arbitraje de inversión y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Una visita al derecho internacional.”, *Iuris Dictio* 22 (2018), 74.

²³ Andrés Armando Cervantes Valarezo, “La doctrina de las “manos limpias” en el arbitraje de inversión y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Una visita al derecho internacional.”, 73.

²⁴ Patrick Dumbery, “*The Clean Hands Doctrine as a General Principle of International Law*”, *Journal of World Investment and Trade* 21 (2020), 492-495.

²⁵ Patrick Dumbery, “*The Clean Hands Doctrine as a General Principle of International Law*”, 507.

²⁶ María Alejandra Arévalo Moscoso, James Giraldo Silva, y Mauricio Javier Sánchez Enríquez, “Análisis del tratamiento de la doctrina de las manos limpias en fallos de arbitraje de inversión en Suramérica”, en *Derecho internacional a través de casos. Reflexiones sobre territorio, medio ambiente, derecho penal internacional y arbitraje de inversión*, ed. de W. Arévalo Ramírez y R. Abello Galvis (Bogotá: Editorial Universidad de Rosario, 2023), 760-761.

que esta no puede ser calificada como una costumbre internacional y que los principios generales del Derecho Internacional, para ser considerados como tal, deben tener un reconocimiento y consenso generalizado. Por ende, parece no resultar viable su aplicación con esta naturaleza²⁷. Dicha posibilidad, se aborda en este trabajo.

Finalmente, Carbajal Valenzuela y Mendoza Neyra coinciden con Dumberry en el *transnational public policy* como una manifestación de la DML, y su aplicación como principio general²⁸. En cuanto a esta última, indican que su aplicación no ha sido constante porque los tribunales arbitrales la han asociado mayoritariamente con el requisito de legalidad de las inversiones, el orden público internacional y la buena fe²⁹. Especialmente, ambos autores realizan un resumen de los casos renombrados en la materia, información de vital importancia para este análisis.

5. Desarrollo

El desarrollo del trabajo estará dividido en tres puntos. En primer lugar, se revisarán los orígenes, razón de existencia y limitaciones al sistema de protección de las inversiones internacionales (5.1). En segundo lugar, se determinarán los orígenes de la DML, delimitando su relación con la corrupción en el ámbito internacional de las inversiones (5.2). Tercero, se realizará una revisión exhaustiva de los laudos arbitrales más renombrados en la materia para determinar la naturaleza jurídica de la DML, revisando su aplicación práctica (5.3).

5.1. El Sistema Internacional de Protección de inversiones internacionales: ¿Institución fundamental?

Previo a analizar la naturaleza de la DML aplicable al AII, resulta necesario puntualizar por qué inversionistas pueden acudir a este método alternativo de solución de conflictos para solicitar una protección a las inversiones realizadas en un Estado ajeno al de su nacionalidad. Consecuentemente, en este primer epígrafe se discutirán los orígenes del Derecho Internacional de Inversiones (5.1.1), por qué existe una protección a la inversión extranjera (5.1.2), y cuáles son las posibles limitaciones a este amparo (5.1.3).

5.1.1. Un inicio: el Derecho Internacional de Inversiones

²⁷ María Alejandra Arévalo Moscoso et al, “Análisis del tratamiento de la doctrina de las manos limpias en fallos de arbitraje de inversión en Suramérica”, 760.

²⁸ Christian Carbajal Valenzuela y Yolanda Mendoza Neyra, “El arbitraje internacional de inversiones y la lucha internacional contra la corrupción”, *Derecho PUCP* 86 (2021), 118

²⁹ Christian Carbajal Valenzuela y Yolanda Mendoza Neyra, “El arbitraje internacional de inversiones y la lucha internacional contra la corrupción”, 127.

A breves rasgos, el Derecho Internacional de Inversiones tiene como fundamento un conjunto de reglas que resguardan internacionalmente a la inversión extranjera frente a las acciones, en ciertos casos abusivas, de los Estados anfitriones³⁰.

En un inicio, si se suscitaba un conflicto entre el inversionista y Estado anfitrión, el primero solamente podía demandar al segundo en los tribunales locales de ese país o solicitar al Estado de su nacionalidad protección diplomática. En cuanto a esta última, se buscaba una negociación o disputa legal entre el Estado de nacionalidad y anfitrión, sin permitir la intervención del inversionista por sí mismo³¹.

No obstante, como lo reconoce Bulovsky, después de la Gran Depresión y dos guerras mundiales, existió un colapso de la economía global que trajo preocupación a los líderes. Estos identificaban que la integración económica era clave para mantener la paz y por ello, crearon el eventual Banco Mundial, BM, y el Fondo Monetario Internacional, FMI. Logrando, así, la liberación de las inversiones y el incremento del crecimiento económico internacional³².

A la luz de García Rodríguez, es en 1959, que se consagran por primera vez las protecciones a las inversiones extranjeras en instrumentos catalogados como TBI y Tratados Multilaterales de Inversiones, TMI. Las naciones pioneras en suscribir este tipo de instrumento fueron Alemania y Pakistán³³, debiéndose su creación a que incluso con el apoyo de organismos como el BM y FMI, todavía existía demasiado riesgo para el inversionista en el ambiente de los países anfitriones. Son los TBI los que establecieron reglas más claras, estándares internacionales de inversión y mecanismos efectivos de ejecución de lo acordado³⁴. A continuación, se presentará un resumen de los estándares comunes en dicha materia y se verá su objeto ulterior: proteger la inversión internacional.

³⁰ Omar E. García-Bolívar, “La crisis del derecho internacional de inversiones extranjeras: propuestas de reforma”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión* 3 (2015), 139.

³¹ Campbell McLachlan, “*Investment treaties and general international law*”, *International and Comparative Law Quarterly* 57 (2008), 365.

³² Andrew Bulovsky, “*Promises Unfulfilled: How Investment Arbitration Tribunals Mishandle Corruption Claims and Undermine International Development*”, 121.

³³ Isabel García Rodríguez, *La protección de las inversiones exteriores* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005), 55-56.

³⁴ Giovanni Gutiérrez Lucar, “La doctrina de las manos limpias o clean hands en el arbitraje de inversión: una herramienta para combatir la corrupción y su aplicación a una disputa peruana”, (tesis maestría, Universidad de Lima, 2021), 123.

Tabla No. 1 Estándares internacionales de inversión.

Trato justo y equitativo	Impone al Estado anfitrión la obligación de actuar de forma coherente, libre de ambigüedades y con total transparencia en sus relaciones con el inversionista, de forma que pueda conocer de antemano todas las normas que regirán sus inversiones, así como los objetivos de las políticas y prácticas administrativas pertinentes.
Protección y seguridad plena	Impone al Estado anfitrión la obligación de vigilancia y cuidado para la prevención de daños por parte de terceros a los bienes de los inversionistas.
Trato nacional	Impone al Estado anfitrión la obligación de no hacer ninguna diferenciación negativa entre inversionistas extranjeros y nacionales al promulgar y aplicar sus normas.
Trato de nación más favorecida	Otorga a los inversionistas cualquier beneficio o ventaja otorgada por el Estado anfitrión a inversionistas de cualquier tercer país.

Fuente: Elaboración propia, a partir de Ansari Mahyari y Raisi³⁵.

En este punto, cabe hacer hincapié en que un TBI es una evolución de los tratados de amistad, comercio y navegación realizados por los Estados a partir del siglo XVIII. Es decir, nacen del acuerdo de voluntad entre dos o más naciones, pero su peculiaridad es que buscan beneficiar a un tercero: el inversionista³⁶. En virtud de lo cual, si bien el inversionista no negocia las protecciones a las inversiones entre los Estados parte en el TBI, puede hacer uso de este instrumento para acudir a instituciones arbitrales como el CIADI, Corte Permanente de Arbitraje, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, entre otras, para exigir las³⁷.

A saber, en 1966, bajo la influencia del BM, se suscribió la Convenio CIADI. Mismo que en su artículo 25, establece que la jurisdicción de los árbitros del centro tiene como finalidad resolver los conflictos jurídicos entre uno de los Estados contratantes y el nacional de otro³⁸. Se debe prestar atención a las partes que prescribe como intervinientes: Estado anfitrión e inversionista. Pues, para acudir a arbitraje, tanto nacional como internacional, se requiere cardinalmente del consentimiento de las partes.

³⁵ Alireza Ansari Mahyari y Leila Raisi, “*International standards of investment in international arbitration procedure and investment treaties*”, *Jurídicas* 15 (2018), 17-30.

³⁶ Isabel García Rodríguez, *La protección de las inversiones exteriores*, 50-51.

³⁷ Giovanni Gutiérrez Lucar, “La doctrina de las manos limpias o clean hands en el arbitraje de inversión: una herramienta para combatir la corrupción y su aplicación a una disputa peruana”, 5.

³⁸ Artículo 25, Convenio CIADI.

En el AII, dicho consentimiento puede ser otorgado de tres maneras: mediante una cláusula compromisoria presente en el TBI, una norma presente en el ordenamiento del Estado anfitrión que ofrezca arbitraje a inversionistas en términos generales, y una cláusula compromisoria en el contrato realizado directamente entre el inversor y el Estado anfitrión³⁹. En cuanto a la primera, modo apreciable en esta investigación, los Estados parte se comprometen a propiciar a los inversionistas la facultad de acudir a un foro neutral para salvaguardar sus inversiones. En otras palabras, se habla de una oferta abierta del Estado anfitrión para arbitrar, que puede ser aceptada o no por inversionistas perjudicados⁴⁰.

5.1.2. Un nudo: ¿Por qué se protegen las inversiones internacionales?

Como se ha expuesto, el Derecho Internacional de Inversiones busca proteger aquellas inversiones internacionales de actos o situaciones que se puedan presentar en el Estado anfitrión de esta. No obstante, su finalidad ulterior o el motivo por el cual los Estados se comprometen a otorgar estas garantías se ha discutido ampliamente por la doctrina.

Primeramente, autores como Snyder, puntualizan que existen aquellos que conjeturan que el propósito principal de proteger a la inversión extranjera se puede resumir en que los Estados buscan aumentar el flujo de capital de naciones desarrolladas a aquellas en desarrollo. Esta intencionalidad se fundamenta en el humanitarismo e interés personal⁴¹.

En cuanto a las razones humanitarias, estos doctrinarios reconocen que los países industrializados, en el contexto global actual, no pueden desconocer la pobreza en otras naciones y las diferencias en los estándares de vida⁴². Por otro lado, en cuanto al interés personal, apuntan que resulta evidente que el progreso de las naciones industrializadas no puede continuar si aquellas en desarrollo no incrementan su producción de materia prima⁴³. Además, estudios han demostrado que las primeras tienden a establecer

³⁹ Christoph Schreuer, “*Investment Arbitration*”, en *The Oxford Handbook of International Adjudication*, ed. de C. Romano, K. J. Alter, y Y. Shany (Oxford: Oxford University Press, 2013), 302-303.

⁴⁰ Christoph Schreuer, “*Investment Arbitration*”, 303-304.

⁴¹ Earl Snyder, “*Foreign Investment Protection: A Reasoned Approach*”, *Michigan Law Review* 61 (1963), 1087.

⁴² Earl Snyder, “*Foreign Investment Protection: A Reasoned Approach*”, 1087.

⁴³ Fuad Zarbiyev, “‘*These are my principles. If you don’t like them I have others.*’ On justifications of foreign investment protection under international law”, *Journal of International Economic Law* 26 (2023), 525-541.

mercados más duraderos en aquellos que ayudan a crear, debido a la perseverancia de las personas con menos oportunidades⁴⁴.

En segundo lugar, otros dogmáticos contemplan que se protege a la inversión extranjera porque los Estados anfitriones son un lugar de desconfianza. Existe una diferencia dinámica entre el inversionista y el Estado que lo aloja, ya que dicha nación tiene jurisdicción exclusiva sobre las personas, propiedades y actividades que tienen lugar en su territorio. Por tanto, las normas y jueces locales pueden hallarse viciados en contra de los inversionistas extranjeros. Consecuentemente, se suponen un actor vulnerable⁴⁵.

Finalmente, desde un ámbito netamente económico, la inversión es rentable, dado que refuerza las economías de los Estados anfitriones al otorgarles liquidez⁴⁶. Empero, un concepto económico elemental es que el capital solamente se desplaza si existe una ganancia. Si no hay una legítima expectativa de lucro, las inversiones tienden a no dejar su país de nacionalidad, incluso si se encuentran fuertemente protegidas en otro⁴⁷.

Teniendo esto en consideración, las últimas décadas han sido extremadamente rentables para países con altos índices de inversión. Entre estos, por ejemplo, Estados Unidos, China y Singapur acumularon el 46.31% de las inversiones en las top 20 economías anfitrionas del año 2022⁴⁸. Dichas cifras se pueden verificar en el siguiente gráfico:

⁴⁴ Earl Snyder, “*Foreign Investment Protection: A Reasoned Approach*”, 1088.

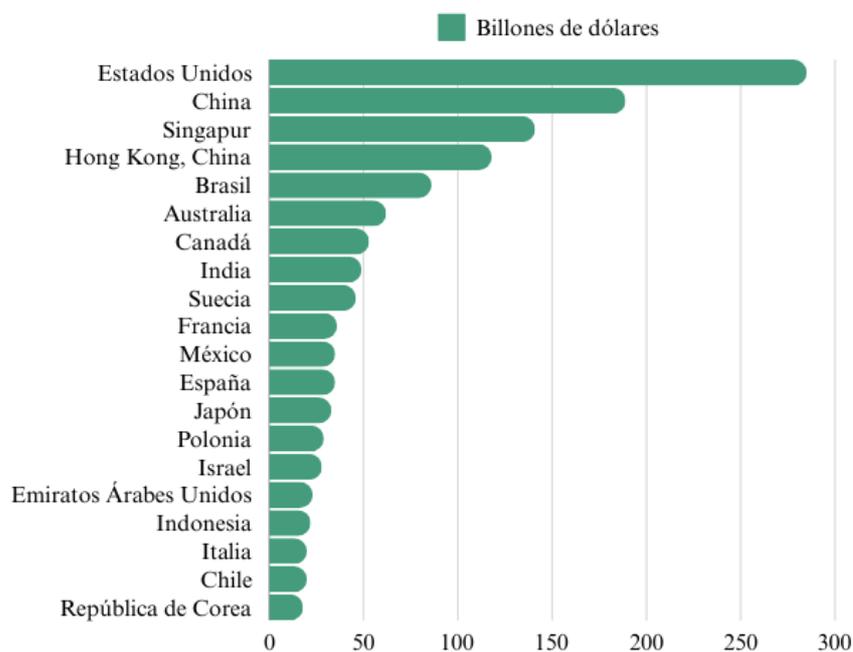
⁴⁵ Fuad Zarbiyev, “*These are my principles. If you don’t like them I have others. ’ On justifications of foreign investment protection under international law*”, 531-533.

⁴⁶ A pesar de ello, se debe tener en cuenta el derecho a la libre transferencia de capitales. Derecho en contrapartida a la liquidez, que permite que el inversionista transfiera libremente sus ganancias, capital, dividendos u otros fuera del Estado anfitrión. *United Nations, Transfer of Funds* (New York: *United Nations Publications*, 2000), 5-6.

⁴⁷ Earl Snyder, “*Foreign Investment Protection: A Reasoned Approach*”, 1088.

⁴⁸ *United Nations Conference on Trade and Development, World Investment Report 2023* (Ginebra: *United Nations Publications*, 2023), 8.

Gráfico No. 1 Inversiones extranjeras, top 20 economías del año 2022.



Fuente: Elaboración propia, a partir del *United Nations Conference on Trade and Development*⁴⁹.

5.1.3. Un desenlace: la protección a las inversiones extranjeras no es absoluta

Las protecciones que otorgan los TBI a las inversiones no son y no pueden ser absolutas. Existen ocasiones en las que el proceder de los inversores tiene efectos peyorativos en la sociedad⁵⁰. En atención a lo cual, se pueden hablar de limitaciones a los tratados, no taxativamente, en cuanto a Derechos Humanos, Derecho Ambiental, y figuras anticorrupción como la DML.

Con relación a los Derechos Humanos, DD.HH., se advierte que árbitros en el AII todavía tienden a verlos como una causa probable de disturbios políticos, inmiscuyéndose en su ámbito autónomo, y cuyas reglas de juego vienen determinadas por el pensamiento neoliberal⁵¹. Para estos, la protección a las inversiones extranjeras se ha establecido para beneficiar al inversionista, mientras que los DD.HH. funcionarían como una defensa de Estados que han interferido negativamente en inversiones⁵².

⁴⁹ *United Nations Conference on Trade and Development, World Investment Report 2023*, 8.

⁵⁰ Isabel García Rodríguez, *La protección de las inversiones exteriores*, 225-228.

⁵¹ Bruno Simma, "Foreign investment arbitration: A place for human rights?", *International and Comparative Law Quarterly* 60 (2011), 576.

⁵² Bruno Simma, "Foreign investment arbitration: A place for human rights?", 577.

Aun así, como lo sugiere Simma, el cumplimiento de los DD.HH. debe ser una prioridad en la política pública de un Estado anfitrión decente y, por tanto, no puede no afectar a las protecciones de los TBI. De suerte que su acatamiento dependería, entonces, del volumen de tratados internacionales ratificados por dicho Estado; y la exigibilidad de las obligaciones derivadas de tales tratados dependería del sistema interno de incorporación, rango y eventual eficacia directa del Derecho Internacional⁵³.

Análogamente, en el ámbito del Derecho Ambiental, la noción de desarrollo sostenible se ha usado como un intento de conciliar la salvaguardia del medio ambiente con el desarrollo económico⁵⁴. Muchos tribunales arbitrales han buscado equilibrar la aplicación de las normas de protección a la inversión con aquellas de origen ambiental pertenecientes al Estado anfitrión⁵⁵. De todos modos, las incoherencias en la aplicación de estas primeras han alimentado una creciente preocupación sobre la capacidad de los Estados de implementar cambios normativos en un contexto de demandas arbitrales por ‘medidas medioambientales adversas’⁵⁶.

En última instancia, en la esfera del Derecho Internacional Público, la DML ha adquirido la fama de ser una ‘defensa anticorrupción’ que impone responsabilidades al inversionista extranjero y no le permite beneficiarse del arbitraje para resguardar su inversión⁵⁷. Esto, a pesar de que muchos autores argumentan que los actos ilícitos no podrían haber tenido lugar sin la participación del Estado⁵⁸.

5.2. La DML: limitante a la protección de las inversiones internacionales

Al fijar a la DML como una de las posibles limitaciones a la protección de las inversiones, en este apartado se delimitará los actos a considerarse ilegales por los tribunales arbitrales al momento de aplicar la DML y discutir su naturaleza. Para ello, en primer lugar, se revisará la regulación de la corrupción en la normativa internacional y su implicación en el Derecho Internacional de Inversiones (5.2.1). Luego, se precisará las

⁵³ Eulalia W. Petit de Gabriel, “‘Clean Hands Revisited’. El eterno retorno de una doctrina discutible”, *Anuario Español de Derecho Internacional* 39 (2023), 376.

⁵⁴ Camille Martini, “Balancing Investors’ Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration”, *The International Lawyer* 50 (2017), 561-562.

⁵⁵ Ver, *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, CIADI, 11 de septiembre de 2007, párr. 288.

⁵⁶ Camille Martini, “Balancing Investors’ Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration”, 533.

⁵⁷ Ashfaquzzaman Chowdhury, “The Viability and Potential of Corruption-Based Counterclaims in Treaty-Based ISDS Cases under ICSID Tribunals”, *Erasmus Law Review* 1 (2022), 56-57.

⁵⁸ Ashfaquzzaman Chowdhury, “The Viability and Potential of Corruption-Based Counterclaims in Treaty-Based ISDS Cases under ICSID Tribunals”, 57.

raíces y evolución histórica de la DML, señalando sus vínculos con el principio de *equity* (5.2.2 y 5.2.3).

5.2.1. Corrupción internacional: virus en la inversión extranjera

Debido a su manifestación en varias dimensiones, la corrupción no puede ser absolutamente conceptualizada. Sin perjuicio de ello, puede ser entendida como los actos que se efectúan con la intención de obtener una ventaja incompatible con el deber y derechos de los demás⁵⁹. Así, un factor elemental para detectar a la corrupción es la presencia de un ‘incentivo’ que fluye de una parte a otra con el fin de favorecer a la primera⁶⁰.

En los últimos años, la corrupción se ha invocado en el AII tanto como una ‘espada’ como un ‘escudo’. Para los inversionistas, una estrategia de ataque, por ejemplo, al presentar una demanda asentada en la solicitud de un soborno por parte de funcionarios públicos; y, para los Estados anfitriones, una defensa frente a demandas de incumplimiento basándose en que la inversión se obtuvo ilegítimamente⁶¹.

Ahora bien, un punto que considerar al examinar el carácter de la DML es que los ordenamientos jurídicos de los Estados anfitriones generalmente tipifican como delito ciertas prácticas que encuentran cabida bajo el ‘paraguas’ de la corrupción. Entre ellos, el tráfico de influencias, cohecho o la malversación⁶². Como se observará posteriormente, bajo una concepción de la DML, para encontrarse protegida bajo los TBI, toda inversión debe no ser realizada mediante los delitos tipificados nacionalmente.

Aun así, la corrupción es un fenómeno transnacional que requiere la cooperación de los Estados para ser combatido⁶³. Por ello, instrumentos internacionales como la UNCAC buscan incentivar la adopción de medidas de toda índole con el fin de castigar comportamientos ilegales. Fundamentalmente, el mencionado, trata actos como: el soborno, peculado, apropiación indebida, tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, blanqueo del producto del delito, encubrimiento y obstrucción de justicia⁶⁴.

⁵⁹ Ayodeji Akindeire, “*Corruption in Investor-State Arbitration: Balancing the Scale of Culpability*”, en *Handbook of International Investment Law and Policy*, ed. de J. Chaisse, L. Choukroune, y S. Jusoh (Singapur: Springer, 2021), 1-2.

⁶⁰ Ayodeji Akindeire, “*Corruption in Investor-State Arbitration: Balancing the Scale of Culpability*”, 2.

⁶¹ Isuru Devendra, “*State responsibility for corruption in international investment arbitration*”, 248-249.

⁶² Laura Aragonés Molina, “La corrupción en las inversiones internacionales. Análisis de los efectos jurídicos de la corrupción en el arbitraje de inversiones ante el CIADI”, 90.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ver*, artículos 15 a 25, UNCAC.

En cuanto al soborno, uno de los actos ilegales preponderantes en casos arbitrales, el mismo puede ser identificado como la promesa o concesión, de forma directa o indirecta, a un agente estatal de un beneficio indebido con el fin de que actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones⁶⁵. Un concepto conflictivo, pues, sugiere que para que tuviera lugar el hecho corrupto, se requería la participación de funcionarios públicos.

Por otro lado, en cuanto a la carga de la prueba de corrupción, la misma corresponde a quien la alega bajo el aforismo *actori incumbit onus probandi*. Empero, la complejidad de obtener y aportar pruebas directas que constaten los hechos ilegítimos y la falta de uniformidad en el estándar requerido por parte de los foros, produce que la generalidad de las reclamaciones no prospere. Habitualmente las empresas y/o funcionarios no dejan constancia escrita de tales actuaciones y los testimonios presentan contradicciones que ponen en duda su fiabilidad⁶⁶.

Por esta razón, la corrupción suele tener mayor incidencia en países con instituciones débiles y democracias frágiles, Estados en desarrollo. En ellos, resulta más fácil esconder las actuaciones ilegales y no ser encontrado responsable por los tribunales nacionales⁶⁷. Sin embargo, para estos Estados que dependen de la inversión extranjera para sustentar su economía, la corrupción se ha convertido en un enorme obstáculo al momento de atraer a nuevos inversionistas⁶⁸.

De hecho, de acuerdo con las estadísticas de la organización *Transparency International* para el 2023, el continente americano fue ranqueado con un índice de corrupción promedio de 43/100. Esto es, otorgando el valor de 100 a aquellas naciones muy 'limpias' y 0 a aquellas altamente corruptas⁶⁹.

De tal suerte, se llega a la interrogante: ¿por qué los tribunales deben investigar las afirmaciones de corrupción? La respuesta resulta intuitiva. La corrupción implica intereses públicos más allá de los de las partes. Además, aun si la jurisprudencia sugiere

⁶⁵ Artículo 16, UNCAC.

⁶⁶ Laura Aragonés Molina, "La corrupción en las inversiones internacionales. Análisis de los efectos jurídicos de la corrupción en el arbitraje de inversiones ante el CIADI", 117.

⁶⁷ Margareta Habazin, "Investor Corruption as a Defense Strategy of Host States in International Investment Arbitration: Investors' Corrupt Acts Give an Unfair Advantage to Host States in Investment Arbitration", *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 18 (2017), 805-808.

⁶⁸ Margareta Habazin, "Investor Corruption as a Defense Strategy of Host States in International Investment Arbitration: Investors' Corrupt Acts Give an Unfair Advantage to Host States in Investment Arbitration", 805.

⁶⁹ *Transparency International, Corruption Perception Index 2023* (Berlin: Transparency International, 2023), 14.

que una corte de revisión probablemente no anularía un laudo porque un tribunal falló en su deber de investigación, quizás lo más apremiante para los árbitros es que al no abordar sospechas de corrupción, corren el riesgo de convertirse en cómplices⁷⁰. Corren el riesgo de manchar su ética profesional.

5.2.2. La equidad o *equity*: preludeo de la DML

En los inicios del Derecho Romano privado, ya se contemplaba el concepto de *sinagma* para hacer referencia a aquellas obligaciones recíprocas que tienen las partes de un contrato. Aun así, debido a una falta de precisión preliminar, dichas obligaciones eran analizadas por los juristas separadamente. Una aplicación del Derecho que muchas veces conducía al injusto de que la parte incumplidora pudiese legalmente exigir a la otra el cumplimiento de sus obligaciones⁷¹.

Es precisamente por la necesidad de un sistema más equilibrado y ‘justo’, que los juristas romanos desarrollaron figuras como el *inadimplenti non est adimplendum*⁷² y *non adempti contractus*⁷³ para proteger a la parte incumplida⁷⁴. Se llegó a reconocer que la generalidad de la ley, en conjunto con su rigidez, tenía la capacidad de crear injusticia. Una noción que al ser extrapolada a la tradición del *common law* dio lugar a la creación de un conjunto de normas conocidas como la rama de la equidad⁷⁵.

Ex profeso, el *equity*, parte del pensamiento aristotélico, *epieikeia*, que lo define como una invocación de justicia en donde la ley ha fallado debido a su generalidad. Es una corrección de la justicia legal que contempla que, si bien la ley es de carácter universal, hay casos en los que no es posible encontrar una solución en ella. Así, en este segundo escenario, la equidad subsanaría la omisión del ordenamiento normativo, extendiendo un tipo distinto de justicia⁷⁶.

Comparativamente, otros doctrinarios definen el dominio sobre el cual la equidad puede aplicarse invocando la tríada de fraude, accidente y error aludida por Tomás Moro. Conforme a Smith, cuando existe esta tríada la equidad no siempre

⁷⁰ Domitille Baizeau y Tessa Hayes, “*The Arbitral Tribunal’s Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte*”, en *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity*, ed. de A. Menaker (Países Bajos: Wolters Kluwer, 2017), 235.

⁷¹ Ferdinando Mackeldey, *Corso di Diritto Romano* (Milán: Fratelli Ferrario, 1866), 159.

⁷² No hay obligación de cumplir a favor de quien no cumple.

⁷³ Excepción de contrato incumplido.

⁷⁴ Gayo, *Institutes*. Trad. por Edward Poste (Oxford: Clarendon Press, 1904), 559.

⁷⁵ T Leigh Anenson, “*Announcing the Clean Hands Doctrine*”, *U.C. Davis Law Review* 51 (2018), 1839-1840.

⁷⁶ Mike Macnair, “*Equity and conscience*”, *Oxford Journal of Legal Studies* 27 (2007), 660-661.

interviene, pero son estas situaciones en las que el oportunismo es un peligro. De ahí que la equidad tenga el papel de contrarrestar ‘astutas evasiones’ de la ley⁷⁷.

Con base en lo mencionado, entonces, la equidad estaría involucrada con un estilo de razonamiento jurídico de textura más abierta y directamente orientado a la moralidad de lo que suele ser el resto del Derecho. Siendo importante resaltar que su aplicación queda al arbitrio de la autoridad juzgadora *ex post*⁷⁸.

5.2.3. La equidad o *equity*: la DML como una máxima

Las máximas de la equidad nacen de la evolución de este concepto jurídico a través del tiempo y su inclusión dentro de los sistemas de justicia. Como bien lo menciona Hron, las mismas no pueden ser concebidas como normas jurídicas, sino como una lista no exhaustiva de principios guías para la aplicación de la equidad⁷⁹.

Así, destacan las llamadas ‘máximas moralizadoras’ que tienen su esencia en la desaprobación moral del comportamiento engañoso. Entre ellas, en atención al problema jurídico planteado, la locución *he who comes into equity must come with clean hands*⁸⁰ o *equity will no allow a wrongdoer to profit from his own wrong*⁸¹, es precisamente la máxima que da lugar a la DML⁸².

A la luz de Chafee, este axioma operaba en el *Common Law*, como una facultad de la Corte del *equity* para obligar a un demandado a cumplir los ‘mandatos de conciencia’ en lo que se refiere a cuestiones ajenas a las normas jurídicas. En virtud de ello, no intervenía en favor del demandante cuya conducta era contraria a la moral. El sustento era que, puesto que la equidad trata de imponer la buena fe en los demandados, también busca exigirla de los demandantes⁸³.

Sin perjuicio de que los ‘principios’ del *equity* no fueron constituidos como vinculantes desde el momento de su creación, modernamente se encuentran recogidos en amplios cuerpos de precedentes⁸⁴. La DML fue por primera vez recogida por Richard Francis en su libro *Maxims of Equity* en el siglo XVIII, pero solo fue asimilada al sistema

⁷⁷ Henry E. Smith, “*Equity as Meta-Law*”, *The Yale Law Journal* 130 (2021), 1050-1145.

⁷⁸ Henry E. Smith, “*Equity as Meta-Law*”, 1089-1090.

⁷⁹ Igor Hron, “(Un)Clean Hands in International Investment Arbitration: Some Cleaning Required?”, en *Cofola International 2021*, ed. de R. Malachta y P. Provazník (Brno: Masaryk University Press, 2022), 215.

⁸⁰ El que acude a la jurisdicción de la equidad debe tener las manos limpias.

⁸¹ La equidad no permitirá que un infractor se beneficie de su propia injusticia.

⁸² Igor Hron, “(Un)Clean Hands in International Investment Arbitration: Some Cleaning Required?”, 215.

⁸³ Zechariah Chafee, “*Coming into Equity with Clean Hands*”, *Michigan Law Review* 47 (1949), 877-878.

⁸⁴ Wesley Newcomb Hohfeld, “*The Relations between Equity and Law*”, *Michigan Law Review* 11 (1913), 549-550.

judicial inglés como la defensa de ‘*unclean hands*’ en el caso *Dering c. Earl of Winchelsea*. Desde ese momento, ha sido asimilada como defensa por sistemas judiciales internacionales. Entre ellos, por ejemplo, el estadounidense, con la finalidad de proteger la prestación de justicia⁸⁵.

Si bien es cierto que en arbitraje no es aplicable un sistema de precedentes vinculantes, tribunales arbitrales se han referido a la DML para solucionar sus disputas en materia de inversión, los cuales sirven como insumos y referencias sobre el desarrollo y aplicación de esta doctrina. Dichos tribunales, han reconocido que, debido a la falta de unanimidad en cuanto a su real naturaleza y aplicación, se trata de un concepto jurídico en actual construcción. Este punto se analizará en las siguientes páginas.

5.3. Aplicación de la DML en arbitraje internacional de inversiones

En este apartado se discutirá la naturaleza jurídica de la DML ajustable al AII. Primero, se expondrán los resultados obtenidos de los laudos arbitrales más renombrados en la materia (5.3.1). Luego, se realizará una discusión exhaustiva en cuanto a las teorías doctrinarias más relevantes utilizadas por los árbitros para otorgar una respuesta al problema jurídico planteado (5.3.2).

5.3.1. La naturaleza jurídica de la DML: una práctica jurisprudencial

Como se ha señalado en las primeras secciones de este estudio, los TBI otorgan una serie de obligaciones a los Estados para, así, proteger la inversión extranjera de una manera no absoluta. Con ello, la DML es un cuestionamiento a la probidad de la inversión, si la misma fue realizada de manera ilegal. Por lo que, si se comprueba una actitud inapropiada por parte del inversionista, los tribunales arbitrales pueden negarse, discrecionalmente, a aplicar la ley⁸⁶.

Pese a ello, existe una constante discusión en cuanto a si los árbitros en una controversia pueden aludir a la DML como un concepto jurídico dependiente de la legalidad del propio TBI, regla de orden público propiamente internacional, o principio general del Derecho Internacional. Un análisis de evidente relevancia, al su naturaleza jurídica prefijar el alcance de su aplicación. De considerarse un principio o regla, la misma resultaría aplicable aquellos casos en los cuales no existe una cláusula definitoria de inversión, pero hay evidencia de actos que no pueden ser desconocidos por el Derecho.

⁸⁵ T Leigh Anenson, “*Announcing the Clean Hands Doctrine*”, 1847-1849.

⁸⁶ María Palacios La Manna, “Análisis de la doctrina del “clean hands” frente a la protección de inversiones internacionales”, *Principia* 7 (2022), 59.

Es decir, los árbitros no se verían limitados al texto del tratado para poder sancionar actos que atentan a la moralidad y Derecho en general.

En las dos últimas décadas, la aplicación de la DML no ha sido consistente y existen pocos laudos en los cuales ha hecho referencia explícita a la doctrina. Se podría decir que existe una cautela por parte de ciertos académicos en cuanto a su aplicación, al señalar que su uso generalizado resultaría en una vulneración a la legítima expectativa de los inversionistas⁸⁷.

A tal efecto, un aspecto primordial a dejar en claro previo a estudiar laudos en esta materia, es aquel concerniente al momento procesal de aplicación de la DML. Sin perjuicio de que este texto no se centra en discutir este problema jurídico al ser complejo y apartarse del objeto de estudio, las vertientes mayoritarias esbozan que las inversiones formalizadas gracias a actos de corrupción resultarían en una objeción a la jurisdicción de los tribunales arbitrales. Empero, no se puede dejar de mencionar que la DML se ha considerado también como una excepción a la admisibilidad de la demanda o una excepción sustantiva de fondo⁸⁸.

En atención a las decisiones que se tomarán como ejemplificativas, la doctrina será apreciada, en su mayoría, como una excepción previa de jurisdicción. Lo mismo se debe a que, dependiendo de la naturaleza que el tribunal adopte, se afecta un momento procesal específico. Precisamente, se ha sostenido que si en el TBI se encuentra la obligación expresa de que la inversión sea establecida acorde a la ley del Estado anfitrión, las acciones corruptas del inversionista afectarían la competencia del tribunal arbitral. Caso contrario, a falta de tal obligación explícita, se consideraría un requisito de admisibilidad o incluso de observación en los méritos⁸⁹. Como se observará posteriormente, es frecuente que tribunales adopten la primera posición.

Por otra parte, un factor que demuestra la falta de desarrollo en cuanto a la DML, es el tratamiento de su esencia jurídica con un carácter doble por parte de órganos arbitrales. Como se observará a continuación, no es inusual que dentro de su motivación respecto a una sola *litis*, los árbitros hagan referencia a la doctrina como un principio y regla de orden público, como un concepto dependiente de presencia de una cláusula de

⁸⁷ María Alejandra Arévalo Moscoso et al, “Análisis del tratamiento de la doctrina de las manos limpias en fallos de arbitraje de inversión en Suramérica”, 762.

⁸⁸ Eulalia W. Petit de Gabriel, “‘Clean Hands Revisited’. El eterno retorno de una doctrina discutible”, 362-369.

⁸⁹ María Alejandra Arévalo Moscoso et al, “Análisis del tratamiento de la doctrina de las manos limpias en fallos de arbitraje de inversión en Suramérica”, 764.

reenvío y regla de orden público, y otras variaciones⁹⁰. Existe una insuficiencia de claridad en las posturas jurisprudenciales que acarrea fuertes consecuencias a la seguridad jurídica, al no otorgar certeza a la comunidad internacional y las partes sobre la manera de aplicación de la doctrina.

Por consiguiente, de la revisión de casos exhaustivos en esta materia, se ha podido concluir que, los criterios en cuanto al *status* jurídico de la DML hasta el momento se han decantado de la siguiente manera:

Tabla No. 2 Laudos arbitrales referentes a la DML en los años 2006 y 2007.

Número de caso:	ARB/03/26	ARB/00/7	ARB/03/25
Partes:	<i>Inceysa Vallisoletana S.L/ El Salvador</i>	<i>World Duty Free Company Limited/ Kenya</i>	<i>Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide/ Philippines</i>
Centro:	CIADI	CIADI	CIADI
Fecha:	02 de agosto de 2006	04 de octubre de 2006	16 de agosto de 2007
Naturaleza del conflicto:	Incumplimiento del TBI por parte de El Salvador al presuntamente resolver injustificadamente el contrato y expropiar indirectamente los derechos otorgados por el mismo. El Estado anfitrión alude que la inversión fue realizada mediante fraude y por ello, no está sujeta a su protección por medio de arbitraje. Afirma que Inceysa engaño al Estado al no mencionar la existencia del supuesto 'Grupo Inceysa' o de Kira en su oferta; y no contar con un censor jurado de cuentas; y mencionar un socio estratégico que no existía al momento de las negociaciones.	Incumplimiento del TBI por parte de Kenia al presuntamente expropiar la propiedad del inversionista y quitarle sus derechos otorgados por el mismo. Particularmente, el demandante menciona que el Estado utilizó a la empresa para realizar fraude. Por el contrario, Kenia alega que la inversión es ilegal al haberse pagado un soborno de USD 2 millones al Presidente de la nación, Daniel arap Moi.	Incumplimiento del TBI por parte de Filipinas al presuntamente no aceptar la inversión de la empresa en el país. Filipinas argumenta que las protecciones otorgadas mediante el tratado con Alemania, no tienen lugar frente inversiones realizadas en contra de la ley filipina. <i>Fraport</i> , presuntamente, trató de eludir el requisito de nacionalidad que limita la participación extranjera en el capital de una empresa de servicio público al 40%, mediante dominio 'indirecto' y acuerdos accionarios secretos.
Referencia a la DML:	Implícita	Implícita	Implícita
Naturaleza de la DML:	Requiere cláusula de reenvío en el TBI y principio general del Derecho Internacional.	Requiere cláusula de reenvío en el TBI y regla de orden público propiamente internacional.	Requiere cláusula de reenvío en el TBI.
Decisión:	Denegación de jurisdicción.	Denegación de las pretensiones del actor en el fondo de la causa. Sin embargo, debido a la participación del Estado en la corrupción se lo condena a cubrir sus propias costas.	Denegación de jurisdicción.

Fuente: Elaboración propia, a partir de *Inceysa Vallisoletana S.L c. El Salvador*⁹¹, *World Duty Free Company Limited c. Kenya*⁹², y *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*⁹³.

⁹⁰ Ver, *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, párrs. 77-146.

⁹¹ *Inceysa Vallisoletana S.L c. El Salvador*, párrs. 162-264.

⁹² *World Duty Free Company Limited c. Kenya*, párrs. 125-188.

⁹³ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, párrs. 334-404.

Tabla No. 3 Laudos arbitrales referentes a la DML en los años 2008, 2010 y 2013.

Número de caso:	ARB/03/24	ARB/07/24	ARB/10/3
Partes:	<i>Plama Consortium Limited/ Bulgaria</i>	<i>Gustav F W Hamester GmbH & Co KG/ Ghana</i>	<i>Metal-Tech Ltd./ Uzbekistan</i>
Centro:	CIADI	CIADI	CIADI
Fecha:	27 de agosto de 2008	18 de junio de 2010	04 de octubre de 2013
Naturaleza del conflicto:	Incumplimiento del TBI por parte de Bulgaria al presuntamente no crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes; no otorgar un trato justo y equitativo; y no proporcionar la debida protección y seguridad a la inversión de la demandante en Nova Plama. Además, de acuerdo con el inversionista, ha sometido la inversión a medidas irrazonables y de efecto equivalente a una expropiación. El Estado anfitrión afirma que la demandante obtuvo la inversión mediante tergiversaciones contrarias a la legislación búlgara.	Incumplimiento del TBI por parte de Ghana al presuntamente no otorgar a la empresa un trato justo y equitativo, implementar medidas arbitrarias, no proteger la inversión, y realizar actos de expropiación. El Estado anfitrión argumenta que no existe una inversión conforme a su normativa nacional y que la empresa realizó actos ilegales como fraude. Dichos actos tuvieron lugar tanto en el establecimiento como en el transcurso de la inversión.	Incumplimiento del TBI por parte de Uzbekistán al presuntamente no dar un trato justo y equitativo, protección y seguridad, y expropiar la inversión. El Estado anfitrión alude que la empresa violó la normativa nacional en cuanto a sobornos. Además, infringió principios y políticas públicas internacionales en cuanto a corrupción.
Referencia a la DML:	Implícita	Implícita	Implícita
Naturaleza de la DML:	Principio general del Derecho Internacional y regla de orden público propiamente internacional	Requiere cláusula de reenvío en el TBI.	Requiere cláusula de reenvío en el TBI.
Decisión:	Denegación de jurisdicción.	Denegación de las pretensiones del actor en el fondo de la causa.	Denegación de jurisdicción.

Fuente: Elaboración propia, a partir de *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*⁹⁴, *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*⁹⁵, y *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistan*⁹⁶.

Tabla No. 4 Laudos arbitrales referentes a la DML en los años 2014, 2016 y 2018.

Número de caso:	AA 227	2012-2	2013-15
Partes:	<i>Yukos Universal Limited/ Russian Federation</i>	<i>Copper Mesa Mining Corporation/ Ecuador</i>	<i>South American Silver Limited/ Estado Plurinacional de Bolivia</i>
Centro:	Corte Permanente de Arbitraje	Corte Permanente de Arbitraje	Corte Permanente de Arbitraje
Fecha:	18 de julio de 2014	15 de marzo de 2016	22 de noviembre de 2018
Naturaleza del conflicto:	Incumplimiento del TBI por parte de Rusia al presuntamente, a través de varias acciones, expropiar a la compañía de sus inversiones. Especialmente, no tratando el inversionista de una manera justa y equitativa para eliminar al Sr. Khodorkovsky como un posible oponente político. El Estado anfitrión señala como excepción previa la existencia de actos ilegales y mala fe por parte del inversionista. Siendo uno de ellos, la adquisición ilegal de la inversión (fondos contrarios a la ley rusa) y fraude tributario.	Incumplimiento del TBI por parte de Ecuador al presuntamente no otorgar un trato justo y equitativo, protección y seguridad, trato nacional, y expropiar la inversión. El Estado ecuatoriano argumenta que las inversiones no fueron realizadas bajo los estándares legales nacionales y que el inversionista tiene 'manos sucias'. Pues, la inversión se obtuvo basándose en información ilegal.	Incumplimiento del TBI por parte de Bolivia al presuntamente no otorgar un trato justo y equitativo, plena protección y seguridad, y expropiar indirectamente las inversiones de <i>South American Silver</i> . El Estado anfitrión alude que el tribunal arbitral carece de jurisdicción al la empresa no contar con 'manos limpias' y cumplir con el requisito de legalidad de la inversión.
Referencia a la DML:	Expresa	Expresa	Expresa
Naturaleza de la DML:	Requiere cláusula de reenvío en el TBI.	Requiere cláusula de reenvío en el TBI.	Requiere cláusula de reenvío en el TBI.
Decisión:	Protección a la inversión por incumplimiento del TBI.	Protección a la inversión por incumplimiento del TBI.	Protección a la inversión por incumplimiento del requisito de pago de la compensación establecida en el TBI.

⁹⁴ *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, párrs. 77-146.

⁹⁵ *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana*, CIADI, 18 de junio de 2010, párrs. 96-139.

⁹⁶ *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistan*, CIADI, 04 de octubre de 2013, párrs. 143-390.

Fuente: Elaboración propia, a partir de *Yukos Universal Limited c. Russian Federation*⁹⁷, *Copper Mesa Mining Corporation c. Ecuador*⁹⁸, y *South American Silver Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia*⁹⁹.

Tabla No. 5 Laudos arbitrales referentes a la DML en los años 2019, 2021 y 2023.

Número de caso:	ARB/16/6	ARB/10/18 (Decisión sobre la jurisdicción)	2019-15
Partes:	<i>Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A./ Colombia</i>	<i>Niko Resources Ltd./ Bangladesh</i>	<i>Worley International Services Inc./ Ecuador</i>
Centro:	CIADI	CIADI	Corte Permanente de Arbitraje
Fecha:	27 de agosto de 2019	24 de septiembre de 2021	22 de diciembre de 2023
Naturaleza del conflicto:	Incumplimiento del TBI por parte de Colombia al presuntamente incorporar medidas irrazonables o discriminatorias, no otorgar un trato justo y equitativo y violar las cláusula paraguas en cuanto a la inversión. El Estado anfitrión argumenta que las pretensiones de la actora se encuentran por fuera de la jurisdicción del centro debido a que la inversión fue obtenida por medios ilícitos y contrarias a la buena fe.	Incumplimiento del TBI por parte de Bangladesh y dos de sus empresas, al presuntamente no pagar a la empresa por el gas vendido y entregado al Estado. El Estado anfitrión alega la existencia de sobornos en el desarrollo de la inversión que resultan violatorios a la buena fe y DML.	Incumplimiento del TBI por parte de Ecuador al presuntamente existir falta de pago de cantidades acordadas, acoso por parte de la Contraloría General de Estado, y amenazas de incorporar obligaciones tributarias injustificadas. El Estado anfitrión alude corrupción debido al tráfico de información confidencial y tergiversación de la intención de respetar el límite de subcontratación (30%) por parte del inversionista al momento de realizar la inversión. Además, señala actos ilegales durante la vida de la inversión, tales como sobornos a funcionarios públicos.
Referencia a la DML:	Implícita	Expresa	Implícita.
Naturaleza de la DML:	Requiere cláusula de reenvío en el TBI.	Regla de orden público propiamente internacional y principio general del Derecho Internacional.	Requiere cláusula de reenvío en el TBI y principio general del Derecho Internacional.
Decisión:	Protección a la inversión por incumplimiento del TBI.	Protección a la inversión por incumplimiento del TBI.	Denegación de jurisdicción y admisibilidad de la demanda.

Fuente: Elaboración propia, a partir de *Glencore International A.G. and CI. Prodeco S.A. c. Colombia*¹⁰⁰, *Niko Resources Ltd. c. Bangladesh*¹⁰¹, y *Worley International Services Inc. c. República del Ecuador*¹⁰².

5.3.2. La naturaleza jurídica de la DML: ¿Un debate sin fin?

Una vez que se ha enunciado el razonamiento legal de tribunales arbitrales al aplicar la DML, en esta sección se debatirá cuál es la naturaleza jurídica verdaderamente pertinente al momento de presentar esta defensa como excepción a la competencia de tribunales arbitrales.

⁹⁷ *Yukos Universal Limited c. Russian Federation*, párrs. 1273- 1374.

⁹⁸ *Copper Mesa Mining Corporation c. Ecuador*, Corte Permanente de Arbitraje, 15 de marzo de 2016, párrs. 5.1-5.67.

⁹⁹ *South American Silver Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Corte Permanente de Arbitraje, 22 de noviembre de 2018, párrs. 436- 471.

¹⁰⁰ *Glencore International A.G. and CI. Prodeco S.A. c. Colombia*, CIADI, 27 de agosto de 2019, párrs. 662-747.

¹⁰¹ *Niko Resources Ltd. c. Bangladesh*, CIADI, 24 de septiembre de 2021, párrs. 430-485.

¹⁰² *Worley International Services Inc. c. República del Ecuador*, Corte Permanente de Arbitraje, 22 de diciembre de 2023, párrs. 300-506.

Como se indicó en su momento, la primera posición a examinar es aquella nombrada como el *legality requirement*. Bajo la misma, una inversión extranjera solo es protegible y se considera tal si resulta conforme a la cláusula definitoria de inversión contenida en un TBI. Concretamente, en cuanto al requerimiento de dicha cláusula de que toda inversión debe ser acorde a la normativa interna del Estado anfitrión, su orden público interno¹⁰³.

Un claro ejemplo es el artículo segundo del TBI celebrado entre Colombia y los Emiratos Árabes Unidos que prescribe:

Inversión significa todo acto invertido o reinvertido, directa o indirectamente por un inversionista de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, *de conformidad con las leyes y regulaciones de esta última*, [...] ¹⁰⁴.

Como se denota de su texto, el tratado no contempla todos los supuestos para que una inversión se considere protegida. De ahí que se hable del *legality requirement*, generalmente, como una aplicación de la DML que requiere de la presencia de una ‘cláusula de reenvío’ al Derecho nacional¹⁰⁵.

Cabe precisar que el término ‘inversión’ solo puede ser determinado por el lenguaje del propio tratado. Cada cláusula está redactada de manera distinta y funge como *lex specialis* en cuanto a la jurisdicción de los tribunales. Entre otras cosas, es complementaria al artículo 25 de la Convención CIADI que no define de manera global qué debe entenderse como inversión¹⁰⁶.

En este sentido, cuando los inversionistas realizan actos de corrupción tipificados en la normativa nacional, los Estados pueden específicamente condicionar el acceso arbitral y existencia de protecciones sustantivas¹⁰⁷. Se trata de una aplicación ‘expresa’ de la DML que se sustenta en el concepto de inversión ‘legal’ bajo el TBI.

Desde este punto de vista, resalta de la investigación que diez de los doce casos examinados se pronunciaron en favor de esta concepción jurídica, incluso si en algunos, los tribunales, le han dado a la DML un carácter doble. Además, resulta interesante

¹⁰³ Yueming Yan, “*Improving International Investment Law’s Treatment of (Anti-)Corruption: Towards a More Balanced Approach*”, (tesis doctorado, McGill University, 2021), 1-240.

¹⁰⁴ Acuerdo bilateral sobre la promoción y protección de inversiones entre el gobierno de la República de Colombia y el gobierno de los Emiratos Arabes Unidos, Dubái, 12 de noviembre de 2017 (énfasis añadido).

¹⁰⁵ Giovanni Gutiérrez Lucar, “La doctrina de las manos limpias o clean hands en el arbitraje de inversión: una herramienta para combatir la corrupción y su aplicación a una disputa peruana”, 31.

¹⁰⁶ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, párr. 305.

¹⁰⁷ *Gustav F W Hamester, GmbH & Co KG c. Ghana*, párr. 125.

denotar que no es solo hasta el 2014, que los árbitros hicieron referencia expresa a la DML llamándola por su nombre.

Uno de los primeros casos en hacer referencia a fraude para la obtención de una inversión, es el caso *Inceysa Vallisoletana S.L c. El Salvador*. En este, los árbitros determinaron que no basta que se haya celebrado un tratado para la protección recíproca de la inversión, sino que es necesario que la controversia se encuentre comprendida dentro de los alcances del consentimiento otorgado por los Estados signatarios. En otras palabras, que la ilegalidad de las inversiones afecta la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, y por ello, los árbitros carecen de jurisdicción *ratione voluntatis*, además de *ratione materiae*¹⁰⁸.

De manera similar, otros tribunales en cuanto al mismo delito apuntan que el cumplir con la normativa interna del Estado anfitrión es un requisito razonable en los tratados. En virtud de ello, en el caso *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, se discutió si la inversión de una empresa extranjera resultaba protegible al haberse establecido mediante acuerdos accionarios secretos que eludían la limitación de 40% a la participación extranjera en una empresa de servicios públicos. A pesar de argumentación contraria, el tribunal concluyó que el diseñar una inversión para mantener un control que estaba prohibido bajo las leyes filipinas, es un hecho ilícito que tiene como efecto que la inversión se encuentre fuera del alcance del TBI, y que el tribunal carezca de jurisdicción *ratione materiae*¹⁰⁹.

Asimismo, indican que si bien pueden surgir circunstancias en las cuales la normativa nacional no sea clara y errores puedan ser cometidos de buena fe, la realización de actos de corrupción conscientemente no puede operar en favor del inversionista¹¹⁰. Una expresión que se entiende propia de la DML y que, de alegarse, podría resultar rebatida bajo la noción del *estoppel*¹¹¹. Empero, bajo el criterio del tribunal, este principio de ecuanimidad solo tendría sustento si el demandado hubiese sabido de la corrupción e igualmente hubiese respaldado una inversión que no es acorde a su normativa¹¹².

¹⁰⁸ *Inceysa Vallisoletana S.L c. El Salvador*, párr. 172.

¹⁰⁹ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, párr. 343.

¹¹⁰ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, párr. 396.

¹¹¹ Principio bajo el cual un Estado está impedido de alegar su propia violación del tratado en apoyo de su argumento de que el tribunal carece de competencia. Isuru Devendra, “*State responsibility for corruption in international investment arbitration*”, 278.

¹¹² *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, párr. 346

Ahora bien, en *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. Ghana y Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistan*, los árbitros condicionaron esta denegación de competencia a la presencia de actuaciones de mala fe al momento de constitución de la inversión¹¹³. Aluden que las distintas cláusulas de reenvío dependen de su construcción gramatical, por tanto, cuando las mismas indican que la inversión debe realizarse de conformidad a la ley, dejan de lado las conductas ilícitas que tienen lugar durante la vida de la inversión¹¹⁴. Mismas que solo pueden analizarse en el fondo de la causa dado que ya no se hablaría de una inversión ilegal, sino de perjuicios causados al Estado que pueden ser compensados¹¹⁵. Limitando así, el ámbito temporal de aplicación de la DML bajo esta esencia jurídica.

Worley International Services Inc. c. República del Ecuador igualmente hace referencia a esta limitación temporal de la DML bajo el *legality requirement*, y agrega el criterio de gravedad¹¹⁶. Un criterio que no se ve enunciado en otros laudos. Ya que, según Gutiérrez Lucar, la necesidad de establecer un grado de incumplimiento es ampliamente debatido. Por un lado, existen aquellos doctrinarios que consideran que la infracción debe revestir una determinada seriedad. A saber, una violación no trivial al ordenamiento legal, régimen de inversión extranjera, o que implique fraude al Estado anfitrión. Por el contrario, otros mantienen una postura de tutela al Estado, al no diferenciar o establecer un nivel de gradualidad en cuanto a la contravención¹¹⁷.

Si bien esta investigación no se enfoca en delimitar los requisitos necesarios para aplicar la DML, la existencia del criterio de gravedad para ciertos árbitros, resultaría en una carga probatoria adicional a soportarse por los Estados de desear aplicar la doctrina bajo esta naturaleza.

Por su parte, *Yukos Universal Limited c. Russian Federation*, es uno de los laudos más criticados por autores al abiertamente fallar que un Estado anfitrión solo puede encontrar salvaguardia bajo la DML si el TBI hace expresa referencia a la necesidad de cumplimiento de una inversión de su normativa interna o al principio de ‘manos limpias’¹¹⁸. Ahora bien, a falta de cualquier gancho textual específico, la DML no podría tratarse como principio general del Derecho Internacional. Pues, los principios

¹¹³ *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistan*, párr. 165.

¹¹⁴ *Gustav F.W Hamester, GmbH & Co KG c. República de Ghana*, párr. 127.

¹¹⁵ *Gustav F.W Hamester, GmbH & Co KG c. República de Ghana*, párr. 129.

¹¹⁶ *Worley International Services Inc. c. República del Ecuador*, párr. 487.

¹¹⁷ Giovanni Gutiérrez Lucar, “La doctrina de las manos limpias o clean hands en el arbitraje de inversión: una herramienta para combatir la corrupción y su aplicación a una disputa peruana”, 32.

¹¹⁸ *Yukos Universal Limited c. Russian Federation*, párr. 1345.

generales, al tenor del tribunal, requieren un cierto nivel de reconocimiento y consenso. Requisito que la doctrina no cumpliría al estar rodeada de controversia y no existir una sola decisión mayoritaria en la cual haya sido aplicada en esta naturaleza¹¹⁹.

Para complementar este punto, *South American Silver Limited* c. Estado Plurinacional de Bolivia, se refiere al caso *Al-Warraq* como la única excepción en el cual un tribunal consideró a la DML como un principio. De todas formas, incluso en dicho laudo, los árbitros argumentan, que el tribunal terminó sustentándose en los requisitos de legalidad del tratado bilateral para admitir las pretensiones del demandante¹²⁰.

A luz de todo lo mencionado, se advierte una evolución en la argumentación de los tribunales a través del tiempo, y se llega a expresamente a señalar que la naturaleza jurídica de la de DML, aplicable a la AII, no puede ser otra que un concepto condicionado a la presencia de una cláusula de reenvío en el TBI. Incluso, en aquellos casos en los cuales no se ha empleado de manera literal su concepto, se puede verificar un claro empleo de su razón de ser bajo esta versión de la misma.

Pese a ello, en la literatura jurídica y jurisprudencia se perfila una implementación de la DML bajo la posición nombrada como *transnational public policy*. Esto se debe a que reciben el nombre de leyes de orden público propiamente internacionales, aquellas normas que interpretan el conjunto de ideales - religiosos, morales, políticos y económicos - a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida¹²¹. Es decir, aquellas normas concernientes a la comunidad internacional, que aprovechan el interés de 'todos'¹²².

En consecuencia, a partir de esta, las transacciones provistas de corrupción son desaprobadas por la comunidad internacional al ser contrarias a sus detallados cuerpos normativos que la condenan, las convenciones¹²³.

Entre ellas, se puede resaltar la UNCAC, referida en secciones previas, entrada en vigor en 2005. Misma que exige que sus Estados parte apliquen medidas anticorrupción en el sector público y privado. A saber, penalizar la comisión de delitos tipificados con arreglo a la convención, mantener un equilibrio apropiado entre

¹¹⁹ *Yukos Universal Limited c. Russian Federation*, párrs. 1357-1359.

¹²⁰ *South American Silver Limited* c. Estado Plurinacional de Bolivia, párr. 449.

¹²¹ Gustavo Esparza, Melchor Figuerola y Gustavo Montenegro, *El orden público en derecho privado* (Buenos Aires: Astrea, 2021), 6-8.

¹²² Iván Pérez Solft, “¿Orden público internacional vs orden público interno y buenas costumbres?”, *IUS* 2 (2012), 7.

¹²³ Emmanuel Gaillard, “The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration”, *Arbitration International* 35 (2019), 1-19.

inmunidades y la investigación, tener en cuenta la gravedad de los delitos para la concesión de libertad anticipada, entre otras¹²⁴. Singularmente, también, considera a la corrupción como factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a dejar sin efecto un contrato, una concesión u otro instrumento semejante¹²⁵.

En este contexto, según Gaillard, no cabe duda de que se ha establecido una norma transnacional según la cual no debe darse efecto a una inversión que se haya alcanzado mediante corrupción¹²⁶. Dicho en otras palabras, se puede recurrir a la DML bajo la condición jurídica de una ley de orden público.

Por consiguiente, en *World Duty Free Company Limited c. Kenya*, el tribunal falló que, al existir afirmaciones de corrupción, todo árbitro debe comprobar la existencia objetiva de una regla de orden público en convenios internacionales, derecho comparado y/o en laudos arbitrales¹²⁷. Las mismas son estándares universales y normas aceptadas de conducta que deben ser aplicadas en todos los foros¹²⁸. De ahí que, al ser el soborno un delito condenado en la mayoría de las fuentes, las demandas basadas en contratos tintados de este no pueden ser respaldadas por los tribunales arbitrales¹²⁹.

Paralelamente, en otras decisiones se ha citado el latinismo *ex tupti causa non oritur actio*¹³⁰ como aquella ley propiamente internacional que recoge la DML¹³¹. Adicionalmente, subrayando que la autonomía de la voluntad encuentra sus límites en el orden público propiamente internacional gracias a la lógica del artículo 50 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹³². Mismo que prescribe:

Si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado ha sido obtenida mediante la corrupción de su representante, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador, *aquel Estado podrá alegar esa corrupción como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado*¹³³.

Como se denota de su texto, en concordancia con *Niko Resources Ltd. c. Bangladesh*, la ejecución de un TBI puede ser evitada al existir un Estado víctima de corrupción por parte del otro Estado parte. Dicha regla, a criterio del tribunal, también es

¹²⁴ Artículo 30, UNCAC.

¹²⁵ Artículo 34, UNCAC.

¹²⁶ Emmanuel Gaillard, “*The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration*”, 14.

¹²⁷ *World Duty Free Company Limited c. Kenya*, párr. 141.

¹²⁸ *World Duty Free Company Limited c. Kenya*, párr. 139.

¹²⁹ *World Duty Free Company Limited c. Kenya*, párr. 157.

¹³⁰ De una causa inmoral o una conducta antijurídica, no nace el derecho a ejercitar una acción.

¹³¹ *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, párr. 142.

¹³² *Niko Resources Ltd. c. Bangladesh*, párr. 445.

¹³³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo de 1969 (énfasis añadido).

aplicable a contratos concluidos por los Estados, tales como aquellos que tratan inversiones extranjeras¹³⁴. Por ende, a diferencia del *legality requirement*, bajo el cual la corrupción causa que no exista una inversión protegida bajo la definición del TBI, la DML como regla de orden público hace inválido el consentimiento para acceder a las protecciones derivadas del tratado. Esto es, hace que no ‘exista’ siquiera una inversión protegida.

Independientemente de estos criterios, solo tres de los doce casos evaluados ha tomado esta postura, demostrando que la puesta en práctica de la DML bajo esta no resulta efectiva para los Estados anfitriones que buscan beneficiarse de esta defensa.

En último término, la doctrina ha sido reconocida, aunque implícitamente por los foros, como un principio general del Derecho Internacional. Ello, de acuerdo con De Alba Uribe, significando que la misma podría ser utilizada incluso en ausencia de un requisito del TBI de que las inversiones sean realizadas de conformidad a la normativa del Estado anfitrión¹³⁵.

Particularmente, al analizar la DML como un principio, Dumberry recuerda que la misma ha sido expresada -en reiteradas ocasiones- bajo una serie de máximas latinas como, entre otras, *ex delicto non oritur actio*¹³⁶ y *ex turpi causa non oritur actio*¹³⁷. Distintas formas para referirse a lo que, en términos simples, es alguna conducta ilegal o impropia por parte del inversionista, que causaría que sus manos quedaran ‘sucias’¹³⁸.

Este razonamiento fue incorporado en *Plama Consortium Limited c. Bulgaria* al considerar que aunque el TBI en disputa no contenía un ‘requerimiento de legalidad’, y que el conceder las protecciones del tratado a dicha inversión sería contrario al principio *nemo auditur propriam turpidunem allegans*¹³⁹. Asimismo, este fallo estipula que nadie puede beneficiarse de su propio dolo o torpeza, una expresión de la DML según varios autores¹⁴⁰.

Análogamente, aún si existe una violación tipificada en la normativa nacional al momento de constitución de la inversión, ciertos árbitros, para definir que la máxima

¹³⁴ *Niko Resources Ltd. c. Bangladesh*, párrs. 446-447.

¹³⁵ Mariano De Alba, “*Drawing the Line: Addressing Allegations of Unclean Hands in Investment Arbitration*”, 324.

¹³⁶ Un acto ilícito no puede servir de base a una acción legal.

¹³⁷ Una acción no puede nacer de una causa deshonrosa.

¹³⁸ Patrick Dumberry, “*The Clean Hands Doctrine as a General Principle of International Law*”, 490.

¹³⁹ *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, párr. 143.

¹⁴⁰ Ver, Laura Aragonés Molina, “La corrupción en las inversiones internacionales. Análisis de los efectos jurídicos de la corrupción en el arbitraje de inversiones ante el CIADI”, 114.

señalada previamente es generalmente admitida en arbitraje, tomaron en cuenta lo dispuesto por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹⁴¹. Llegando así a la conclusión de que el principio *nemo auditur propriam turpidunem allegans* está fundamentado en la justicia¹⁴².

Por su parte, *Niko Resources Ltd. c. Bangladesh*, estableció como requisitos para que la DML se aplique como principio que: el comportamiento ilícito del inversionista sea continuo; la reparación solicitada tenga como función evitar la continuación de dicho comportamiento en el futuro, pero no busque el resarcimiento de daños y perjuicios por violaciones pasadas; y, por último, que exista una relación de reciprocidad entre las obligaciones consideradas¹⁴³. Un punto de vista que no fue compartido en su totalidad por los otros tribunales estudiados.

De todos modos, *Worley International Services Inc. c. República del Ecuador*, al analizar el requerimiento de un comportamiento ilícito continuo, rompió con la restricción temporal establecida a la doctrina cuando la misma es considerada como un requerimiento de legalidad. Así, cuando hay comportamientos corruptos graves por parte del inversionista durante la vida de la inversión que afecten principios generales del Derecho Internacional, como lo son la DML, las pretensiones de la demanda pueden ser rechazadas en la fase de admisibilidad¹⁴⁴.

Ahora bien, en cuanto a *Yukos Universal Limited c. Russian Federation*, existen varios autores que consideran que, al rechazar formalmente a la doctrina como un principio, los árbitros confundieron la terminología adecuada. No está claro si el tribunal ocupó el concepto de principio general de foro doméstico o de principio general del Derecho Internacional¹⁴⁵.

En tal sentido, Dumberry escribe que en el caso de que el tribunal hubiese ocupado el primero, debía haber llevado a cabo un análisis comparativo para evaluar si la doctrina podía encontrarse en los sistemas jurídicos más representativos del mundo. Situación que no tuvo lugar al haberse fundado la argumentación en lo que otros tribunales han concluido sobre el *status* de la misma.

Por otro lado, en cuanto al segundo concepto, argumenta que se puede cuestionar la exactitud de la observación del tribunal de que no existe una sola decisión mayoritaria

¹⁴¹ *Inceysa Vallisoletana S.L c. El Salvador*, párr. 225.

¹⁴² *Inceysa Vallisoletana S.L c. El Salvador*, párr. 241.

¹⁴³ *Niko Resources Ltd. c. Bangladesh*, párr. 481.

¹⁴⁴ *Worley International Services Inc. c. República del Ecuador*, párr. 314.

¹⁴⁵ Patrick Dumberry, “*The Clean Hands Doctrine as a General Principle of International Law*”, 502.

en favor de la doctrina como un principio. Se ha sostenido que la misma ha sido adoptada por la mayoría de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Meuse River*¹⁴⁶, y de manera implícita en otros casos como *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, *Niko Resources Ltd. c. Bangladesh*, etc¹⁴⁷.

Motivo por el cual, a pesar de dicha decisión tan criticada, no se puede hablar de que esta postura en cuanto a la DML ha sido absolutamente descartada.

6. Conclusiones

El estudio que se realizó a la naturaleza jurídica de la DML adaptable al AII, permitió llegar a las siguientes conclusiones. Primero, se evidenció que debido a su evolución histórica, los TBI son instrumentos efectivos de resguardo a la inversión extranjera que otorgan al inversor una oferta abierta para arbitrar en caso de sentirse perjudicado. De esta forma, protegen las inversiones por los intereses económicos y sociales de las naciones en desarrollo, el *status* de vulnerabilidad de los inversionistas en los Estados anfitriones, y su rentabilidad. A pesar de aquello, se señaló que encuentran limitaciones en cuanto a los DDHH, Derecho Ambiental y la DML.

En este sentido, se demostró que la corrupción es un virus en el ámbito internacional que se encuentra regulado por las normativas nacionales de los Estados anfitriones e instrumentos internacionales como la UNCAC. Específicamente, la DML como un remedio frente a esta, parte de las máximas de la equidad y se ha utilizado como un escudo ante demandas arbitrales por incumplimiento del TBI.

Finalmente, mediante la metodología integral, se revisó los casos más señalados por la literatura en los cuales se ha aplicado la DML por tribunales arbitrales. En este punto, se observó que han sido pocos los laudos que han hecho expresa referencia a la doctrina por su nombre, entendiendo su esencia jurídica ya sea como un concepto jurídico dependiente de la legalidad del tratado, ley de orden público propiamente internacional, o principio general del Derecho Internacional. Sin dejar de lado, aquellos laudos que le han otorgado una naturaleza doble.

Por lo tanto, en cuanto a la pregunta de investigación jurídica, ¿cuál es la naturaleza jurídica de la DML aplicable al AII?, se ha llegado a la respuesta de que -por el momento- la que mayor efectividad presenta es aquella condicionada a la presencia de

¹⁴⁶ Patrick Dumbery, “*The Clean Hands Doctrine as a General Principle of International Law*”, 505.

¹⁴⁷ *Ibid*, 507-508.

una cláusula de reenvío en los tratados de inversiones. Pues, el 83% de los casos consultados se pronunciaron a favor de esta postura, han existido fallos expresos que rechazan su *status* como principio general del Derecho Internacional al no poderse verificar unanimidad universal en su reconocimiento, y no se observa respaldo jurisprudencial suficiente para considerarla una norma internacional aceptada por la mayoría de tribunales. No obstante, se identifica que su concepción como principio se encuentra en crecimiento.

Respecto a las limitaciones encontradas dentro de este trabajo, se señala que la mayoría de autores citados pertenecen al sistema jurídico del *common law*. Son pocos los autores que han escrito acerca del tema en el Ecuador y en general, en el idioma español en cuanto al sistema greco-romano. Un factor que resulta sorprendente considerando que son múltiples los casos que involucran a Estados latinoamericanos. Motivo por el cual, se sugiere abrir nuevas líneas de investigación en la región y sistema. Además, resulta necesario el desarrollo de traducciones oficiales y el impulso de la academia hispanohablante en cuanto a AII y la DML.

En segundo lugar, se debe hacer énfasis en que debido al corto tiempo para su redacción, solamente se pudieron incluir en el trabajo una docena de laudos. Esto, a pesar de las múltiples alegaciones de corrupción en la región latinoamericana. De igual manera, se realizó un examen de las decisiones más renombradas en los últimos veinte años, limitando el estudio a dos sentencias por año. Por ello, se invita a que futuras investigaciones concentren su análisis por regiones, o se circunscriban a revisar solamente lo estipulado por árbitros en los últimos cinco años para así obtener una mayor comparación de razonamientos judiciales.

Por otro lado, si bien este texto no pretende ser un punto final a la discusión jurídica en cuanto a la naturaleza de la DML, sí busca brindar estructura para la apertura de nuevas líneas de investigación; además de asentar un criterio general, mayoritario, para aquellos Estados interesados en presentar este tipo de argumentación en litigio.

No obstante, de lo mencionado, para evitar futura controversia frente a la aplicación de la doctrina como un *legality requirement*, se recomienda reformar aquellos TBI que no contemplen una cláusula de reenvío e incorporar en los nuevos proyectos de tratado, la obligación expresa de que una inversión deba ser realizada conforme a la regulación del Estado anfitrión en cuanto a actos de corrupción o incluso incorporar una cláusula expresa que excluya de la protección del TBI a inversiones obtenidas o

ejecutadas a través de actos de corrupción. Solo de esta forma se podrá garantizar que el sistema de protección de inversiones internacionales responda a criterios de justicia y desincentive la corrupción.