

Arbitraje internacional y corrupción

Eleonora Lozano Rodríguez

ARBITRAJE INTERNACIONAL
Y CORRUPCIÓN

COLECCIÓN ESTUDIOS ACADÉMICOS

La colección Estudios Académicos, creada en el año 2010, se especializa en publicar textos que buscan la renovación de la literatura jurídica colombiana a partir de la profundización en temas y debates de actualidad en la educación jurídica. A través de sus publicaciones, la colección promueve e incentiva, desde una perspectiva interdisciplinar, el interés de explorar nuevos campos en la investigación jurídica por parte de académicos y profesionales del derecho.

Dos objetivos caracterizan esta colección. En primer lugar, ofrece una alternativa de actualización mediante la renovación de preguntas teóricas y metodológicas sobre debates y transformaciones contemporáneos en el derecho. En este sentido, la colección constituye un referente de actualización para la pedagogía con enfoque investigativo porque acerca el ejercicio de la profesión y la academia a los cambios en el derecho a partir de marcos que no solo explican sus aspectos centrales, sino que promueven la incidencia en los mismos. En segundo lugar, busca propiciar diálogos y tender puentes entre las subdisciplinas del derecho para explicar problemas y tensiones cuya complejidad exige aproximaciones críticas e innovadoras.

COMITÉ EDITORIAL

Diana Durán Smela, Carolina Moreno Velásquez, Ana María Muñoz Segura, Andrea Celemin, Gustavo Quintero Navas, Miguel Malagón Pinzón (director de la colección).

ARBITRAJE INTERNACIONAL Y CORRUPCIÓN

Eleonora Lozano Rodríguez

Nombres: Lozano Rodríguez, Eleonora, autor.

Título: Arbitraje internacional y corrupción / Eleonora Lozano Rodríguez.

Descripción: Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2023. | xii, 74 páginas ; 17 × 24 cm. | Estudios académicos

Identificadores: ISBN 9789587984453 (rústica) | ISBN 9789587984460 (electrónico) | ISBN 9789587984477 (epub)

Materias: Arbitraje internacional | Corrupción

Clasificación: CDD 341.522-dc23

SBUA

Primera edición: febrero del 2022

© Eleonora Lozano Rodríguez

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes

Calle 19 n.º 3-10, oficina 1401

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 601 3394949, ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

infeduni@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-798-445-3

ISBN *e-book*: 978-958-798-446-0

ISBN *epub*: 978-958-798-447-7

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/2022.713>

Corrección de estilo: Johana Haydee Forero Rodríguez

Diagramación interior y de cubierta: Angélica Ramos Vargas

Impresión:

Imageprinting Ltda.

Dirección: Carrera 24 n.º 76-30

Teléfonos: 6016311350-6016311736

Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

A mi esposo, Marcel, y a mis hijos, Antonia y Pasqual, por su paciencia mientras retomaba el difícil rol de estudiante del Diplomado sobre Arbitraje Comercial Internacional, organizado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y escribía la primera versión de este documento.

A mi asistente de investigación, Alejandra Garay, por su ayuda y soporte en la actualización de la versión original.

A Juanita Olaya por su acostumbrada generosidad intelectual al permitirme leer y citar su tesis doctoral defendida en la Universidad de Berlín (aún inédita).

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	xI
CAPÍTULO 1. CORRUPCIÓN Y FIGURAS PRÓXIMAS	1
Precisión conceptual	2
Casuística arbitral	11
Instrumentos internacionales	24
CAPÍTULO 2. LA CORRUPCIÓN EN EL PROCESO ARBITRAL	27
Invocación de la corrupción y jurisdicción arbitral	27
Ley aplicable y sanción de la corrupción	34
Régimen probatorio	37
Límites y control de la actuación arbitral	39
La corrupción del tribunal arbitral	45
CAPÍTULO 3. PROPUESTA PARA LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS	49
CONCLUSIONES	51
BIBLIOGRAFÍA	53
SOBRE LA AUTORA	61

INTRODUCCIÓN

Redfern y Hunter, en su reconocido tratado sobre arbitraje comercial internacional, plantean la necesidad de hacer una mayor reflexión por parte de la comunidad arbitral con respecto a los casos de fraude, corrupción, lavado de activos u otro tipo de manipulación del proceso arbitral por las partes que pueda conducir a la invasión del crimen internacional en el ámbito arbitral¹. Centran especialmente su preocupación en la tensión existente entre la confidencialidad que informa al arbitraje y el “aparente” deber de denuncia de estas circunstancias delictivas a las autoridades competentes en cabeza de los árbitros. De manera concreta, manifiestan su disenso sobre la posición del Grupo Interno de Trabajo de la Cámara de Comercio Internacional por la cual “parece contrario a la naturaleza del arbitraje, contrario a la confianza particular que las partes han puesto en el árbitro, que el tribunal arbitral reporte a las autoridades las ofensas encontradas”². Esta postura fue reforzada recientemente por José Ricardo Ferris, actual copresidente de ese grupo, cuando afirmó que aunque la cuestión sigue siendo foco de análisis, la posición mayoritaria actual es que los árbitros no deben reportar los delitos de los que tengan conocimiento³.

Aunado a lo anterior, estos autores plantean soluciones diferentes en relación con el proceder de los árbitros cuando se enfrentan a diversas tipologías delictivas. Sin embargo, recalcan que siempre debe darse la oportunidad a las partes de dar sus respectivas explicaciones. Por ejemplo, para el caso de corrupción o fraude, consideran que la decisión de los árbitros deberá tener en cuenta estas circunstancias al rendir el laudo. Bajo la presencia de lavado de activos u otra

1 Alan Redfern y Martin Hunter, “Chapter 5. Powers, Duties, and Jurisdiction of an Arbitral Tribunal”, en *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6a edición, editado por Nigel Blackaby y Constantine Partasides (Oxford: Oxford University Press), 2015, 333.

2 International Chamber of Commerce [ICC], “ICC Report of Working Group on Criminal Law and Arbitration (Doc. 420/492)”, (informe, s. f.).

3 José Ricardo Ferris, “Los temas de corrupción en arbitraje internacional” (conferencia, Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional, Bogotá, 2021).

manipulación del proceso por las partes, el tribunal deberá terminar el proceso con base en la no existencia de la disputa. En el caso de un laudo consentido con fines delictivos, la respuesta del tribunal deberá ser la de no aprobar el acuerdo⁴.

En ese contexto, fue a partir de estos planteamientos que surgió el interés académico de disertar sobre este tema, el cual, en algunos aspectos, aún no tiene respuestas claras ni unánimes en la doctrina. Para lograrlo, se definió la estructura de la obra como sigue. En el capítulo 1, se estudia el fenómeno de la corrupción y sus figuras afines. La idea inicial del documento era centrarse en la desafortunada presencia de la corrupción en el arbitraje y la consecuente reacción de los árbitros, pero existen otras manifestaciones delictivas cuyo análisis no es posible evitar. Es así como se realizarán precisiones conceptuales sobre otras figuras como: el lavado de activos, el fraude y el falso testimonio de terceros. Así mismo, en ese capítulo, se presentan algunos casos reales a los cuales se han visto enfrentados algunos Tribunales Arbitrales, que siguen diferentes modalidades delictivas, y también se relacionan los principales instrumentos internacionales con que cuentan los árbitros para la mejor comprensión y afrontamiento de estos fenómenos.

En el capítulo 2, se condensan los temas más trascendentales que deben tener en cuenta los árbitros cuando surgen sospechas de corrupción en el proceso. Básicamente, se busca responder los siguientes interrogantes: ¿Debe el Tribunal asumir competencia para debatir aquellas materias relacionadas con la corrupción? ¿Puede el Tribunal indagar sobre estas materias *motu proprio* o su investigación debe ser a solicitud de la parte? ¿Cuál es la ley aplicable al caso? ¿Pueden los árbitros impartir sanciones contra la corrupción? ¿A quién le compete probar y cuál es el estándar de la prueba requerida? ¿Existen límites que los árbitros deben respetar al momento de investigar actividades corruptas? ¿Cómo se resuelve la tensión entre confidencialidad y deber de denuncia? ¿Cómo se da el control de laudo por parte de los jueces competentes cuando ha procedido el recurso de anulación o al momento del reconocimiento y ejecución de laudos con tintes delictivos? ¿Qué sucede cuando alguno de los miembros del Tribunal Arbitral es corrupto?

En el capítulo 3, se relacionan siete recomendaciones concretas para los países Latinoamericanos al abordar la relación entre el arbitraje internacional y la corrupción. Finalmente, se presentan las conclusiones.

4 Ibídem.

CAPÍTULO 1

CORRUPCIÓN Y FIGURAS PRÓXIMAS

Una de las principales dificultades al abordar el tema del arbitraje internacional y la corrupción consiste en precisar el ámbito de estudio. Para hacerlo, es importante tener en cuenta que quien se enfrenta al tema por primera vez se tropieza con varias sorpresas. En primer lugar, no existe una absoluta novedad en el tratamiento de este tópico, pues se han escrito algunas tesis doctorales sobre la materia¹ y, además, el número de artículos técnicos publicados que tratan el asunto es relativamente significativo². En segundo lugar, en la doctrina, existen

- 1 Algunas ya han sido publicadas como monografías: Abdulhay Sayed, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration* (La Haya: Kluwer International Law, 2004) y otras están en proceso de publicación: Juanita Olaya García, “Good Governance and International Investment Law” (tesis doctoral, Universidad de Berlín, Berlín, 2010).
- 2 Véase la relación bibliográfica. La gran mayoría de los artículos fueron obtenidos de la base de datos de Kluwer Arbitration y otros del libro de ponencias del importante encuentro, 22nd Annual Meeting of the ICC Institute of World Business Law: Kristine Karsten y Andrew Berdeley (eds.), *Dossiers ICC Institute of World Business Law. Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud* (París: ICC Publication, 2003). Este último Congreso demuestra aún más el interés por parte de comunidad arbitral internacional en el tema. La literatura de los últimos diez años no es muy novedosa en relación con la previa, salvo por que ahonda en aspectos probatorios, alguna literatura recomendada para profundizar es: Michael Hwang y Lim Kevin. “Corruption in Arbitration - Law and Reality”. *Asian International Arbitration Journal*, 8, n.º 1 (2012): 1-119; Alexander Petsche y Alexandra Klausner, “Chapter IV: Crime and Arbitration: Arbitration and Corruption”, en *Austrian Yearbook on International Arbitration 2012*, editado por Christian Klausegger, Peter Klein, Florian Kremslehner, Alexander Petsche, Nilolaus Pitkowitz, Jenny Power, Irene Welser y Gerold Zeiler (Múnich: Manzsche Verlags y Universitätsbuchhandlung Verlag, 2012), 345-356; Stjephan Wilske y Todd J. Fox, “Chapter 26: Corruption in International Arbitration and Problems with Standard of Proof: Baseless Allegations or *Prima Facie* Evidence?”, en *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, editado por Stefan Kröll, Loukas A. Mistelis, Pilar Perales Viscasillas Vikki M. Rogers (Ámsterdam: Kluwer Law International, 2011), 489-505; Carolyn B. Lamm, Hansel T. Pham y Rahim Moloo, “Fraud and Corruption in International Arbitration”, en *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, editado por Bernardo María Cremades, Miguel Ángel Fernández-Ballesteros y David Arias (Madrid: La Ley, 2010), 699-731; y Raed Fathallah, “Corruption in International Commercial and Investment Arbitration: Recent Trends and Prospects for Arab Countries”. *International Journal of Arab Arbitration*, 2, n.º 3 (2010): 65-90.

algunos sectores que exploran casos de corrupción en el arbitraje mientras que otros se refieren también (o exclusivamente inclusive) al lavado de dinero, al soborno —“al parecer” independientemente de la corrupción—, al fraude y al falso testimonio de terceros. En tercer lugar, el número de casos arbitrales donde la doctrina ha detectado tensiones en torno a la corrupción o figuras próximas no resulta despreciable, lo cual nos indica que la comunidad arbitral debe estar preparada para comprender estos fenómenos y atacarlos. Finalmente, dado que algunas problemáticas que se abordan son competencia del derecho penal económico internacional, es importante conocer algunos instrumentos internacionales que pueden ayudarnos a enfrentarlas.

PRECISIÓN CONCEPTUAL

La primera tarea que se enfrenta es comprender en qué consiste la *corrupción* y cuáles son las figuras próximas a esta, que resultan de interés. Las siguientes son algunas definiciones de *corrupción*³:

- “Indebido intercambio de favores entre quien desempeña un cargo y quien gestiona algún negocio relacionado con las funciones de aquel”⁴.
- “Depravación, perversión; deterioro de la integridad, la virtud o un principio moral; menoscabo de los deberes de un funcionario público por el soborno. El acto de hacer algo con la intención de obtener algún beneficio, ya sea personalmente o por cuenta ajena, en contra de los derechos de los demás. Degradación o impureza y cuando se encuentra en el derecho penal significa depravación o situación notoriamente improcedente”⁵.
- “La palabra corrupción tiene diferentes acepciones. En orden cronológico: a) arruinado, contaminado y podrido; b) divergente o desviado respecto del

3 Se acude a definiciones de diccionarios jurídicos generales, diccionarios jurídicos especializados en la materia penal económica, monografías sobre corrupción y otras figuras; y a textos que se han referido concretamente al conflicto entre arbitraje internacional y fenómenos delictivos donde se presentan intentos de conceptualización.

4 Luis Fernando Bohórquez y Jorge Iván Bohórquez, *Diccionario jurídico colombiano* (Bogotá: Editora Jurídica Nacional, 2007), 657.

5 Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary* (St. Paul: Thomson West, 2004), 371.

estándar moral, pervertido (que se viera reflejado en los distintos códigos penales en los delitos sexuales); c) venal, apropiación de recursos y privilegios, a través del pago y recepción de aquellos que tienen poder de decisión e influencia en la distribución de los mismos (reflejándose en los códigos penales en los delitos contra la administración pública)”⁶.

- “Desde la perspectiva clásica, la corrupción supone una utilización desviada, desleal o perversa de potestades públicas para satisfacer intereses privados o particulares del titular de esas potestades y/o de uno o varios terceros relacionados con el mismo por cualquier relación económica o de confianza, menoscabando la satisfacción objetiva de los intereses generales”. “[...] ha cobrado cada vez más fuerza y sentido el estudio de la corrupción en el sector privado, fruto de comportamientos desviados por parte de los centros de poder y decisión (administradores y cargos directivos laborales, como los factores o gerentes) de las empresas privadas, generalmente con proyección pública, tales como entidades y establecimientos financieros de crédito, empresas de servicios de inversión, sociedades cotizadas emisoras de valores, compañías de seguro, etc.”⁷.
- “El abuso del poder encomendado para obtener beneficios personales”⁸.
- En su dimensión activa, “se configura cuando una persona de manera indirecta o con la mediación de otro realiza alguno de estos verbos rectores: prometer, ofrecer o conceder”, y en aquella pasiva cuando “el directivo, administrador, empleado o asesor de una sociedad, asociación o fundación, de manera directa o por mediación de un tercero, reciba, solicite o acepte una dádiva o beneficio no justificado en perjuicio de la entidad que representa”⁹.

6 Fabián Luis Riquert, “Instrumentos de derecho internacional público iberoamericana para la prevención contra la corrupción”, en *Delincuencia económica y corrupción*, dirigido por David Baigun y Nicolás García Rivas (Buenos Aires: Ediar, 2006), 115.

7 José Sáez Capel, “Corrupción en el sector privado”, en *Delincuencia económica y corrupción*, dirigido por David Baigun y Nicolás García Rivas (Buenos Aires: Ediar, 2006), 73 y 82.

8 “About”, *Transparency International*, última actualización 2022, acceso 12 de junio de 2022, <https://www.transparency.org/>. Esta definición es ampliamente analizada en Olaya García, “Good Governance and International”, 36-38.

9 Luis Fernando Caldas, “Corrupción privada y administración desleal”. *Lecciones de derecho penal. Parte Especial. Volumen 11* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), 695 y 701.

Como se puede observar existen diferentes enfoques sobre el significado de la corrupción y, por lo tanto, no existe una única definición¹⁰. Algunos patrones, sin embargo, se repiten a lo largo de los conceptos descritos. En primer lugar, parece claro que el concepto tradicional “restringido”, que involucraba siempre a un funcionario público en un acto de corrupción, se ha superado para dar paso a la corrupción en su acepción más general, la cual incluye aquella que se produce en el sector privado¹¹. Esta última usualmente se manifiesta a partir de las denominadas “manipulaciones contables” que, como muy bien lo describe Sáez Capel, abusan de las reglas y principios de valoración contable e infringen los deberes genéricos de diligencia, lealtad y fidelidad de los administradores sociales al interponer los intereses personales o de terceros a aquellos de la sociedad¹². Es importante tener en cuenta que ambas modalidades de corrupción (pública y privada) han sido objeto de regulación en diferentes iniciativas supranacionales que persiguen que las legislaciones nacionales criminalicen ambos fenómenos¹³.

En segundo lugar, existe una relación muy cercana entre la corrupción y otras figuras. Al respecto se pronunciaron diferentes autoridades sobre la materia en el XII Congreso Internacional de Derecho Penal cuyo tema fue “La Corrupción y los

10 Se comparte la posición de Olaya García, “Good Governance and International”, 34, para quien estrictamente hablando pareciera no existir una definición legal de corrupción. Para esta autora, la mayoría de leyes, regulaciones y convenciones internacionales han definido “actos de la corrupción”, es decir sus manifestaciones, pero no la corrupción misma.

11 Para profundizar en la corrupción privada se recomienda la lectura de la tesis doctoral de Olaya García, “Good Governance and International” y los textos de Sáez Capel, “Corrupción en el sector privado”; Fernando Gascón Carbajo, “Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión”, en *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*, coordinado por Nicolás Rodríguez García y Eduardo A. Fabián Caparrós (Salamanca: Ratio Legis, 2004); y Luigi Foffani, “La ‘corrupción privada’. Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización”, en *Fraude y corrupción en el derecho penal europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, editado por Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín (Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006).

12 Sáez Capel, “Corrupción en el sector privado”, 76-77. Este autor presenta los casos de Enron y World Com (USA. 2001-2002) como ejemplos de estas prácticas de contabilidad agresiva o creativa.

13 Foffani, “La ‘corrupción privada’”, 520; señala dentro de otros instrumentos supranacionales que se han referido a la corrupción privada los siguientes: la Convención Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa (Estrasburgo, en vigor desde julio 1 de 2002), la Acción Común de la Unión Europea (22 de diciembre de 1998), la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción del 2003 y la Decisión Marco de la Unión Europea (22 de julio de 2003).

delitos emparentados con ella en las transacciones comerciales internacionales”¹⁴. Allí se concluyó que la corrupción se encontraba emparentada con delitos de otra índole como el fraude, la malversación, el abuso de confianza, la apropiación indebida, la extorsión, el blanqueo de capitales, entre otros. A igual conclusión llega Olaya García¹⁵ cuando, al analizar la Convención Anti-Corrupción de las Naciones Unidas, que entró en vigor en diciembre 14 de 2006, se utiliza esa múltiple aproximación donde por “actos de corrupción” se entienden: el soborno de funcionarios públicos; el soborno de funcionarios extranjeros o funcionarios de organizaciones internacionales; la malversación de fondos, la apropiación indebida u otra desviación de propiedad por un funcionario público; el tráfico de influencias; el abuso de funciones; el enriquecimiento ilícito; el soborno en el sector privado y la malversación de propiedad en el sector privado¹⁶.

Así mismo, dado que al analizar la literatura sobre el arbitraje internacional y la corrupción se hace alusión a figuras como el *soborno*, el *lavado de activos*, el *fraude* y el *falso testimonio*¹⁷, entre otras, se presentan a continuación algunas definiciones de estas:

14 Pekín, 12-19 de septiembre de 2004.

15 Olaya García, “Good Governance and International”, 35.

16 Convención Anti-Corrupción de las Naciones Unidas, dic. 14/2006, arts. 15-22.

17 Como ya se mencionó en el 2002 *Annual General Meeting of the ICC Institute of World Business Law* se presentaron ponencias sobre el arbitraje internacional y los fenómenos de corrupción, fraude y lavado de activos (Karsten y Berdeley, *Dossiers ICC Institute of World Business Law*). Algunas de ellas se centraron solo en el fenómeno del *lavado de activos* (Kristine Karsten, “Money Laundering: How It Works and Why You Should Be Concerned”, en *Dossiers ICC Institute of World Business Law. Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, editado por Kristine Karsten y Andrew Berdeley [París: ICC Publication, 2003], 15-28), otras se refirieron exclusivamente al *soborno* (Mark Pieth, “Trans-national Commercial Bribery: Challenge to Arbitration”, en *Dossiers ICC Institute of World Business Law. Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, editado por Kristine Karsten y Andrew Berdeley [París: ICC Publication, 2003], 41-46; Giorgio Sacerdoti, “The 1997 OECD Convention against transnational bribery: Effective monitoring and implementation”, en *Dossiers ICC Institute of World Business Law. Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, editado por Kristine Karsten y Andrew Berdeley [París: ICC Publication, 2003], 47-64; y Antonio Crivellaro, “Arbitration Case Law on Bribery: Issues of Arbitrability, Contract Validity, Merits and Evidence”, en *Dossiers ICC Institute of World Business Law. Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, editado por Kristine Karsten y Andrew Berdeley [París: ICC Publication, 2003], 109-146) y otras a las *tres figuras* (Alan Jenkins, “Fraud, Corruption and Money Laundering: The Approach of an International Law Firm”, en *Dossiers ICC Institute of World Business Law. Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, editado por Kristine Karsten y Andrew Berdeley [París: ICC Publication, 2003], 29-40; Bernardo Cremades y David J. A. Cairns, “Transnational Public Policy in International Arbitral Decision-making: The Cases of Bribery, Money Laundering and Fraud”, en *Dossiers ICC Institute of World Business Law. Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, editado por Kristine Karsten y Andrew

Tabla 1. Figuras próximas a la corrupción mencionadas en la doctrina arbitral

Figura próxima	Definiciones doctrinales
Soborno	• “Del latín <i>sobornare</i>, seducir. Acto de corromper con dádivas a alguno para conseguir de él alguna cosa. La misma dádiva con que se cohecha o corrompe”¹⁸. • “Hecho delictuoso que consiste en obtener, mediante promesa o entrega de dinero u otros bienes o beneficios, que el funcionario actúe o deje de actuar en determinado sentido, legal o ilegal, pero bajo presión extraña ajena al normal desempeño de las funciones que le son propias. De esta suerte el soborno es una actividad conjunta en la que el sobornador y el sobornado son delincuentes por [acción] activa y por pasiva”¹⁹. • “Pago corrupto o solicitud de un favor privado de la acción oficial. Algo de valor dado o prometido a un funcionario a cambio de conductas corruptas”²⁰. • “La corrupción, que es nuestro cohecho, consiste, según Carrara, en la venta concluida entre un particular y un oficial público, de un acto perteneciente al ministerio de este, que por regla general debía ser gratuito”²¹. • “Comete este delito el funcionario público, jurado, árbitro, perito, hombre bueno o cualquier persona que desempeñe función pública que solicitare o recibiere, por sí o por persona intermedia, dádiva o presente, o aceptare ofrecimiento o promesa para ejecutar un acto

Continúa

Berdeley [París: ICC Publication, 2003], 65-91; y, Allan Philip, “Arbitration, Corruption, Money, Laundering and Fraud: The role of the Tribunals”, en *Dossiers ICC Institute of World Business Law. Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, editado por Kristine Karsten y Andrew Berdeley [París: ICC Publication, 2003], 147-159). Dentro de la bibliografía relacionada al final del escrito encontrará otros documentos que se refieren específicamente a *manifestaciones concretas de la corrupción* (Karen Mills, “Corruption and Other Illegality in the Formation and Performance of Contracts and in the Conduct of Arbitration Relating Thereto”, en *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, Albert Jan van den Berg (ed.) [La Haya: Kluwer Law International, 2003], 288-299; Dragor Hiber y Vladimir Pavić, “Arbitration and Crime”. *Journal of International Arbitration*, 25, n.º 4 [2008]: 461-478; y Steven Gee, “The Autonomy of Arbitrators, and Fraud Unravels All”. *Arbitration International*, 22, n.º 3 [2006], 337-371). Por lo anterior, se cree en la relevancia de las distinciones y similitudes entre las diferentes figuras.

18 Bohórquez y Bohórquez, *Diccionario jurídico colombiano*, 2649.

19 Gil Miller Puyo Jaramillo, *Diccionario jurídico penal* (Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1981), 345.

20 Garner, *Black’s Law Dictionary*, 118 y 343.

21 Fernando Quiceno Álvarez, *Diccionario conceptual de derecho penal* (Medellín: Editorial Jurídica Bolivariana, 1997), 632.

Figura próxima	Definiciones doctrinales
Soborno	relativo al ejercicio de su cargo que constituye delito, un acto injusto que no constituya delito, o para abstenerse de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo. Así mismo, lo comete el funcionario público que admitiere regalos que le fueren presentados en consideración a su oficio o para la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido”²². • “Acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público [...] directa o indirectamente [...] cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial”²³. • “Soborno de funcionarios públicos nacionales [...] a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que resulte en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales”²⁴. • “Cohecho activo genérico. El que bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones [...]”²⁵. • “Cohecho. Al servidor público que por sí o por interpósita persona, solicite o reciba indebidamente para sí o para otro dinero o cualquier otra dádiva, o acepte una promesa, para hacer o dejar de hacer algo relacionado con sus funciones [...]”²⁶.

Continúa

- 22 Fundación Tomás Moro, *Diccionario jurídico Espasa* (Madrid: Espasa Calpe, 2007), 170.
- 23 Convención Interamericana contra la Corrupción, 1996, art. 8, <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-58.html>.
- 24 United Nations Convention against Corruption, 2005, art. 15. <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/index.html>.
- 25 Código Penal de la República del Perú, [CPP], art. 396, <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>.
- 26 Código Penal Distrito Federal de México [CPMDF], art. 272, https://leyes-mx.com/codigo_penal_ciudad_de_mexico/272.htm#:~:text=Art%C3%ADculo%20272.&text=II,trescientos%20a%20ochocientos%20d%C3%ADas%20multa.

Figura próxima	Definiciones doctrinales
Lavado de activos	• “Es la práctica consistente en la transformación de recursos obtenidos en actividades ilegales en otros activos financieros o reales con procedencia aparentemente legítima”²⁷. • “El acto de transferencia de dinero ilegalmente obtenido a través de personas legítimas o cuentas a fin de que su fuente original no pueda ser rastreada”²⁸. • “[...] desde el punto de vista criminológico, es posible describir el lavado de activos como toda actividad tendiente a ocultar la verdadera naturaleza de las ganancias producto de actividades ilícitas para, posteriormente, integrar estos recursos al sistema económico y financiero formal otorgándoles apariencia de legalidad”²⁹. • “El que convierta, transfiera, adquiera, transforme, administre, oculte, utilice, transporte o custodie, bienes de cualquier clase, que tengan origen directo o indirecto en la comisión de delitos de tráfico de drogas, secuestro, extorsión, contrabando, minería ilegal, delitos contra la administración pública o delitos contra el sistema financiero, o encubra el origen, la naturaleza, la ubicación o cualquier derecho sobre esos bienes, con conocimiento del origen de los mismos [...]”³⁰. • “Blanqueo del producto del delito [...] a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, la disposición, el movimiento o la propiedad de bienes o del legítimo derecho a estos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito [...]”³¹. • “Lavado de activos. El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, almacene, conserve, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, tráfico de menores de edad, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, tráfico de drogas tóxicas,

Continúa

27 Quiceno Álvarez, *Diccionario conceptual de derecho penal*, 413-414.

28 Garner, *Black's Law Dictionary*, 1027.

29 Carlos G. Castro Cuenca, *Manual de derecho penal. Parte especial*, tomo II (Bogotá: Temis y Universidad del Rosario, 2019), 153.

30 Ligia María Vargas Mendoza, *Armonización del delito de lavado de activos en los países de la Alianza del Pacífico* (Bogotá: Ibáñez y Universidad de los Andes, 2018), 187.

31 United Nations Convention against Corruption, 2005, art. 23.

Figura próxima	Definiciones doctrinales
Lavado de activos	estupefacientes o sustancias sicotrópicas, delitos contra el sistema financiero, delitos contra la administración pública, contrabando de hidrocarburos o sus derivados, fraude aduanero o favorecimiento y facilitación del contrabando, favorecimiento de contrabando de hidrocarburos o sus derivados, en cualquiera de sus formas, o vinculados con el producto de delitos ejecutados bajo concierto para delinquir, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes [...]”³².
Fraude	• “Sinónimo de engaño, simulación, superchería o mentira, que se emplea, sin fuerza ni violencia, en la comisión de ciertos delitos, especialmente contra la propiedad, para sorprender de buena fe, la confianza o ignorancia de la víctima, haciéndola creer lo que no es, al inducirla en error para derivar provecho de esta situación”³³. • “Equivale a engaño, que consiste en cualquier falta a la verdad debida a simulación entre lo que se piensa o se dice o se hace creer, instigando o induciendo a otra persona a actuar en la forma que interesa, o en la falta de verdad en lo que se dice o se hace. Es necesario que traspase lo ilícito civil penetrando en el campo penal y que sea idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude”³⁴. • “La falsa declaración deliberada de la verdad o la ocultación de un hecho material para inducir a otro a actuar en su detrimento”³⁵. • “Acción contraria a la verdad y a la rectitud que perjudica a la persona contra quien se comete”³⁶. • “Fraude. Al que por medio del engaño o aprovechando el error en que otro se halle se haga ilícitamente de alguna cosa u obtenga un lucro indebido en beneficio propio o de un tercero [...]”³⁷.
Testimonio falso	• “Es este el delito que cometen los testigos y los auxiliares de justicia, cuando llamados a cooperar en determinada actuación judicial o administrativa lo hacen faltando a la verdad o callándola, bajo juramento”³⁸.

Continúa

32 Código Penal de la República de Colombia [CPC], art. 323.

33 Puyo Jaramillo, *Diccionario jurídico penal*, 185.

34 Fundación Tomás Moro, *Diccionario jurídico Espasa*, 434.

35 Ibídem.

36 Real Academia de la Lengua Española [RAE], *Diccionario panhispánico del español jurídico* (Madrid: Real Academia de la Lengua Española, 2022), <https://dpej.rae.es/lema/fraude>.

37 CPMDF, art. 230.

38 Bohórquez y Bohórquez, *Diccionario jurídico colombiano*, 2745.

Figura próxima	Definiciones doctrinales
Testimonio falso ³⁹	• “Los elementos constitutivos de este delito son: a) que se trate de testigos, peritos o traductores e intérpretes. b) que rindan ante autoridad competente declaración, dictamen o versión en los cuales afirmen una falsedad, nieguen o callen en todo o en parte lo que es verdad. c) Que tales diligencias se hagan bajo juramento”⁴⁰. • “Comprende la alteración no sustancial de la verdad y la presentación de testigos falsos”⁴¹. • “Testimonio que es falso”⁴². • “Conforme a la Ley 599 de 2000, incurre en este comportamiento la persona que en actuación judicial o administrativa, bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente, con dolo falte a la verdad o calle total o parcialmente, haciéndose acreedora a pena de prisión”⁴³. • “Falso testimonio. El que en una actuación judicial o administrativa, bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente, falte a la verdad o la calle total o parcialmente [...]”⁴⁴. • “[...] el testigo, perito o intérprete que afirmare una falsedad o negare o callare la verdad, en todo o en parte, en su deposición, informe, traducción o interpretación, hecha ante la autoridad competente”⁴⁵. • “Falso testimonio. Declarar falsamente, o negar o silenciar la verdad como testigo, perito, contador, traductor o intérprete en un proceso judicial, o administrativo, investigación policial o en un tribunal arbitral”⁴⁶. • “Falsedad ante autoridades. quien al declarar ante autoridad en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, faltare a la verdad en relación con los hechos que motivan la intervención de esta [...]”⁴⁷.

Fuente: elaboración propia a partir de la doctrina citada y la normativa relevante para América Latina.

39 Respecto a esta manifestación de la corrupción, ver Hiber y Pavic (2008, p. 469-476).

40 Puyo Jaramillo, *Diccionario jurídico penal*, 177.

41 Fundación Tomás Moro, *Diccionario jurídico Espasa*, 170.

42 Garner, *Black's Law Dictionary*, 1515.

43 Hernando Barreto Ardila, “Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia”, en *Lecciones de derecho penal. Parte Especial. Volumen II* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), 59.

44 CPC, art. 442.

45 Código Penal de la Nación Argentina [CPA], art. 275, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.

46 Código Penal Brasileiro [CPB], art. 342, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm (traducción propia).

47 CPMDF, art. 311.

De las anteriores definiciones se extraen como mínimo dos conclusiones. La primera es que el *soborno* hace parte de la definición misma de *corrupción* en su acepción tradicional, al ser la típica corrupción administrativa. Al respecto, resulta muy importante el análisis que hace Olaya García cuando distingue entre la definición de corrupción y sus manifestaciones. Esta autora plantea que el soborno es una forma en que la corrupción puede ocurrir y enfatiza en que mientras el soborno siempre es corrupción, no toda la corrupción sucede mediante el soborno⁴⁸. La segunda revela que el *lavado de activos*, el *fraude* y el *falso testimonio*, a los que se refiere la doctrina arbitral, son otras formas de corrupción o en ocasiones medios para realizar u ocultar actividades corruptas. Estas manifestaciones usualmente se asocian con delitos⁴⁹ y su acaecimiento tiene consecuencias legales comúnmente representadas en sanciones. En conclusión, a lo largo de esta obra se hará referencia a la *corrupción* de manera general, es decir incluyendo tanto las esferas públicas como privadas. Cuando nos refiramos a una de sus manifestaciones se realizará la precisión respectiva.

CASUÍSTICA ARBITRAL

A pesar de que todos los documentos relacionados en la bibliografía se refieren a casos arbitrales que han enfrentado el fenómeno de la corrupción y sus figuras próximas, algunos de ellos listan la jurisprudencia arbitral más relevante. Este aparte relaciona de manera sintética la información que se considera más importante de cada uno de ellos, reconociendo las dificultades de no poder acudir a la fuente principal de los hechos y decisiones jurídicas tomadas y la posible existencia de otros laudos arbitrales con presencia de fenómenos de corrupción no publicados o comentados por fuentes secundarias. Pese a su extensión, pero por su importancia, se presenta a continuación la tabla resumen.

48 Olaya García, “Good Governance and International”, 37.

49 En varios textos de arbitraje internacional y corrupción se menciona reiteradamente la categoría de crimen para aludir a estas figuras. En nuestro medio, es más frecuente el uso de la palabra delito (retomando la tipología italiana que distingue entre delitos y contravenciones). Sin embargo, en otros países, el crimen es la categoría más grave de las infracciones contra el ordenamiento jurídico y es materia-objeto del proceso penal.

Tabla 2. Casuística arbitral (aspectos más relevantes)

Caso	Tribunal arbitral /partes	Lugar del arbitraje	Ley aplicable	Materias tratadas	Aspectos relevantes del laudo
1. ICC n.º 1110 de 1963	Árbitro único, G. Lagergren (Suecia) Agente argentino vs. contratista de Reino Unido	París	Argentina	- Soborno y falta de jurisdicción del árbitro. - No arbitrabilidad de disputas que surgen de contratos que violan <i>bonos mores</i> y la <i>International Public Policy</i>. - Prueba directa de soborno innecesaria.	La reclamación del convocante fue rechazada por falta de jurisdicción.
2. ICC n.º 3913 de 1981	Compañía inglesa vs. contratista francés	Información no disponible	Francesa	Un contrato, cuyo propósito es el pago de sobornos, es nulo.	- Admitió que el objeto del contrato incluía sobornos, acto inmoral e ilícito bajo la ley francesa. - Se invocó tanto la <i>public policy</i> doméstica francesa como la <i>International Public Policy</i>. - Fue declarado nulo.
3. ICC n.º 3916 de 1982	Árbitro único, Director de departamento del Estado de Irán vs. Compañía griega	París	Francesa	- Un contrato que viola la <i>public policy</i> y estándares morales es nulo. - Entrega de comisión del 2 % en los contratos adjudicados.	Invoca principios aceptados por naciones civilizadas según los cuales los acuerdos que violan los estándares morales y la <i>International Public Policy</i> son nulos.
4. ICC n.º 4145 de 1983	Establecimiento de país del Oriente Medio vs. Compañía de construcción sur asiática.	Viena	Suiza	- Separabilidad de la cláusula arbitral. - No evidencia de soborno.	<i>Primer laudo interino</i>. El tribunal tiene jurisdicción para decidir el caso en virtud de la separabilidad de la cláusula arbitral. <i>Segundo laudo interino</i>. El acuerdo es válido bajo la ley suiza y se rechazó el argumento del convocado bajo el argumento de soborno. <i>Laudo final</i>. Dirimió la cuantía y ordenó al convocado a pagar la cantidad al convocante. - No hubo prueba directa o circunstancial.

Continúa

Caso	Tribunal arbitral /partes	Lugar del arbitraje	Ley aplicable	Materias tratadas	Aspectos relevantes del laudo
5. ICC n.º 4219	Información no disponible	Información no disponible	Información no disponible	Violación de la <i>International Public Policy</i> a favor de la EE. UU <i>public policy</i>.	- Ignoró la referencia a la <i>International Public Policy</i> y se concentró en si violaba la EE. UU <i>public policy</i>. - Se concluyó la denegación de ejecución del acto.
6. ICC n.º 5622	Árbitro único / Compañía inglesa (Hilmarton) vs. Compañía francesa (OTV).	Ginebra	Suiza	- Si la corrupción fue probada o no. - Si la violación de la ley de Argelia, que prohíbe recurrir a intermediarios en contratos públicos, viola la <i>public policy</i> de Suiza. - Entrega de una comisión del 4 % del contrato.	<i>Primer laudo</i>. No hubo suficientes pruebas que permitieran concluir el pago de sobornos. - Hubo violación de la ley de Argelia (que prohibía tráfico de influencias), de la <i>International Public Policy</i> y de estándares morales del Código Suizo de Obligaciones. - El acuerdo se declaró nulo y se rechazó la reclamación de Hilmarton. <i>Anulación</i>. La Corte de Justicia del Cantón de Ginebra anuló el laudo, pues la violación de la ley extranjera no implicaba una violación de los estándares morales suizos, dado que los sobornos pactados en el acuerdo no fueron probados. <i>Segundo laudo</i>. El acuerdo se declaró válido, aceptando la reclamación de Hilmarton. <i>Ejecución</i>. El primer laudo fue ejecutado en Francia sin importar que fuera anulado en Suiza. El segundo laudo fue ejecutado en Reino Unido.
7. Cámara de Comercio e Industria de Ginebra (CCIG) febrero 13 de 1988	x (Reino Unido) y y (Francia-Argelia)	Ginebra	Suiza	Información no disponible.	La prohibición del uso de intermediarios bajo ley argelina no es obligatoria para tribunales cuya sede sea en Suiza y aplica la ley de Suiza.

Continúa

Caso	Tribunal arbitral /partes	Lugar del arbitraje	Ley aplicable	Materias tratadas	Aspectos relevantes del laudo
8. ICC, 1989	Árbitro único/ compañía inglesa Offshore	Ginebra	Suiza	- No hay prueba de corrupción. - No se prueba la violación de la ley suiza debido a violación de una ley extranjera.	El agente no cumplió su mandato y por ende no tiene derecho a remuneración.
9. Laudo <i>ad hoc</i> , 1989	Compañía panameña vs. compañía suiza	Ginebra	Suiza	Información no disponible.	El corretaje no se encuentra prohibido bajo la ley suiza. La prohibición de intermediarios, que aplica bajo la ley extranjera, no es obligatoria para tribunales cuya sede sea en Suiza y aplica la ley suiza.
10. ICC n.º 5943, 1990	Árbitro único	Información no disponible	Coreana	- Conflicto por términos ficticios del acuerdo y la intención real de las partes, relacionados con el pago por intermediación por un tipo de servicio totalmente diferente. - La falsedad de la intención declarada conduce a la nulidad del contrato bajo la ley coreana. - La jurisdicción arbitral no es afectada por la nulidad del acuerdo que contiene una cláusula arbitral.	- Bajo la ley coreana, la declaración ficticia de la intención conduce a la nulidad. - Se denegó la reclamación de reembolso al convocante con base en el Código civil coreano y no aplicó principios del derecho internacional relativos a la condena de la corrupción o a la <i>International Public Policy</i>.

Continúa

Caso	Tribunal arbitral /partes	Lugar del arbitraje	Ley aplicable	Materias tratadas	Aspectos relevantes del laudo
11. ICC n.º 6248, 1990	Consultor de nacionalidad no revelada vs. Contratista de nacionalidad no revelada	Zúrich	Suiza	- La nulidad del contrato que viola <i>bonae moris</i> bajo la ley suiza. - La violación del <i>International Public Policy</i> mediante el acuerdo de comisión, que viola obligaciones especiales fiduciarias de una tercera parte.	- Hubo rechazo de las reclamaciones del convocante en su integridad. - Se declaró la nulidad del contrato según la ley suiza. - Las comisiones secretas, a través de soborno o dinero corrupto, violan las obligaciones fiduciarias.
12. ICC n.º 6286 de 1991	Consortio asociado vs. asociado 1 y líder consorcio (Alemania), asociados 2 y 3 (Alemania) y asociado 4 (Canadá).	Ginebra	Suiza	- La revocación de la autoridad de gestión a un consorcio asociado. - La legalidad del acuerdo de consultoría. - La no prueba de sobornos.	<i>Laudo parcial</i>. El Tribunal decidió que el primer convocado actuó legalmente y que su autoridad de gestión no fue válidamente revocada por el convocante.
13. ICC n.º 6401, 1990-1991	Westinghouse and Burns & Roe (EE. UU) vs. National Power Co. y República de Filipinas.	Ginebra	Suiza	- El alto estándar de la prueba para establecer corrupción. - No hay evidencia de soborno.	- Los contratos son válidos. - Rechazó la alegación de soborno.
14. ICSID n.º ARB/84/3, mayo de 1992	Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (Hong Kong) vs. The Arab Republic of Egypt	Información no disponible	Información no disponible	No hay prueba de corrupción.	- No hubo soporte probatorio. - Las alegaciones se basaron en suposiciones.

Continúa

Caso	Tribunal arbitral /partes	Lugar del arbitraje	Ley aplicable	Materias tratadas	Aspectos relevantes del laudo
15. ICC n.º 6474, 1992	Proveedor de país europeo vs. Estado x	Zúrich	Suiza	• Cláusula arbitral válida sin importar la alegación de fraude o corrupción que afecta la validez del contrato que contiene la cláusula. • La cláusula arbitral puede ser declarada inválida si se prueba que fue inducida por corrupción o fraude.	• <i>Laudo parcial de jurisdicción</i>. El Tribunal Arbitral decidió que tiene jurisdicción y acepta las reclamaciones.
16. ICC n.º 6662, 1992	Westman International Ltd. (Reino Unido) vs. European Gas Turbines S. A. (Francia)	París	Ley francesa	• Contrato contrario a la <i>International Public Policy</i> francesa y a la ética de los negocios internacionales, resultado y con el propósito de pagar sobornos y vender influencias. • Falta de pruebas.	• El contrato es válido. • Durante los procedimientos el convocante presentó gastos incluidos los pagos a su personal y gastos generales. • El convocado debe pagar la comisión acordada del 4 %, el monto del contrato de suministro. • El Laudo fue parcialmente anulado, pero no por las causales de corrupción.
17. ICC, 1993	Árbitro único x vs. Y	Ginebra	Francesa	• Información no disponible.	• No hubo evidencia directa ni circunstancial de corrupción. • Se le ordenó a Y pagar a X el 5 % de la comisión pactada en el contrato.

Continúa

Caso	Tribunal arbitral /partes	Lugar del arbitraje	Ley aplicable	Materias tratadas	Aspectos relevantes del laudo
18. ICC n.º 6497, 1994	Consultor (Liechtenstein) vs. contratista (Alemania)	Ginebra	Suiza	• Acuerdos múltiples. • ¿Qué estándar de prueba aplica para el soborno? • ¿Qué prueba es admisible? • Ausencia de prueba de la mayoría de los acuerdos. • Alto grado de probabilidad de soborno en uno de los acuerdos. • Entrega de un 1.5 %, 5.5 % y 33.33 % de comisión en diferentes contratos.	• El tribunal aceptó la reclamación, excepto para el caso de un acuerdo específico que fue declarado nulo por ser inducido por soborno. • La alegación de desproporción entre servicios y comisión, y la falta de transparencia de consultores no fue suficiente. • Rehusarse a presentar documentación bancaria es evidencia de soborno del 33.33 % de comisión del contrato. • El pago del consultor a una tercera parte no viola el contrato o prueba un soborno.
19. ICC n.º 7047, 1994	Consultor (Estado Y) vs. Agencia estatal (Estado Z) y Banco Público (Estado Z) Westacre Investments Inc. (Panamá) vs. Judoimport – SDPR Holdings Co. Ltd. y Beogradska Banka (Yugoslavia)	Ginebra	Suiza	• Evidencia de soborno. • Carga de la prueba. • Estándar de prueba requerido. • No violación de provisiones obligatorias del Estado importador.	• El acuerdo es un contrato válido de corretaje. • El soborno debe ser alegado y la prueba tiene que ser aportada por la parte que hace alegación. • Debe convencer al Tribunal de que hay soborno. • No sucedió así. • La alegación de que los porcentajes pactados eran desproporcionadamente altos no invalidó el acuerdo.
20. <i>Ad hoc</i> , 1995	Compañía de Panamá vs. Z	Choppet, Suiza	Suiza	• Soborno alegado, pero no probado.	• El hecho de que el convocante haya realizado pagos a una tercera parte no violó contrato entre el convocante y el convocado y no constituye una prueba de soborno. • La prestación de servicios por el consultor no estaba en disputa.

Continúa

Caso	Tribunal arbitral /partes	Lugar del arbitraje	Ley aplicable	Materias tratadas	Aspectos relevantes del laudo
21. ICC n.º 7664, 1996	Frontier AG & Brunner Soc. vs. Thomson CSF	Ginebra	Francesa	• Información no disponible.	• Aunque el agente fue pagado para obtener influencia de las autoridades chinas, para que no objetaran la venta de barcos de Guerra a Taiwán, no se logró evidenciar el soborno. • El contrato de agencia fue declarado válido.
22. ICC n.º 8113, 1666, similar a ICC n.º 8177, 1996	Contratista (Francia) vs. agente (País del sudeste asiático)	Lausana	Francesa	• Información no disponible.	• No hubo alegación de soborno, a pesar de la entrega de contar con una comisión estipulada del 8.25 % del monto del contrato. • La tarifa fue reducida por el Tribunal Arbitral por considerarla excesiva en relación con los servicios prestados.
23. ICC n.º 8891, 1998	Consultor vs. Exportador a Estado x	Información no disponible	Información no disponible	• Fuentes legales (nacionales o internacionales) establecen la validez del acuerdo de consulta en cuestión. • Aplicación de “cuatro indicios”⁵⁰ de prueba de ilegalidad.	• Aplicó los cuatro índices al caso en cuestión. • Concluyó que el contrato de consultoría fue concluido con la intención de cometer soborno. • Fue declarado contra la <i>International Public Policy</i> y, por lo tanto, nulo.

Continúa

50 El Tribunal basa su ilegalidad en los siguientes cuatro indicios: 1) inhabilidad del agente de proveer pruebas de sus actividades; 2) la duración de la intervención del agente; 3) la manera y método de remuneración del agente; y 4) la cantidad de dinero acordada para ser pagada al agente comparado con las ventajas obtenidas por el principal.

Caso	Tribunal arbitral /partes	Lugar del arbitraje	Ley aplicable	Materias tratadas	Aspectos relevantes del laudo
24. ICC n.º 9333, 1998	Árbitro único / Agente (Marruecos) vs. Contratista (Francia)	Ginebra	Suiza	- No prueba de corrupción. - No violación de la ley extranjera en contravención de los estándares morales bajo la ley suiza.	- No se probó corrupción. - El árbitro acepta la reclamación del pago de comisiones. - Existe evidencia circunstancial. - El contratista afirma que el consultor confesó oralmente el soborno. - La comisión exagerada se justificó en el caso <i>us Foreign Corruption Practice Act</i> no aplicable a las subsidiarias de <i>US Corporation</i>.
25. <i>Ad hoc</i> arbitraje uncitral, 4 de mayo de 1999	Himpura California Energy Ltd. (Bermuda) vs. p.t. (Persero) Persahaan Listruik Negara (Indonesia)	Jakarta, Indonesia	Indonesia	- No violación de provisiones obligatorias. - No evidencia de soborno.	No hubo prueba suficiente, convincente ni clara.
26. ICSID ⁵¹ n.º ARB/10/3, 4de octubre de 2013	Metal-Tech (Israel) vs. Uzbekistán	Información no disponible	Uzbeke	Falta de jurisdicción para tratar inversiones que no son acordes a la ley nacional o que constituyen actos de corrupción.	Dado que la jurisdicción del árbitro era sobre asuntos relacionados con la inversión y el Tribunal consideró la inversión ilícita por ser un acto de corrupción, el Tribunal determinó que este caso no era de su competencia, ya que las partes no consintieron sobre la arbitralidad de este asunto y, por lo tanto, el Tribunal no era competente.

Continúa

51 International Centre for Settlement of Investment Disputes.

Caso	Tribunal arbitral /partes	Lugar del arbitraje	Ley aplicable	Materias tratadas	Aspectos relevantes del laudo
27. ICSID n.º ARB/00/7, 4 de octubre de 2006	World Duty Free Corporation (Reino Unido) vs. Kenya	Información no disponible	Información no disponible	• Contrato negociado a través del soborno. • Contrato producto de un acto de corrupción.	• El Tribunal establece que aunque el soborno fue por petición del gobierno keniano, eso no eliminó el hecho de que el contrato se hubiera logrado a través de un acto de corrupción. Ese acto, por ser contrario a la <i>International Public Policy</i>, hizo que el Tribunal dejara de ser competente, pues no pudo conocer contratos obtenidos a través de corrupción.
28. Corte de apelaciones de París, 17 de noviembre de 2020	Sorelec (Francia) vs. Lybia	París, Francia	Francesa	• Aplicación de contratos viciados por corrupción. • <i>Red flags</i> de corrupción en contratos. • Prueba de corrupción con base en evidencia circunstancial.	• El Tribunal, con base en algunas <i>red flags</i>, determinó que el contrato estaba viciado de corrupción y, por lo tanto, no pudo hacerse cumplir a través de un laudo. Con esto, declaró la nulidad de un fallo anterior a la ICC.

Fuente: elaboración propia con base en Sayed, Olaya García, Martin, Crivellaro, Scherer y algunas adiciones de la autora⁵².

52 Sayed, *Corruption in International Trade*; Olaya García, “Good Governance and International”, Annex 1; Timothy A. Martin, “International Arbitration and Corruption: An Evolving Standard”, *Transnational Dispute Management*, última actualización 2022, acceso el 25 de septiembre de 2013, <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=88>; Crivellaro, “Arbitration Case Law on Bribery”, y Matthias Scherer, “International Arbitration and Corruption – Synopsis of Selected Arbitral Awards”. *ASA Bulletin*, 19, n.º 4 (2001): 710-716.

De la jurisprudencia arbitral anteriormente reseñada, y pese a las diferentes aproximaciones y reacciones de los árbitros, podemos extraer las siguientes conclusiones preliminares⁵³:

1. La gran mayoría de los casos se refieren a contratos de agencia (*“agency agreements”*). En estos, un principal le confiere a un agente la tarea de asistir al principal en obtener la adjudicación de un contrato, usualmente de construcción, ingeniería, suministro, llave en mano, llamado a licitación por un empleador o dueño (en general, una entidad del Estado o agencia pública) en un país importador. El agente es remunerado con un porcentaje aplicado al valor del contrato adjudicado al principal. Todos los acuerdos contienen una cláusula arbitral dado que se prefiere este mecanismo de solución de controversias por cuanto los árbitros tienen poderes de investigación y estándares de prueba diferentes a los de los jueces.

Es importante precisar que la gran mayoría de estos acuerdos, que en el fondo implican una relación de “intermediación”, no son denominados de tal manera básicamente por dos motivos:

- a. Recurrir a la “intermediación” para la adjudicación de una obra pública es prohibido en algunas legislaciones.
- b. En ocasiones, las partes no desean revelar el objeto genuino y la verdadera naturaleza de su acuerdo y tienden a presentarlo como una operación comercial diferente y ordinaria.

Por lo anterior, usualmente denominan a estos acuerdos: relación de agencia o consultoría, acuerdo de asistencia o patrocinio, o inclusive, corretaje.

2. La reacción de los árbitros ha variado de caso en caso. En materia de *jurisdicción o competencia*, algunos pocos se han rehusado a arbitrar la disputa, aunque este número ha venido aumentando, mientras que la gran mayoría la han aceptado con base en la teoría de la separabilidad del acuerdo arbitral.

En cuanto a los aspectos *probatorios*, el debate ha sido más sensible. Sea a petición de parte u oficiosamente, en varios casos, los árbitros han encontrado que el acuerdo de agencia es un “indicio” de que puede tratarse de un caso de soborno. En otros, cuando la alegación de soborno ha

53 Para la construcción de estas, nos basamos en Olaya García, “Good Governance and International”, Martin, “International Arbitration and Corruption” y Crivellaro, “Arbitration Case Law on Bribery”.

sido elevada por el convocado, se ha requerido de un “bajo” estándar de prueba o recurrir a una presunción para declarar el acuerdo de agencia inválido. Por el contrario, en la gran mayoría se ha requerido de un “alto” estándar de prueba y si el acervo probatorio no convence al Tribunal, ha tendido a fallar como válido el acuerdo y ha ordenado el pago respectivo de la comisión.

En lo que respecta a las *decisiones*, algunos tribunales han sustentado la invalidez de los acuerdos basados en estándares internacionales de *public policy*, otros en disposiciones obligatorias del país importador que prohíbe acudir a intermediarios cuando se contrata con el Estado o las entidades estatales y unos cuantos en reglas de *public policy* del derecho nacional, que las partes han elegido para regular el acuerdo desconociendo aquellas del país importador. En ocasiones, se ha indagado si el acuerdo arbitral contenido en el contrato principal también ha sido inducido por corrupción o fraude.

3. Algunas estadísticas que podrían extraerse de la tabla 2 y de otra información doctrinal⁵⁴ del panorama del arbitraje internacional y la corrupción son las siguientes:
 - a. Al menos en cinco casos se ha denegado la jurisdicción arbitral en presencia de corrupción.
 - b. En tres casos, “oficiosamente” se ha declarado inválido o ilegal el contrato. Se han esbozado tres argumentos: violación de la ley elegida por las partes para gobernar el contrato (caso 2); contravención de la *International Public Policy* (caso 3); y la posible no ejecución del laudo por ser contrario al *public policy* del país donde se ejecuta (caso 5).
 - c. En tres casos, el Tribunal utilizó indicios directos e indirectos para demostrar la ilegalidad del contrato (casos 10, 11 y 23).

54 Para Olaya García, “Good Governance and International”, 142: son treinta y ocho los casos arbitrales que han tratado temas de corrupción, incluyendo algunos que, según la autora, no necesariamente mencionan la corrupción si bien de sus hechos puede entenderse que la enfrentan. Presenta los ejemplos de Inceysa vs. El Salvador, donde se habla de ilegalidad, pero se trata indiscutiblemente de un caso de corrupción, y un caso de la Corte Suprema Federal Suiza del 13 de noviembre de 1998 (Albert Jan Van den Berg, (ed.), *Yearbook Commercial Arbitration Volume XXV*, [Ámsterdam: Kluwer Law International 2000], 511-517) que dirimió asuntos de *anti-trust* enmarcados en una situación de gran fraude. Crivellaro, “Arbitration Case Law on Bribery” y Scherer, “International Arbitration and Corruption” mencionan alrededor de veinticinco casos. Este análisis se ha centrado en los últimos.

- d. En solo un caso, se aplicó un “bajo” estándar de prueba (caso 11), mientras que en catorce se aplicó un “alto” estándar de prueba (casos 4, 6, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24 y 25).
 - e. En un caso, el acuerdo de agencia fue declarado nulo por ser contrario a normas obligatorias del país importador (Argelia), contra la *International Public Policy* y la interna suiza. No importó, en este caso, la ausencia de prueba directa de soborno (caso 6).
 - f. En cinco casos, se aplicaron los principios de la *public policy* del derecho que las partes seleccionaron para gobernar el acuerdo y no aquellos del país donde se iba a ejecutar el contrato (casos 6, 7, 8, 9 y 24).
 - g. En un caso, se discutió la invalidez y no ejecución de la cláusula arbitral afectada por corrupción o fraude, como cuestión completamente diferente a la invalidez del contrato (caso 15).
4. Para un sector de la doctrina, representado en este escrito principalmente por Olaya García, existen consensos arbitrales sobre algunas materias mientras que subsisten divergencias sobre otras⁵⁵.

En relación con el primer grupo, Olaya García⁵⁶ considera que los aspectos relativos a la jurisdicción (incluyendo la supervivencia de la cláusula arbitral frente a la invalidez del contrato debido a corrupción, la arbitrabilidad y la discusión de aspectos relativos al castigo criminal dentro del arbitraje y el rol del árbitro), la capacidad del árbitro para actuar *ex officio* y el manejo probatorio, no suscitan hoy gran discusión. Con respecto a otros como, por ejemplo, la definición de corrupción y el análisis de sus implicaciones, la validez y la nulidad contractual, la revisión y ejecución por parte de las Cortes (el dilema finalidad *versus public policy*), la obligación de reporte, el *estoppel* y los conflictos de principios son materias que requieren de un mayor análisis por estar aún no resueltas.

55 Olaya García, “Good Governance and International”, 142-190. La autora, sin embargo, se apoya en Arthur L. Marriott, “Corruption in Arbitration and Mediation Compared”. *Arbitration The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 72, n.º 2 (2006): 231-235; y Richard H. Kreindler, “Aspects of Illegality in the Formation and Performance of Contracts”, en *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, Albert Jan van den Berg (ed.) (Ámsterdam: Kluwer Law International, 2002), 232.

56 Olaya García, “Good Governance and International”.

La idea de esta obra es precisamente continuar con el debate no culminado y presente en las tesis doctorales de Sayed y Olaya García⁵⁷. Algunos de los asuntos aparentemente “resueltos” y “no resueltos” se discutirán en el capítulo 2.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Múltiples instrumentos internacionales regulan la corrupción y sus manifestaciones. Por su relevancia, se citan algunos de ellos a continuación:

- Convención Interamericana contra la Corrupción⁵⁸.
- Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de la Unión Europea o funcionarios de los países de la Unión Europea⁵⁹.
- Convención Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para combatir el soborno de funcionarios públicos extranjeros en transacciones de negocios internacionales⁶⁰.
- Convenio de derecho penal sobre la corrupción, Consejo de Europa⁶¹. El 15 de mayo de 2003 el Consejo de Europa adoptó un Protocolo Adicional a esta Convención (CETS n.º 191) que se ocupa principalmente de la *corrupción de los árbitros*. Sobre este punto volveremos en el capítulo 2.
- Convenio de derecho civil europeo sobre la corrupción, Consejo de Europa⁶².

57 Para Olaya García, “Good Governance and International”, 155); la tesis doctoral de Sayed, “Corruption in International Trade”, es el documento más comprensivo que trata las temáticas arbitrales y su relación con los fenómenos de corrupción. Ambos textos demuestran la “ambigüedad” —en sus términos— por la que aún divaga el arbitraje cuando se enfrenta a las diferentes manifestaciones de la corrupción. Por este motivo, el tema sigue siendo interesante y ánima al desarrollo de líneas de investigación futuras.

58 Convención Interamericana contra la Corrupción, 1996.

59 Convenio contra la corrupción con la implicación de funcionarios, 1997, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133027>.

60 OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 1997, http://www.oecd.org/document/20/0,3343,en_2649_34859_2017813_1_1_1_1,00.html, Un muy buen análisis de esta Convención y su desarrollo la encuentra en la ponencia de Sacerdoti, “The 1997 OECD Convention”, 47-64.

61 Criminal Law Convention on Corruption (ETS n.º 173), 1999, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/173.htm>.

62 Civil Law Convention on Corruption (ETS n.º 174), 1999, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/174.htm>.

- Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción⁶³.
- Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción⁶⁴.
- Las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). Estándares Internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación⁶⁵.
- Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, Consejo de Europa⁶⁶.
- Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y la financiación del terrorismo, Consejo de Europa⁶⁷.
- Modelo de regulaciones relacionadas con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves⁶⁸.

En líneas generales, siguiendo a Haugeneder y Liebscher⁶⁹, estos convenios establecen sanciones penales al soborno en el sector público y privado y al tráfico de influencias, configuran redes de cooperación internacional para la mutua asistencia y extradición, regulan el lavado de dinero en el contexto de la corrupción, determinan los regímenes de responsabilidad de las corporaciones y cabezas de negocio, dictan medidas preventivas tales como estándares de conducta, dictaminan reglas sobre contabilidad transparente, protegen a testigos

63 African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, 2003, <https://au.int/en/treaties/african-union-convention-preventing-and-combating-corruption>.

64 United Nations Convention against Corruption, 2005.

65 Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y de la proliferación, 2012, <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>. El GAFI es un grupo intergubernamental cuyo propósito consiste en desarrollar y promover políticas para combatir el lavado de dinero y la financiación del terrorismo. Para profundizar en otros instrumentos internacionales relativos al lavado de dinero se recomienda la lectura de la ponencia de Jenkins, "Fraud, Corruption and Money Laundering", 29-40.

66 Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime (ETS n.º 141), 1993, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=141>.

67 Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism (CETS No. 198), 2005, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=198>.

68 Model Regulations Concerning Laundering Offenses Connected to Illicit Drug Trafficking and Other Serious Offenses, 2011, http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/eng/Model_regula_eng12_02/REGLAMENTO%20LAVADO%20-%20ENG.pdf.

69 Florian Haugeneder y Christoph Liebscher, "Chapter v: Investment Arbitration - Corruption and Investment Arbitration: Substantive Standards and Proof", en *Austrian Arbitration Yearbook 2009* (Austria: Stämpfli Verlag AG Bern, 2009).

y denunciantes de irregularidades, fijan el rol de los medios y la sociedad civil, entre otros asuntos. La Convención de Derecho Civil Europeo sobre la corrupción se centra, como su nombre lo indica, en el derecho civil, estableciendo acciones para que las personas que hayan sufrido daño por causa de un acto corrupto puedan obtener algún tipo de compensación⁷⁰. Aloysious Llamzon plantea que la principal razón para el surgimiento de estos instrumentos internacionales contra la corrupción estuvo en el consenso entre instituciones multilaterales, organizaciones no gubernamentales (ONG), académicos y los diferentes gobiernos sobre la gravedad de los impedimentos que crea la corrupción para el desarrollo a largo plazo de los Estados⁷¹.

Para terminar parece muy importante el rol que desempeñan, a nivel mundial, organizaciones como Transparencia Internacional e iniciativas del sector privado como el Global Anti Money-Laundering Guidelines for Private Banking, denominados también principios Wolfsberg Anti-Money Laundering (AML), promulgados por un grupo de bancos líderes a nivel mundial con la participación de Transparencia Internacional, en un esfuerzo voluntario para controlar el lavado de activos y la corrupción y establecer estándares comunes globales para sus operaciones de banca privada⁷².

70 Ibidem, 539-540.

71 Aloysius P. Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 9.

72 Recuperado de <https://www.wolfsberg-principles.com/wolfsberg-group-standards>, consultado el 23 de febrero de 2022. Existen diferentes estándares elaborados desde el año 2003 hasta el 2019, ver listado en su página *web*.

CAPÍTULO 2

LA CORRUPCIÓN EN EL PROCESO ARBITRAL

En el Capítulo 1, se analizaron los problemas conceptuales de la corrupción y sus manifestaciones, se relacionaron los casos arbitrales que han enfrentado este fenómeno, las reacciones de los árbitros y se plantearon los diferentes instrumentos internacionales que buscan prevenir y atacar este flagelo. La finalidad de este capítulo consiste en disertar sobre los aspectos jurídicos relevantes que deben resolver los árbitros a la hora de conocer un caso con matices de corrupción o cuando alguno de los miembros del panel arbitral actúa de manera corrupta. Como se vio antes, para un sector de la doctrina algunos de estos temas ya se encuentran resueltos por la jurisprudencia arbitral mientras que en otros aún faltan consensos y un mayor desarrollo. Por lo anterior, se harán las menciones doctrinales correspondientes cuando se requiera.

INVOCACIÓN DE LA CORRUPCIÓN Y JURISDICCIÓN ARBITRAL

Los hechos y reclamaciones relacionados con fenómenos de corrupción pueden arribar a un proceso arbitral bien sea por haberlo alegado la parte convocante o la convocada¹. La pregunta que se han hecho algunos tribunales arbitrales es si al no existir petición de parte podría el Tribunal Arbitral *motu proprio* o

1 Crivellaro, "Arbitration Case Law on Bribery", 109: analiza en profundidad los acuerdos de "agencia" y las tres formas como se inician los arbitrajes inmersos en cuestiones de corrupción: 1) el agente inicia el arbitraje por que el principal se rehúsa a pagar la comisión argumentando que los servicios no fueron prestados o que el acuerdo era ilegal o inválido; 2) el principal inicia el arbitraje para recobrar la comisión pagada total o parcialmente al agente alegando la ilegalidad del contrato; y 3) surge la disputa conexa al contrato entre el principal y su empleador, donde este último arguye que el contrato principal fue inducido por corrupción o soborno y, por lo tanto, es ilegal.

ex officio indagar sobre estas situaciones cuando a lo largo de su investigación surgen “sospechas”.

Este aparente problema jurídico parece haber sido resuelto por la doctrina de manera afirmativa. Al respecto Cremades y Cairns han manifestado que: “es claro hoy que un tribunal arbitral tiene el deber de examinar cualquier corrupción, lavado de dinero, blanqueo de capitales o fraude serio ocurrido en la negociación o desarrollo del contrato, incluso si las partes no lo desean”². En igual línea, Philip propone a los árbitros no dudar en hacerlo e inmediatamente poner en conocimiento de las partes sus sospechas para escuchar sus reacciones³ y Llamzon plantea que estos deben investigar si encuentran indicios de corrupción en el proceso⁴. Para Olaya García la ausencia de consentimiento de las partes para traer al arbitraje tales cuestiones no es óbice para que los árbitros las conozcan y resuelvan, pues no hacerlo sería contrario a la *public policy* y, adicionalmente, considera que es deber de los árbitros producir laudos ejecutables bajo las leyes nacionales, siguiendo el artículo v de la Convención de Nueva York⁵.

No obstante, lamentablemente, también existen antecedentes jurisprudenciales que han resuelto la tensión negativamente. En el caso *Westacre*, por ejemplo, los árbitros decidieron que no tenían el deber de investigar el presunto soborno a menos que una parte explícitamente realizara la reclamación respectiva dada la naturaleza consensual del arbitraje y la imposibilidad de fallar *ultra petita*. En el laudo se estableció que:

La demostración de la naturaleza de soborno del acuerdo debe ser realizada por la parte alegando la existencia de tales sobornos [...]. Una corte civil y, en particular un tribunal arbitral, no tiene el poder de hacer investigación oficial ni el deber de investigar independientemente la verdad⁶.

2 Cremades y Cairns, “Transnational Public Policy”, 80.

3 Philip, “Arbitration, Corruption, Money, Laundering”, 151-152.

4 Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration*, 228.

5 Olaya García, “Good Governance and International”, 148.

6 Laudo ICC 6497/1994. Albert Jan van den Berg, (ed.), *Yearbook of Commercial Arbitration XXIV* (Ámsterdam: Kluwer Law International, 1999), 73.

Sin embargo, este es un caso aislado de la línea jurisprudencial arbitral que ha reconocido la posibilidad de actuación oficiosa de los árbitros frente a este tipo de hechos⁷.

Se comparten las siguientes cuatro razones que esbozan Cremades y Cairns por las cuales un tribunal debe investigar cualquier manifestación de la corrupción como el soborno de funcionarios públicos, lavado de dinero o fraude serio, independientemente del deseo de las partes⁸:

1. El Tribunal Arbitral debe realizar todos los esfuerzos para que el laudo sea ejecutable⁹ y un laudo que condone actos de corrupción posiblemente no lo será por ser contrario a la *public policy*.
2. El Tribunal Arbitral tiene una responsabilidad pública de administrar justicia independientemente de la confidencialidad que informa el proceso arbitral y la autonomía que le es reconocida con respecto a las cortes estatales.
3. Un rol proactivo del Tribunal Arbitral frente a los fenómenos de corrupción ayuda a fortalecer los esfuerzos de los Estados para eliminar estas situaciones que afectan considerablemente los negocios internacionales.
4. Una de las causas de la persistencia de la corrupción es precisamente la “apatía” de las autoridades judiciales. Los árbitros no pueden seguir esta tendencia.

Frente a lo anterior, Mayer agrega que, para los árbitros, el tema de la corrupción en sus casos también se relaciona con su reputación o prestigio. No es favorable para ellos que un laudo no sea ejecutable porque va en contra de la legislación internacional o porque el caso tiene un trasfondo de corrupción. Esto, según el autor, los motiva aún más a investigar¹⁰. También Ferris reitera esta posición al establecer que el árbitro debe ser diligente cuando ve algún

7 Casos ICC 8891 de 8891, ICC 1110 de 1963, Laudo *ad-hoc* UNCITRAL del 16 de octubre de 1999 (*Himpurna California Energy Ltd. Bermuda vs. República de Indonesia*) y ICSID n.º ARB/10/3 del 4 de octubre de 2013 (*Metal-Tech Ltd. vs. República de Uzbekistán*), por ejemplo.

8 Cremades y Cairns, “Transnational Public Policy”, 80.

9 Véanse los artículos 42 del Reglamento de la ICC y 7 del Apéndice II del mismo Reglamento. ICC, Reglamento de arbitraje, reglamento de mediación, ene. 1 /2014, <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/05/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-spanish-version.pdf>.

10 Pierre Mayer, “Duty and Power of Arbitrators to Investigate and Evidentiary Issues”. *Arbitration and Corruption*, 47 (2021): 64.

indicador de corrupción y también a la hora de encontrar e investigar estos indicadores de corrupción¹¹. Así las cosas, esta tensión es, como lo denomina Olaya García en su escrito, “resuelta” por la doctrina y la jurisprudencia arbitral en general, pese al aislado caso *Westacre* ya mencionado¹².

Muy relacionado con el anterior problema jurídico encontramos las diferentes posiciones y discusiones que han girado en torno de la *jurisdicción* de los árbitros. Frente a las mismas, y salvo una posición doctrinaria que nos sugiere cautela en su tratamiento¹³, existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia arbitral en que los árbitros son competentes para conocer del caso “corrupto” por ser este arbitrable. Pocas excepciones se han presentado a la regla general. Estas son algunas¹⁴:

- Cuando la misma cláusula arbitral ha sido afectada por el fenómeno delictivo (*fraus omnia corrumpit*) y, por lo tanto, el contrato ilegal inmediatamente invalida la cláusula arbitral. En este caso, el principio de separabilidad y autonomía del acuerdo arbitral no se aplicaría.
- Cuando se pretende utilizar el proceso arbitral para lavar dinero u otra figura delictiva, caso en el cual el Tribunal Arbitral deberá declarar que no hay disputa y, por lo tanto, terminar los procedimientos.

La primera excepción ha sido ampliamente debatida por la doctrina gracias al famoso laudo arbitral del año de 1963 del juez Lagergren¹⁵, quien declaró el contrato en litigio inmorale y, en consecuencia, no susceptible de ser sometido a arbitraje¹⁶. Los cuestionamientos que surgieron a raíz de este pronunciamiento pueden sintetizarse en dos preguntas: ¿si el contrato en disputa es nulo, por haber estado presente un soborno u otra manifestación de corrupción, detenta el Tribunal competencia para declararlo?, o ¿debe declarar la materia no arbitrable?

11 Ferris, “Los temas de corrupción”.

12 Olaya García, “Good Governance and International”.

13 Es la posición de Robert Briner, “Final Remarks”, en *Dossiers ICC Institute of World Business Law. Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, editado por Kristine Karsten y Andrew Berkeley (París: ICC Publication, 2003), donde menciona casos ICC en los que la Corte Suprema de Pakistán ha rechazado la jurisdicción arbitral para conocer alegaciones de soborno.

14 Hiber y Paviç, “Arbitration and Crime”, 475-476.

15 Caso ICC n.º 1101/1963.

16 Sayed, *Corruption in International Trade*, 653-671.

Dos principios han sido utilizados para soportar la arbitrabilidad de la cuestión corrupta y la consecuente jurisdicción del Tribunal Arbitral: el *Kompetenz-Kompetenz* y el de separabilidad¹⁷. Conforme al primero, aunque suene redundante, el Tribunal Arbitral tiene jurisdicción para determinar su propia competencia sin importar la validez o no del contrato que contiene la cláusula arbitral¹⁸. Un ejemplo de dicha proclamación de jurisdicción lo encontramos en el caso *Westinghouse*¹⁹. En cuanto al segundo, la cláusula arbitral es separada e independiente del contrato en que se encuentra incorporada. Por lo tanto, el efecto de este principio es que, si el contrato es declarado nulo por ser corrupto, la cláusula sobrevive y es válida. Según la doctrina todos los casos excepto el del juez Lagergren han adoptado este último principio o una combinación de los dos²⁰.

Resulta importante precisar que, como vemos, ambos principios son complementarios y, en su aplicación, le corresponderá al Tribunal Arbitral reconocer posteriormente la validez de la cláusula arbitral. Así las cosas, en materia de arbitraje internacional y corrupción, el fallo más citado y comentado es el del juez Gunnar Lagergren²¹. Es así como en el año de 1994, Gillis Wetter presentó los análisis realizados en un seminario en Estocolmo por el Comité Sueco Nacional de la ICC en los cuales se demostraba que el Juez Lagergren había sido “malinterpretado”. En su documento Gillis adjuntó el texto auténtico del laudo²² y discernió sobre el verdadero significado del laudo arbitral del juez Lagergren²³.

17 Con respecto a los análisis de estos dos principios aplicados al arbitraje internacional y la corrupción se recomienda la lectura de Martin, “International Arbitration and Corruption”, 1-5; y Olaya García, “Good Governance and International”, 143-144.

18 Véanse: el ICC, Reglamento, L. Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, Reglas de Arbitraje UNCITRAL, entre otros.

19 Caso ICC n.º 6401/1992.

20 Los casos más representativos de utilización de este principio para la doctrina son *Westacre* (Olaya García, “Good Governance and International”, 144) y *Loewe* (Philip, “Arbitration, Corruption, Money, Laundering”, 150-151). Este último caso se puede consultar en la *Journal du droit international*, 111 (1984).

21 A pesar de que todos los escritos sobre arbitraje internacional y corrupción se refieren a este caso, se recomienda especialmente el análisis realizado por Philip, “Arbitration, Corruption, Money, Laundering”, 149-152.

22 Esto demuestra el gran riesgo de discurrir sobre fuentes secundarias.

23 Gillis J. Wetter, “Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren’s 1963 Award in ICC Case No. 1110”. *Arbitration International*, 10, n.º 3 (1994): 277-281.

Para Wetter, el juez Lagergren implementó su propio principio de *Kompetenz-Kompetenz*, al someter la controversia a su jurisdicción *ex officio* y estableció que el *compromis* y los términos de referencia eran acuerdos separados. Adicionalmente, estudió todo el espectro de leyes relevantes bajo las cuales el aspecto de arbitrabilidad podía ser analizado, este último es su mayor aporte.

Por lo anterior, a pesar de haber denegado la jurisdicción para resolver el caso, el argumento empleado por Lagergren no fue que la cláusula arbitral no sobreviviera la invalidez del contrato, como muchos de sus intérpretes consideraron, sino el examen de su jurisdicción a *motu proprio*. Para él, su incompetencia para decidir sobre los méritos de la cuestión radicaba en la naturaleza de la ofensa, pues violentaba la *public policy* y las *bonae mores* y no la invalidez de la cláusula. Se anota, sin embargo, retomando las palabras de Philip²⁴, que Lagergren, a pesar de haberse declarado incompetente, tomó decisiones de hecho, no formales, al rehusarse a ordenar a la compañía en disputa a pagar el dinero destinado a sobornos, garantizando que no se obtuviera un enriquecimiento injusto.

El análisis anterior nos lleva a concluir que el acto corrupto no afecta la validez de la cláusula arbitral y, por lo tanto, el tribunal arbitral tiene competencia para la declaración de nulidad, sustentando la decisión, principal pero no exclusivamente, en los principios anteriormente mencionados. Sin embargo, es importante analizar las limitaciones que la doctrina ha encontrado al principio de *separabilidad*. Para Olaya García estas son fundamentalmente dos²⁵:

1. Cuando la situación de corrupción afecta la cláusula arbitral misma.
2. Cuando la ilegalidad es grave y, en consecuencia, invalida tanto el contrato como la cláusula arbitral.

En el primer caso, compartiendo la posición de Olaya García²⁶, es cuando verdaderamente el principio de *separabilidad* no tendría aplicación y la cláusula arbitral sería nula. Sin embargo, ¿en qué circunstancias se presentaría esta situación? Piénsese, como Olaya García²⁷ lo ejemplifica, cuando: 1) una de las partes es sobornada o forzada para aceptar la cláusula arbitral; 2) el arbitraje y

24 Philip, "Arbitration, Corruption, Money, Laundering", 150.

25 Olaya García, "Good Governance and International", 144-145.

26 Ibídem.

27 Ibídem.

la elección del derecho aplicable son parte de una artimaña para cubrir un acto de corrupción o evitar una legislación severa contra acuerdos corruptos; y se adiciona más concretamente, 3) cuando las partes invocan el arbitraje para llevar a cabo un lavado de dinero al simular una disputa para legitimar un pago²⁸; y 4) cuando las partes conjuntamente le solicitan al panel arbitral la aprobación de un laudo consentido basado en una relación simulada o con precios no reales²⁹. Cabe notar que la principal dificultad para demostrar tales hechos es probatoria como se analiza más adelante.

El segundo límite al principio de *separabilidad* presenta más inconvenientes. Discernir sobre el nivel de gravedad de la ilicitud es complejo por cuanto se torna subjetivo enfrentarse a materias no definidas como, por ejemplo, el significado de vulneración “grave” de la *public policy*³⁰. Una aplicación concreta de esta teoría se dio en el caso *Westacre* donde, al momento de ejecutar el laudo, el juez consideró que el tráfico de estupefacientes era “grave” en oposición a la corrupción. En línea con Olaya García (2010)³¹, esta discusión debería superarse por cuanto la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción niega la posibilidad de identificar alguna manifestación de la corrupción como “no grave”.

Por lo anterior, y bajo las anteriores restricciones, la tendencia predominante, tanto doctrinal como jurisprudencial, es al uso del principio de *separabilidad* para dotar a los árbitros de jurisdicción a la hora de resolver controversias donde existe alguna manifestación de corrupción. Para algunos, como Cremades y Cairns, si un Tribunal Arbitral reconoce un caso de soborno, lavado de dinero o fraude serio, ya sea en el análisis de su jurisdicción o de los méritos del asunto, no hay duda de que debe condenar tal conducta totalmente contraria a la

28 Hiber y Pavič, “Arbitration and Crime”, 462-464, describen claramente la figura así: Una parte inicia el arbitraje mientras que la otra no la contesta o lo hace débilmente y se produce un laudo. El ganador recibe un pago “transnacional” que parece legítimo y limpio, y posiblemente exento de impuestos, pues en algunas legislaciones este tipo de “ganancias inesperadas” no tributan. Para un análisis más profundo de estos comportamientos delictivos se recomienda la lectura de las ponencias de: Karsten, “Money Laundering”, 15-28; y Jenkins, “Fraud, Corruption and Money Laundering”, 29-40.

29 Hiber y Pavič, “Arbitration and Crime”, comentan que esta situación se ha presentado en las Cortes Serbias especialmente en disputas donde las partes han acordado el intercambio de moneda extranjera mediante la celebración de “contratos de cooperación técnica y de negocios” que violan regulaciones serbias sobre la materia.

30 Sayed, *Corruption in International Trade*, 56. Para este autor la *public policy* no es un código escrito.

31 Cremades y Cairns, “Transnational Public Policy”, 82.

*International Public Policy*³². Otros, como Mills, consideran que, si bajo la ley aplicable la corrupción da lugar a la invalidez del contrato, claramente bajo la doctrina de la separabilidad del acuerdo arbitral, el arbitraje debe continuar y el tribunal debe enfrentar la cuestión ya sea como una materia legal o fáctica. Para esta última, otra cuestión sucede cuando la corrupción afecta la validez del contrato *ab initio*, donde la pregunta a resolver es si la cláusula arbitral existió y si el tribunal tiene competencia³³.

LEY APLICABLE Y SANCIÓN DE LA CORRUPCIÓN

Para Martin al momento de considerar la *ley aplicable* a un caso de corrupción que puede invalidar un contrato en un proceso arbitral, el tribunal se enfrenta a un espectro bastante amplio de normas: 1) la *lex fori* (ley de la sede del arbitraje), 2) la *lex locus solutiones* (ley donde el contrato se ejecutó), 3) la ley de la jurisdicción de ejecución, 4) la *loi de police* (ley obligatoria)³⁴, 5) la ley del lugar de negocios de la o las partes y 6) las leyes conectadas a las partes o al contrato; por lo anterior, la decisión pareciera no ser fácil³⁵.

Para Müller, la ley escogida por las partes será también la aplicable a los casos de corrupción y sus consecuencias en el ámbito arbitral³⁶. Ahora bien, en

32 Mills, "Corruption and Other Illegality".

33 Ibídem, 293-294. Al respecto, Mills recomienda los análisis de Richard H. Kreindler, "Aspects of Illegality in the Formation and Performance of Contracts", en *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, Albert Jan van den Berg (ed.) (Ámsterdam: Kluwer Law International, 2002). Olaya García, "Good Governance and International", 162-176, también cita recurrentemente a este autor y dedica todo un aparte de su tesis doctoral a analizar, a la luz del derecho privado internacional, cómo se tratan los aspectos relacionados con la corrupción en los contratos internacionales y su validez. En esta obra, no se profundiza sobre esta tensión "no resuelta" para Olaya, donde concluye que, con base en la buena fe y la *public policy* nacional e internacional, parece que la "anulación" es la aproximación más lógica y consistente para tratar contratos con tintes de corrupción.

34 Para Hiber y Paviç, "Arbitration and Crime", 468-469, quienes retoman a Alexis Mourre, "Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator". *Arbitration International*, 22, n.º 1 (2006): 95-118, "desde el punto de vista del árbitro una norma penal es no más y no menos que una regla obligatoria. Es, usando expresión francesa, una '*loi de police*' que establece una prescripción no derogable o prohibición".

35 Martin, "International Arbitration and Corruption", 1-5.

36 C. Müller, "The Impact of Corruption in the Contract, Including the Issue of Applicable Law". *Arbitration and Corruption*, 47 (2021): 39.

relación con esta tensión la doctrina ha reconocido el gran aporte de Sayed³⁷. Para este tratadista, el árbitro se encuentra en medio de un dilema clásico: ¿puede el árbitro ir más allá de la ley elegida por las partes? ¿Tiene el principio de autonomía de las partes algún límite? Para responder estos cuestionamientos Sayed centra su análisis en el rol que juegan las reglas imperativas para lo cual recorre las diferentes leyes nacionales, que en su mayoría adoptan los instrumentos internacionales anticorrupción ya relacionados y concluye que la condena a las prácticas de corrupción es general y universal³⁸.

Sin embargo, suponiendo que las partes eligieran una ley nacional sustancial aplicable al contrato que no condenara la corrupción: ¿qué sucedería?, ¿podría acudir el Tribunal a una norma extranjera a la *lex contractus*? Para Sayed, analizando la jurisprudencia arbitral (concretamente los casos *Hilmarton* y *Northrop*), la aplicación directa de reglas imperativas extranjeras relativas a la corrupción es posible, sin importar las elegidas por las partes, aunque reconoce que esta posición puede no ser la dominante³⁹. En la misma línea, Kreindler apoya la aplicación de la ley extranjera para evitar la contravención de la *International Public Policy* cuando afirma que: “la ley sustantiva acordada debe ser aplicada salvo cuando viole normas internacionales generalmente aceptadas”⁴⁰. Philip plantea que algunas reglas de países deben ser aplicadas mundialmente, pues son internacionalmente obligatorias y parte de la *International Public Policy* del país⁴¹.

Así las cosas, la gran mayoría de las legislaciones incorporan normas que combaten la influencia de la corrupción en la celebración de los contratos y, por lo tanto, parece difícil que una norma sustancial elegida por las partes sea permisiva y cómplice de este tipo de situaciones delictivas. Si las partes no eligen una norma sustancial, seguramente el Tribunal, como lo sugiere Martin⁴²,

37 Véase, al respecto: Leboulanger, “Bibliographie, Sayed (Abdulhay), Corruption in International Trade and Commercial Arbitration”. *Revue de l'Arbitrage, Comité Française de l'Arbitrage* 207, n.º 1 (2007), 155-157.

38 Sayed, *Corruption in International Trade*.

39 Encuentra apoyo esta posición en Hiber y Paviç, “Arbitration and Crime”, 469, para quienes los árbitros pueden considerar leyes penales diferentes a la *lex arbitri* y *lex causae* y también de terceros países, teniendo en cuenta su calidad y las consecuencias de su aplicación o no aplicación. Reconocen, sin embargo, como Sayed, que la práctica arbitral sugiere que la ilegalidad usualmente se juzga con base en la ley elegida y no la de un tercer país. Citan como ejemplos los laudos CCIG de febrero 23 de 1988, *Ad hoc* de 1989 y los ICC 5662 (*Hilmarton*) y 9333 de 1998.

40 Kreindler, “Aspects of Illegality”, 42.

41 Philip, “Arbitration, Corruption, Money, Laundering”, 154.

42 Martin, “International Arbitration and Corruption”.

encontrará alguna para combatir tales fenómenos indeseados ya sea aquella más cercana a las partes, la que regula el contrato, la del lugar de los negocios o, simplemente, utilizando los criterios de violación de la *International Public Policy*⁴³.

En relación con las cláusulas que definen las leyes aplicables en los contratos de agencia, donde son comunes las reclamaciones de soborno, según Crivellaro se ha vuelto común la selección de la ley de un tercer país diferente a aquel donde se perfecciona el contrato (salvo que en este último se permitan los servicios de “intermediación” como en el área del Golfo), donde la mayoritariamente elegida ha sido la ley suiza, pues esta no prohíbe el uso de agentes para la contratación pública a menos que exista corrupción⁴⁴.

En lo que tiene que ver con la *sanción* de la corrupción, compartimos la posición de Hiber y Paviç para quienes los árbitros no pueden aplicar sanciones penales, pero sí aquellas de naturaleza civil o comercial resultantes de su inobservancia⁴⁵. La sanción más común es la nulidad absoluta del contrato que no conduce, como lo afirma Sayed⁴⁶, a la restitución de las sumas percibidas por aplicación del principio *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*⁴⁷.

Finalmente, Mills realiza una propuesta interesante relacionada con algunos aspectos que se analizan más adelante como la ejecución de un laudo que menciona aspectos de corrupción y el deber de denuncia. Para esta autora, a la hora de ejecutar el laudo y conociendo el comportamiento delictivo cometido, la corte respectiva debe iniciar acciones contra el ofensor. Ella, sin embargo, reconoce que no sabe si esto ha sucedido, pero es un tema interesante para tener en consideración en el proceso de ejecución del laudo y se encuentra íntimamente ligado con el deber de denuncia y de inicio de acciones, no del árbitro, pero sí del juez de ejecución⁴⁸.

43 Aunque según Hiber y Paviç, “Arbitration and Crime”, 468-469, estos criterios son excepcionales y para demostrarlo citan los casos *World Duty Free Co. Ltd vs. Kenya* (Caso ICSID n.º ARB/00/7 de 2006), ampliamente analizado en su escrito, e ICC 3913/1981.

44 Crivellaro, “Arbitration Case Law on Bribery”, 112. El autor también critica fuertemente esta tendencia por ser contraria al párrafo 3 del artículo 3 de la Convención de Roma (Ibídem, 118). Nota aclaratoria: la Convención de Roma perdió vigencia en 2008.

45 Hiber y Paviç, “Arbitration and Crime”, 469. Igual argumentación presenta Mills, Mills, “Corruption and Other Illegality”, 295-296.

46 Sayed, *Corruption in International Trade*, citado por Leboulanger, “Bibliographie”, 156.

47 Nadie puede alegar su propia torpeza.

48 Mills, “Corruption and Other Illegality”, 295-296.

RÉGIMEN PROBATORIO

Una vez los “presuntos” actos de corrupción fueron alegados por las partes o detectados *ex officio* y fue asumida la jurisdicción arbitral para conocer de ellos y determinada la ley aplicable, llegan los árbitros a la mayor dificultad de la relación entre el arbitraje internacional y la corrupción: ¿quién la debe probar y bajo cuáles estándares? Esta problemática, a pesar de haber sido ampliamente debatida en la doctrina y en la jurisprudencia arbitral, no es, como Olaya García lo sugiere, un tema ya “resuelto”⁴⁹. Por el contrario, existen múltiples aspectos pendientes por analizar por cuanto no existe una regulación ni una tendencia expresa que permita una única posible interpretación. Veamos los más relevantes⁵⁰:

- a. El Tribunal Arbitral no podrá basar sus decisiones en alegaciones ni sospechas sin fundamento. Debe, por lo tanto, realizar como lo menciona Mills en su escrito un examen “a fondo” y riguroso por cuanto es interés de una u ambas partes el ocultamiento de las circunstancias delictivas⁵¹.
- b. El Tribunal Arbitral deberá aplicar sus propias reglas probatorias. Se comparte, por lo tanto, la posición de Sayed para quien la práctica arbitral no permite descubrir reglas probatorias uniformes en materia de corrupción y su grado de exigencia depende de la concepción personal de los árbitros con respecto a la corrupción⁵².
- c. No existe una regla uniforme en cuanto a la carga de la prueba. El análisis de la jurisprudencia arbitral parece indicar que quien alega la corrupción asume la carga de la prueba, así lo plantea Llamzon⁵³. Esta postura sigue el artículo 27.1 de las Reglas de Arbitraje UNCITRAL. Sin

49 Olaya García, “Good Governance and International”, 151-154.

50 Se siguen en este aparte a: Martin, “International Arbitration and Corruption”, 7-9; Hiber y Pavić, “Arbitration and Crime”, 468-469; Mills, “Corruption and Other Illegality”, 294-296; Leboulanger, “Bibliographie”, 155-156; Olaya García, “Good Governance and International”, y ampliamente, por realizar el análisis más exhaustivo, a Haugeneder y Liebscher, “Chapter v: Investment Arbitration”. Este último documento se recomienda a quienes deseen ahondar en el régimen probatorio de la corrupción en el arbitraje internacional.

51 Mills, “Corruption and Other Illegality”, 295.

52 Sayed, *Corruption in International Trade*. Se retoma la interpretación de Leboulanger, “Bibliographie”, 156.

53 Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration*, 231.

embargo, existen circunstancias bajo las cuales esta se ha invertido con el fin de refutar alegaciones⁵⁴. El último es el caso en el que la parte que alega la corrupción ha traído al proceso pruebas relevantes, pero no concluyentes y el Tribunal solicita a la otra parte contra-evidencia. Si la contraparte no la aporta al proceso, el Tribunal puede concluir que los hechos alegados son ciertos. Es importante precisar que el Tribunal, también en el aspecto probatorio, puede actuar *ex officio*, no solo para perseguir que sus laudos sean ejecutables, sino para realizar todos los esfuerzos necesarios para condenar estos actos violatorios de la transparencia en los negocios internacionales. En este último caso, aplicarían todos los argumentos que se expresaron con anterioridad al referirnos a la actuación *motu proprio* del Tribunal.

- d. Los estándares de prueba difieren según la corriente civilista o penal. Frecuentemente, se cita el caso *Westinghouse* donde se ponen de relieve los dos estándares *americanos* de prueba: por una parte, el del litigio civil, por el cual se busca la “preponderancia de la prueba”, y aquél relativo al fraude donde las pruebas deben ser “claras y convincentes”. Similar circunstancia se presenta en la legislación inglesa.

En cuanto al nivel de la prueba y el análisis jurisprudencial presentado en el capítulo 1, todo parece indicar que en la mayoría de los sistemas jurídicos domina la tendencia hacia los estándares de prueba “altos” a la hora de investigar casos de corrupción y sus diferentes manifestaciones. En el caso *Hilmarton*, por ejemplo, se exigió evidencia directa para demostrar con certeza la ocurrencia de la corrupción. Sin embargo, algunos tribunales concluyeron la presencia de actividades corruptas con base en evidencia circunstancial o simplemente mencionaron que esta era suficiente⁵⁵. Por el contrario, existen casos donde inclusive se ha exagerado la recolección probatoria⁵⁶.

54 Caso ICC n.º 6497. Véanse, al respecto, las interesantes ejemplificaciones de Mills, “Corruption and Other Illegality”.

55 Casos ICC n.º 6248/1990, 8891/1998 y 4145/1986, citados por Matthias Scherer, “Circumstantial Evidence in Corruption Cases Before Arbitral Tribunals”. *International Arbitration Law Review*, n.º 2 (2002): 29-40.

56 Hiber y Pavić, “Arbitration and Crime”, 468-469, citan el caso *Westinghouse* en el cual los árbitros recopilaron evidencia de todos los países donde las partes tenían residencia unido a aquella de la sede del arbitraje con el fin de tener “total” claridad de los hechos y que estos fueran absolutamente convincentes.

En consecuencia, se concluye que, al no definir las reglas arbitrales, las leyes nacionales ni las convenciones internacionales sobre arbitraje, las directrices que deben informar la carga y los estándares de la prueba en el proceso arbitral, la problemática en su aplicación “libre” por parte de los árbitros persiste y más aún cuando existen “sospechas” de corrupción⁵⁷. Así las cosas, en este punto, se plantea para futuras investigaciones la problemática probatoria del arbitraje internacional en relación con los fenómenos de corrupción. La tendencia sugiere que son “altos” los niveles de prueba exigidos, lo que conduce a que las alegaciones de las partes deban estar muy bien sustentadas y la labor del árbitro no sea pasiva, sino que siempre busque la transparencia y la buena fe que deben informar los negocios internacionales. Esta postura es enfatizada por Llamzon, quien plantea que, aunque en ocasiones los tribunales han considerado estándares menos rígidos, el consenso general está en la necesidad de un estándar alto de prueba de la corrupción⁵⁸. Independientemente de la tradición jurídica de las partes que alegan la corrupción y de los árbitros que deciden sobre estas materias, el nivel de exigencia probatorio no puede descuidarse. Creemos que ese debe ser el mensaje⁵⁹.

LÍMITES Y CONTROL DE LA ACTUACIÓN ARBITRAL

Alegados o no los hechos de corrupción, el tribunal se ve enfrentado a su investigación con las problemáticas probatorias anteriormente reseñadas. Llama especialmente la atención el análisis realizado por Cremades y Cairns acerca

57 Muy interesantes son los análisis que hacen Haugeneder y Liebscher, “Chapter v: Investment Arbitration”, 545-546, al referirse a que la jurisprudencia arbitral, en ocasiones, ha empleado estándares de prueba regulados por la ley sustancial y, en otras, se ha soportado en reglas de naturaleza procedimental. Sin embargo, dejan claro que si una inversión de la carga de la prueba no es atribuible a cualquiera de estas normas podría conducir a la violación del principio general del derecho por el cual cada parte tiene la carga de probar los hechos alegados.

58 Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration*, 234.

59 Este acápite del escrito se ha referido a los aspectos probatorios del arbitraje en relación con la presencia de posibles actos de corrupción, pero no ahondó sobre lo que sucede cuando un experto o perito descubre hechos delictivos en su investigación. Para quienes deseen profundizar en esta materia, existe un muy interesante aporte del contador Arthur Harvered, “The Role of the Expert in Arbitration”, en *Dossiers ICC Institute of World Business Law. Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, editado por Kristine Karsten y Andrew Berkeley (París: ICC Publication, 2003), 93-109, quien estudia el rol del experto en el proceso arbitral frente a manifestaciones de la corrupción como el lavado de dinero y el fraude.

de los siguientes *límites* y consideraciones especiales que deben guiar la labor investigativa del tribunal⁶⁰. Por su importancia, se resumen a continuación complementándolos, si es del caso, con otras posiciones doctrinales:

- El primer límite, que encuentra el Tribunal Arbitral en su investigación, es el *debido proceso*. El Tribunal debe informar de sus sospechas a la parte que presuntamente cometió actos de corrupción y darle el tiempo y la oportunidad para su defensa. Adicionalmente, la parte tiene el derecho de conocer los sustentos de las alegaciones en su contra y debe dársele la opción de controvertirlas en audiencia oral si así lo exige.
- El análisis del Tribunal Arbitral debe limitarse al examen de validez y ejecución del *contrato en disputa* y no de otros contratos, transacciones o disputas de las partes y sus representantes. Si el Tribunal va más allá en su investigación, el laudo podría ser atacado en nulidad por *ultra petita*.
- Los árbitros deben ser conscientes de que las alegaciones de corrupción pueden ser *tácticas dilatorias* utilizadas por las partes. Por tal motivo, Cremades y Cairns nos recuerdan el caso *Westacre* donde se demostró que la corrupción es fácil de alegar, pero difícil de probar. Para estos autores, la “influencia” no necesariamente indica soborno, la ocultación de fuentes de fondos no necesariamente es lavado de activos y los distanciamientos de las prácticas contables normales no son necesariamente fraude⁶¹.
- El Tribunal Arbitral debe limitarse en su actuación a las órdenes especiales relativas a la *confidencialidad* del arbitraje mientras las alegaciones de corrupción son investigadas.
- Dado que se trata de actividades delictivas y, por lo tanto, de la órbita penal, el Tribunal Arbitral debe ser cuidadoso cuando las partes invocan el *secreto profesional* o el privilegio contra la *autoincriminación*. Elevar inferencias por comportamientos de las partes conexos con estos privilegios (por ejemplo, por la no revelación de documentos) puede ser peligroso dado la seriedad de las alegaciones. En este caso, se recomienda la asesoría en materia penal.
- La tensión más sensible con respecto a la actuación del Tribunal Arbitral frente a los casos de corrupción es si los árbitros tienen el deber de

60 Cremades y Cairns, “Transnational Public Policy”, 83-85.

61 Ibídem, 84.

revelar estos hallazgos a las autoridades competentes para que realicen las investigaciones penales respectivas, situación conocida ampliamente por la doctrina como “el *deber de denuncia*”.

En relación con este sensible tema, Cremades y Cairns consideran que ese deber debería tener consagración legal⁶² y que no se conoce ninguna legislación que lo haga expresamente. En su opinión, si esta normatividad existiera vulneraría el derecho a una determinación justa e independiente de los derechos civiles garantizados por el artículo 6 de la Convención Europea de los Derechos Humanos⁶³.

Sin embargo, esta no es la posición doctrinal mayoritaria. Gran parte de los tratadistas resuelven la tensión “confidencialidad que informa el arbitraje” *versus* “deber de denuncia”, a favor de este último. Marriot, por ejemplo, considera que es imperativo el deber de denuncia por cuanto la confidencialidad del proceso arbitral debe ceder frente al interés mundial de combatir la corrupción⁶⁴.

Martin, por su parte, plantea que el deber de denuncia se deriva de los tratados anti-corrupción como los de la OCDE, la OEA y las Convenciones del Consejo Europeo relacionados en el capítulo 1, donde existen claros mandatos de asistencia legal mutua entre los Estados signatarios y deberes de ejecución de las normas sobre estas materias. También menciona un interesante argumento consistente en la necesaria revelación del laudo cuando este ha sido recurrido ante las Cortes Estatales en anulación, de esta manera y, dado que varios laudos con asuntos de corrupción han sido publicados, ¿cómo mantener su confidencialidad? Finalmente, el autor hace un llamado a la comunidad arbitral para no volverse cómplice de estos actos delictivos, ya que universalmente existen leyes civiles y penales que condenan, por ejemplo, el soborno de funcionarios públicos⁶⁵.

Unido a lo anterior, Karsten, al estudiar cómo opera el lavado de activos y cuáles son los instrumentos para combatirlo, nos informa que la definición de este delito es cada vez más amplia, va más allá de aquella

62 Ibidem. Inclusive así lo manifiestan tratados como el de Kreindler, “Aspects of Illegality”, 49.

63 Cremades y Cairns, “Transnational Public Policy”, 85.

64 Marriot, “Corruption in Arbitration”, 234.

65 Véase, también: Crivellaro, “Arbitration Case Law on Bribery”, 14.

definición limitada que se relaciona con el crimen organizado y el narcotráfico y abarca un amplio rango de delitos. La doctrinante llama la atención sobre la tendencia por la cual la asistencia a los lavadores de dinero es criminalizada y muestra la inclinación mundial a extender la lista de denunciantes —cuyas declaraciones automáticas se están volviendo obligatorias—, incluyendo profesiones muy variadas que van desde los vendedores de finca raíz, abogados, contadores⁶⁶, hasta —inclusive en los Estados Unidos— vendedores de carros⁶⁷.

Por su parte, Hiber y Paviç, luego de realizar un interesante análisis de la regulación penal serbia del “deber y derecho” de reporte de actividades delictivas por cualquier ciudadano, cuya omisión es un delito (obligación inclusive extendida a los representantes de personas jurídicas, haciendo un paralelo con los directores de una institución arbitral permanente), concluyen que si las legislaciones a las cuales se encuentran sometidos los árbitros consagran este “deber y derecho”, siempre primará frente al principio de “confidencialidad” que informa el arbitraje⁶⁸.

De la doctrina revisada, salvo pocas excepciones, se deduce que no es fácil el panorama al cual se enfrentan los árbitros que detectan este tipo de delitos, en la medida en que si conocen del acaecimiento de un soborno o de una actividad que pueda configurarse bajo el delito de lavado de activos u otra modalidad corrupta, y no lo denuncian pueden llegar inclusive a ser perseguidos penalmente.

La propuesta concreta es que este tema sea regulado por las reglas institucionales arbitrales y por las leyes nacionales y convenciones internacionales sobre la materia, para evitar así la multiplicidad de interpretaciones y posibles investigaciones penales a los árbitros. Se recomienda, por lo tanto, que se levante la restricción de confidencialidad para casos de corrupción y sus diferentes manifestaciones, imponiéndose el “deber de denuncia” de los árbitros sobre

66 Para Harverd, “The Role of the Expert”, los “expertos” contables tienen el deber de revelar y reportar las actividades fraudulentas. Es así como organizaciones profesiones como el Chartered Accountants in England and Wales ha expedido unas notas de guía sobre el lavado de activos y las obligaciones de los contadores frente a este. Cita también un caso interesante, en el cual, un tribunal arbitral fue requerido por una autoridad de policía para revelar información confidencial, citado en (*The Chartered Institute of Arbitrators Consumer Arbitration Scheme for the Finance Intermediaries, Managers and Brokers Regulatory Association*, 1992, 106).

67 Karsten “Money Laundering”, 26.

68 Hiber y Paviç, “Arbitration and Crime”, 467.

estas materias⁶⁹. La comunidad arbitral debe aportar a la transparencia de los negocios internacionales y no puede ser “cómplice” del crimen⁷⁰.

En la misma línea, el *control judicial* de la actuación arbitral frente a la corrupción es también, como lo manifiestan Olaya García⁷¹ y Sayed⁷², un tema arduamente debatido y, en consecuencia, “no resuelto”. Es claro, como lo establece Arfazadeh, que mientras el tribunal arbitral decide sobre la validez del contrato con base en la ley aplicable, el juez de control revisa la validez y eficiencia del laudo a la luz de la *International Public Policy*⁷³.

Cremades y Cairns⁷⁴ analizan la naturaleza de la *International Public Policy* del soborno a funcionarios públicos y del lavado de activos. Establecen que un laudo que no trate adecuadamente estos aspectos puede ser anulado por la Corte donde fue producido o puede no ser reconocido ni ejecutado en la jurisdicción donde se persiga la ejecución. De este modo, para estos autores, el hecho de que un laudo entre en conflicto con la *public policy* del país sede del arbitraje es normalmente suficiente para ser anulado bajo sus leyes nacionales (por ejemplo: art. 34.2.b de la Ley Modelo UNCITRAL). De manera similar, los jueces de ejecución pueden rehusarse a hacerlo cuando los contratos son producto del lavado de activos o del soborno a funcionarios públicos, por atentar contra la *public policy* del país de ejecución⁷⁵.

Sin embargo, es necesario hacer una aclaración. No siempre que un Tribunal Arbitral encuentre vicios de corrupción o una de sus manifestaciones su laudo debe ser declarado nulo o no ejecutable. Lo importante es que los árbitros hayan dilucidado sobre el tema, analizado el acervo probatorio y tomado decisiones con

69 Un ejemplo de esta propuesta es la regla 35.2.d de las Normas de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur que establece que las partes y el tribunal arbitral pueden romper su compromiso de confidencialidad si lo hacen para cumplir una disposición legal. Sin embargo, aún se está lejos de tener normas claras e inequívocas frente a este tema.

70 Olaya García, “Good Governance and International”, 183, también se pronunció a favor de establecer una posición en la regulación arbitral con respecto a la tensión “confidencialidad” y “deber de denuncia”, manifestando que debe requerirse este último.

71 Olaya García, “Good Governance and International”.

72 Sayed, *Corruption in International Trade*.

73 Homayoon Arfazadeh, “Considérations pragmatiques sur la compétence respective de l’arbitre et du juge en matière de corruption”. *ASA Bulletin*, 19, n.º 4 (2001): 672-683. <https://doi.org/10.54648/asab2001035>.

74 Cremades y Cairns, “Transnational Public Policy”.

75 Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958, art. V.2.b.

respecto a sus implicaciones bajo la ley aplicable⁷⁶. Es aquí donde se presenta otra tensión frecuente en el análisis de estas situaciones y es aquella entre la “finalidad del laudo” y la *public policy*. La pregunta es ¿cuál debe primar?

Como lo demuestra Olaya García, retomando el análisis Kreindler, la jurisprudencia arbitral no ha sido uniforme⁷⁷. En el caso *Westacre*, por ejemplo, primó la finalidad sobre la *public policy*, al ejecutar una Corte inglesa un laudo que validó un contrato “aparentemente” corrupto por falta de pruebas y ordenó el pago de sumas debidas⁷⁸. En el caso *Soleimany*, la Corte de ejecución dio prevalencia a la *public policy* denegando la ejecución bajo el argumento que la *public policy* inglesa prohibía a las cortes de ese país ser usadas, directa o indirectamente, para ejecutar actos ilegales.

El tema se dificulta aún más cuando el control judicial de los laudos arbitrales depende de la jurisdicción, aspecto analizado ampliamente por Sayed. Según este autor, algunas de las jurisdicciones ejercen un control mínimo, como es el caso de Suiza; otras, máximo, como el caso francés⁷⁹; y unas utilizan una aproximación más pragmática que depende del entendimiento del control según la naturaleza de la violación de la *public policy*, como la de los jueces ingleses según se vio anteriormente⁸⁰.

De esta manera, uno de los *límites* para el posterior *control* de la actuación arbitral que los árbitros necesitan tener en mente es que deben producir laudos “ejecutables”⁸¹. Muchos, no obstante, se preguntan ¿hasta dónde va esa obligación? Para Briner, por ejemplo, esta obligación no debe ser considerada una regla general ni absoluta, pues el árbitro no sabe bajo qué ley va a ser ejecutado

76 Para Philip, “Arbitration, Corruption, Money, Laundering”, 155, por lo importante de su reflexión, se cita textualmente: “Debería, sin embargo, quedar claro que la disposición del artículo V2 (b) no establece que el mero hecho de que un laudo contenga hallazgos sobre esos aspectos resulte en su anulación. Depende de *cómo el laudo decida* sobre esos temas. Si el laudo declara inválido un contrato obtenido mediante lavado de activos o fraude, debe determinar las consecuencias, como la compensación, restitución, etc. Lagergren pudo haberse declarado competente. Pudo haber decidido que, como resultado de la invalidez del contrato, la parte que obtuvo un enriquecimiento ilícito debe pagar a la otra una suma de dinero [...]. Esos laudos, aunque tienen en cuenta actos contrarios al ‘public policy’, en sus resultados no son contrarios al ‘public policy’ y deben ser, ejecutables”.

77 Olaya García, “Good Governance and International”.

78 Así mismo, se analizó el caso *Hilmarton* que también dio prevalencia a la finalidad del laudo, pero bajo otro hilo argumentativo (Ibidem, 177).

79 Caso *Westman, Thomson vs. Frootier AG*, por ejemplo.

80 Caso *Westacre vs. Jugoinport, Soleimany y Hamilton*.

81 Artículo 35, Reglamento ICC.

el laudo y, además, porque en estas materias es difícil definir en qué consiste un laudo ejecutable⁸². Debido a las dificultades ya analizadas parece que Briner tiene razón, sin embargo, los árbitros deben realizar su mejor esfuerzo para cumplir su deber de producir laudos ejecutables.

LA CORRUPCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Se ha discutido hasta ahora cómo puede la corrupción y sus manifestaciones incidir en las decisiones de los árbitros que dirimen controversias relacionadas con un contrato particular. Sin embargo, ¿qué sucede cuando es el mismo tribunal arbitral objeto de “sospechas” de corrupción? Pese a que este tema ha sido poco analizado por la doctrina, se encuentran dos posiciones, una pesimista y otra más alentadora.

En el extremo pesimista, Mills analizó la posibilidad de que un árbitro, miembro de un panel arbitral, sospechara de la corrupción o mala fe de uno o varios de sus compañeros árbitros. Para ella el curso inicial de acción sería discutir la cuestión con el árbitro ofensor⁸³, y si luego de esa discusión, el árbitro denunciante no se encuentra completamente tranquilo con la respuesta de su compañero, podría acudir a las leyes y reglamentos que regulan la materia. También sería necesario analizar si el laudo refleja la posición mayoritaria “no-corrupta” o si por el contrario el árbitro ofensor fue capaz de persuadir al tercer árbitro incidiendo en la decisión final. En esta última eventualidad, Mills considera que el árbitro se encuentra en un gran dilema⁸⁴. Una posibilidad que tendría el árbitro ofendido consiste en plasmar su posición en un salvamento de voto (opinión disidente). Otra sería iniciar acciones contra el árbitro ofensor denunciándolo ante la comunidad jurídica. Para la autora, la última opción no es realista en la medida en que muchos de los arbitrajes se conducen por no

82 Briner, “Final Remarks”, 159.

83 Mills, “Corruption and Other Illegality”. Sin llegar a las agresiones físicas entre árbitros como se presentó en un episodio del Iran-United States Claims Tribunal relatado en Scott M. Donahey, “Defending Arbitration against Sabotage”. *Journal of International Arbitration*, 13, n.º 1 (1996); y también en Stewart Abercrombie Baker y Mark David Davis, *The Uncitral Rules in Practice. The experience of the Iran-United States Claims Tribunal* (Ámsterdam: Kluger Law International, 1992), 39-41.

84 Mills, “Corruption and Other Illegality”.

abogados y no existen comunidades profesionales que los censuren. En consecuencia, concluye que no existe respuesta única a esta situación y que muy posiblemente esto permite que subsista la conducta corrupta sin sanción ni remedio. Así mismo, analiza la posible alternativa de renuncia a la misión encomendada, trayendo a la luz pública el fenómeno corrupto y previniendo posiblemente a la sociedad del daño. Finalmente, propone que, como se ha discutido al interior de algunas conferencias arbitrales, se cree algún mecanismo de revisión de los laudos arbitrales, implementando, por ejemplo, una junta de revisión de laudos (UNCITRAL) para asegurar que no sucedan este tipo de conductas ni se vulnere la justicia natural⁸⁵. Como se observa, Mills analiza varias opciones para poner en evidencia al árbitro corrupto, pero no se siente muy tranquila con los resultados de estas líneas de acción.

En contraposición a la anterior perspectiva, Henzelin nos presenta una visión optimista para el caso europeo. Explica este autor que, en mayo del 2003, el Consejo de Europa aprobó un Protocolo Adicional a la Convención de Derecho Penal sobre la Corrupción (CETS n.º 191) que trata concretamente la *corrupción de los árbitros*⁸⁶. De acuerdo con este Protocolo, cada Estado Parte debe adoptar medidas legislativas, y otras que sean necesarias, para establecer como ofensas criminales bajo sus leyes domésticas las siguientes actuaciones, cuando sean cometidas intencionalmente: la promesa, oferta o entrega de una persona, directa o indirectamente, de cualquier ventaja indebida a un árbitro en ejercicio de sus funciones, bajo la ley nacional de arbitraje del Estado Parte, para él o ella misma o para cualquier otra persona, para que él o ella actúe o se abstenga de actuar en ejercicio de sus funciones (soborno activo de árbitros locales). La norma también aplica para el árbitro que pida o reciba, directa o indirectamente, cualquier ventaja indebida para él o ella o cualquier otro, para que actúe o se abstenga de actuar en ejercicio de sus funciones (soborno pasivo de árbitros extranjeros). Finalmente, cada Parte debe adoptar legislación y otras medidas necesarias para establecer como ofensas criminales, bajo su ley doméstica, el soborno activo y pasivo que envuelve a un árbitro en ejercicio de sus funciones bajo la legislación nacional de cualquier otro Estado Parte.

85 Ibidem, 297-298.

86 Al 1 de julio de 2022, todos los estados partes del Consejo de Europa habían suscrito y solo faltaba Rusia por ratificarlo. Se espera que todos lo ratifiquen.

Como se observa, los países europeos han dado un importante paso en la lucha contra la corrupción presente en la comunidad arbitral. Lamentablemente, en los países latinoamericanos, no se conocen iniciativas en ese sentido. Esta obra propone iniciar los debates correspondientes y adoptar legislaciones o convenciones internacionales que lo regulen.

Algunas precisiones del análisis que realiza Henzelin⁸⁷ pueden servir para el análisis de la regulación que se propone. Estas son: 1) se debe tener claro que quien soborna puede ser una parte del arbitraje, otro árbitro o un tercero interesado en los resultados del proceso arbitral; 2) la necesidad de precisar en las legislaciones en qué consiste una “ventaja indebida” es importante, pues su definición puede ser problemática⁸⁸; y 3) los Estados deben criminalizar el soborno tanto activo como pasivo, no solo de los árbitros nacionales, sino también aquellos extranjeros. Este último tema es de especial relevancia cuando se va a tomar la decisión de la sede del arbitraje en un asunto en particular.

87 Marc Henzelin, “Ramifications of the Additional Protocol to the Criminal Law Convention of the European Council on Corruption”. *ASA Bulletin*, 24, n.º 3 (2006): 449-453.

88 Al respecto, puede verse la precisión conceptual que realiza la legislación suiza al comprender en su definición tanto la “ventaja indebida” material como inmaterial (Ibídem, 450 y 451).

CAPÍTULO 3

PROPUESTA PARA LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS

Como se observa, el relacionamiento entre el arbitraje internacional y la corrupción no está exento de múltiples tensiones y problemáticas. En Europa, se ha avanzado en la discusión de gran parte de sus temáticas, llegándose, en algunas ocasiones, a soluciones (por ejemplo, la regulación del Consejo de Europa de la *corrupción de los árbitros*) y, en otras, a dissentimientos aún por resolver (por ejemplo, el *deber de denuncia*). La anterior experiencia es muy valiosa para los países latinoamericanos, más aún cuando muchos de ellos, como Colombia¹, persiguen ser sede de arbitrajes internacionales. De lo investigado, en América Latina, solo algunos autores tratan el tema de la corrupción, pero desde la perspectiva del arbitraje nacional². Para lograr ser sede y en materia concreta de corrupción arbitral, se deberán tener en cuenta las siguientes recomendaciones:

- 1 Para el caso colombiano, se encontraron unas pocas referencias bibliográficas que tienen alguna relación con el tema cuando se citan los “contratos de corrupción” como aquellos en los cuales las partes disfrazan, mediante un ropaje jurídico legítimo, una serie de móviles contrarios a la moralidad de los negocios internacionales, especialmente en los casos donde un inversionista o multinacional pretende obtener la adjudicación de contratos estatales, a partir del tráfico de influencias de empresas domiciliadas en el Estado receptor de la inversión y los problemas que esto suscita en relación con la validez material del pacto arbitral y la noción civilista de la causa (Fabricio Mantilla Espinosa, “La causa del contrato de arbitraje: mecanismo de control del orden público y las buenas costumbres”, en *El contrato de arbitraje* [Bogotá: Legis y Universidad del Rosario, 2005], 507-516; Santiago Talero Rueda, *Arbitraje comercial internacional* [Bogotá: Temis, 2009], 112-113, nota 61). Otras tratan el tema de una manera más tangencial como Eric Loquin y Sébastien Manciaux, *El orden público y el arbitraje* (Bogotá: Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y la Universidad del Rosario, 2016), 37-56.
- 2 Se trata de los textos de los colombianos: Fabricio Mantilla Espinosa, Myriam Salcedo Castro y Francisco Bernate Ochoa, *El arbitraje nacional frente a la corrupción. Tomo III* (Bogotá: Ibáñez y Universidad del Rosario, 2018); y de la brasilera Ana Olivia Autunes Haddad, *A transparência do processo arbitral* (São Paulo: Almedina, 2020), que discuten sobre el fenómeno a nivel nacional. Se espera que esta obra sirva como un paso inicial para la construcción de una línea de investigación sobre el tema en Colombia y otros países latinoamericanos, desde la perspectiva internacional del arbitraje.

1. La comunidad arbitral latinoamericana debe conocer los instrumentos nacionales e internacionales que definen el concepto de corrupción y sus diferentes manifestaciones, con el fin de poder acceder a las herramientas presentes en ellos para detectar y atacar dichos fenómenos.
2. Es importante la construcción de líneas jurisprudenciales arbitrales a nivel internacional para encontrar puntos comunes de acción y reacción arbitral frente a la corrupción.
3. La unificación de visiones con respecto a la ley aplicable a los casos de corrupción presentes en el arbitraje es importante. Esto permite, si es del caso, acudir a leyes extranjeras que propendan por una mayor transparencia en los negocios internacionales.
4. Internacionalmente deben definirse unos lineamientos generales sobre el régimen probatorio de la corrupción en el arbitraje.
5. Los árbitros deben conocer los límites de su actuación en la investigación de la corrupción y, si encuentran hallazgos de esta, prima el “deber de denuncia” sobre la “confidencialidad” en el arbitraje. Para solucionar definitivamente la anterior tensión, las legislaciones nacionales y los convenios internacionales que se suscriban deberán regular la materia.
6. Los árbitros deben resolver el caso de corrupción que afecta el contrato en litigio con la evidencia recolectada ya sea por iniciativa de las partes o *ex officio*. De esta manera, se evitarán anulaciones y denegaciones de reconocimiento y ejecución bajo el argumento de contravención de la *public policy* de la jurisdicción respectiva.
7. Siguiendo la experiencia europea sería importante que los países latinoamericanos adoptaran regulaciones que sancionaran la corrupción de los árbitros.

CONCLUSIONES

Como se pudo demostrar a lo largo de la obra, en la relación entre el arbitraje internacional y la corrupción, son más las cuestiones y aspectos por resolver que aquellos resueltos y sobre los cuales existen “consensos” en la doctrina y jurisprudencia arbitral. La evolución del tema, que podría afirmarse parte del laudo del juez Lagergren en 1963, ha permitido abonar un terreno importante en lo que respecta a los aspectos jurisdiccionales y de arbitrabilidad de estas cuestiones.

Sin embargo, otras tensiones como las presentes en la definición misma de corrupción y sus manifestaciones; la divergencia y ambigüedad de la jurisprudencia arbitral; la multiplicidad de instrumentos internacionales que atacan el flagelo, pero de los cuales los árbitros aún no se han apropiado; las disquisiciones sobre la ley aplicable; la falta de definición legal y convencional del régimen probatorio de la corrupción en el proceso arbitral; los múltiples límites que deben cuidar no traspasar los árbitros en su actuación; el *forum shopping* para el control judicial de los laudos que genera incertidumbre con respecto al concepto de “laudo ejecutable” y los pocos instrumentos existentes para combatir la corrupción de los mismos árbitros, hacen que todavía haya mucho por hacer.

En Europa, se ha avanzado en el análisis y la solución de algunas de las anteriores problemáticas. Es el caso de la suscripción del Protocolo Adicional de la Convención de Derecho Penal sobre la Corrupción que regula integralmente el tema de la corrupción de los árbitros. Sin embargo, la doctrina reconoce la vaguedad y falta de homogeneidad en la interpretación de otras cuestiones como, por ejemplo, las debilidades en la definición de los estándares probatorios de la corrupción en el arbitraje y el no unánime “deber de denuncia” de los actos de corrupción ante las autoridades competentes por parte de los árbitros.

Para el caso europeo, en general, y para América Latina, en particular, se presentan en el documento algunas propuestas concretas para suavizar las tensiones siempre teniendo en mente que el arbitraje internacional debe colaborar a la transparencia e integridad en los negocios internacionales y no convertirse en un cómplice más de la corrupción presente globalmente.

BIBLIOGRAFÍA

- Abercrombie Baker, Stewart y Davis, Mark David. *The Uncitral Rules in Practice. The experience of the Iran-United States Claims Tribunal*. Ámsterdam: Kluger Law International, 1992.
- “About”. *Transparency International*, última actualización 2022, acceso 12 de junio de 2022, <https://www.transparency.org/>.
- African Union Convention on Preventing and Combating Corruption, 2003, <https://au.int/en/treaties/african-union-convention-preventing-and-combating-corruption>.
- Arfazadeh, Homayoon. “Considérations pragmatiques sur la compétence respective de l’arbitre et du juge en matière de corruption”. *ASA Bulletin*, 19, n.º 4 (2001): 672-683. <https://doi.org/10.54648/asab2001035>.
- Barreto Ardila, Hernando. “Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia”, en *Lecciones de derecho penal. Parte Especial. Volumen II*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Bohórquez, Luis Fernando y Bohórquez, Jorge Iván. *Diccionario jurídico colombiano*. Bogotá: Editora Jurídica Nacional, 2007.
- Briner, Robert. “Final Remarks”, en *Dossiers ICC Institute of World Business Law. Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, editado por Kristine Karsten y Andrew Berdeley. París: ICC Publication, 2003.
- Caldas, Luis Fernando. “Corrupción privada y administración desleal”. *Lecciones de derecho penal. Parte Especial. Volumen II*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- Caso ICC n.º 1101/1963.
- Caso ICC n.º 6401/1992.
- Castro Cuenca, Carlos G. *Manual de derecho penal. Parte especial*, tomo II. Bogotá: Temis y Universidad del Rosario, 2019.
- Civil Law Convention on Corruption (ETS No. 174), 1999, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/174.htm>.

- Código Penal Brasileiro [CPB], http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm (traducción propia).
- Código Penal de la Nación Argentina [CPA], <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>.
- Código Penal de la República de Colombia [CPC]. L. 599/2000.
- Código Penal de la República de Perú, [CPP], <https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>.
- Código Penal Distrito Federal de México [CPMDF], https://leyes-mx.com/codigo_penal_ciudad_de_mexico/272.htm#:~:text=Art%C3%ADculo%20272.&text=II,trescientos%20a%20ochocientos%20d%C3%ADas%20multa.
- Convención Anti-Corrupción de las Naciones Unidas, dic. 14/2006.
- Convención Interamericana contra la Corrupción, 1996, <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-58.html>.
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958.
- Convenio contra la corrupción con la implicación de funcionarios, 1997, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A133027>.
- Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime (ETS n.º 141), 1993, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=141>.
- Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism (CETS No. 198), 2005, <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=198>.
- Cremades, Bernardo y Cairns, David J. A. "Transnational Public Policy in International Arbitral Decision-making: The Cases of Bribery, Money Laundering and Fraud", en *Dossiers ICC Institute of World Business Law. Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, editado por Kristine Karsten y Andrew Berdeley, 65-91. París: ICC Publication, 2003.
- Criminal Law Convention on Corruption (ETS n.º 173), 1999, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/173.htm>
- Crivellaro, Antonio. "Arbitration Case Law on Bribery: Issues of Arbitrability, Contract Validity, Merits and Evidence", en *Dossiers ICC Institute of World Business Law. Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, editado por Kristine Karsten y Andrew Berdeley, 109-146. París: ICC Publication, 2003.

- Donahey, Scott M. "Defending Arbitration against Sabotage". *Journal of International Arbitration*, 13, n.º 1 (1996): 93-110.
- Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y de la proliferación, 2012, <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>.
- Fathallah, Raëd. "Corruption in International Commercial and Investment Arbitration: Recent Trends and Prospects for Arab Countries". *International Journal of Arab Arbitration*, 2, n.º 3 (2010): 65-90.
- Ferris, José Ricardo. "Los temas de corrupción en arbitraje internacional", conferencia, Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional, Bogotá, 2021.
- Fofanni, Luigi. "La 'corrupción privada'. Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización", en *Fraude y corrupción en el derecho penal europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, editado por Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.
- Fundación Tomás Moro. *Diccionario jurídico Espasa*. Madrid: Espasa Calpe, 2007.
- Garner, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. St. Paul: Thomson West, 2004.
- Gascón Carbajo, Fernando. "Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión", en *La corrupción en un mundo globalizado: Análisis interdisciplinar*, coordinado por Nicolás Rodríguez García y Eduardo A. Fabián Caparrós. Salamanca: Ratio Legis, 2004.
- Gee, Steven. "The Autonomy of Arbitrators, and Fraud Unravels All". *Arbitration International*, 22, n.º 3 (2006): 337-372.
- Haddad, Ana Olivia Autunes. *A transparência do processo arbitral*. São Paulo: Almedina, 2020.
- Harverd, Arthur. "The Role of the Expert in Arbitration", en *Dossiers ICC Institute of World Business Law. Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, editado por Kristine Karsten y Andrew Berdeley, 93-109. París: ICC Publication, 2003.
- Haugeneder, Florian y Liebscher, Christoph. "Chapter v: Investment Arbitration - Corruption and Investment Arbitration: Substantive Standards and Proof", en *Austrian Arbitration Yearbook 2009*, 539-564. Austria: Stämpfli Verlag AG Bern, 2009.

- Henzelin, Marc. "Ramifications of the Additional Protocol to the Criminal Law Convention of the European Council on Corruption". *ASA Bulletin*, 24, n.º 3 (2006): 449-453.
- Hiber, Dragor, y Pavič, Vladimir. "Arbitration and Crime". *Journal of International Arbitration*, 25, n.º 4 (2008): 461-478.
- Hwang, Michael y Lim Kevin. "Corruption in Arbitration - Law and Reality". *Asian International Arbitration Journal*, 8, n.º 1 (2012): 1-119.
- International Chamber of Commerce [ICC]. "ICC Report of Working Group on Criminal Law and Arbitration (Doc. 420/492)", informe, s. f.
- . Reglamento de arbitraje, reglamento de mediación, ene. 1 /2014. <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/05/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-spanish-version.pdf>.
- Jenkins, Alan. "Fraud, Corruption and Money Laundering: The Approach of an International Law Firm", en *Dossiers ICC Institute of World Business Law. Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, editado por Kristine Karsten y Andrew Berdeley, 29-40. París: ICC Publication, 2003.
- Karsten, Kristine. "Money Laundering: How It Works and Why You Should Be Concerned", en *Dossiers ICC Institute of World Business Law. Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, editado por Kristine Karsten y Andrew Berdeley, 15-28. París: ICC Publication, 2003.
- Karsten, Kristine y Berdeley, Andrew (eds.). *Dossiers ICC Institute of World Business Law. Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*. París: ICC Publication, 2003.
- Kreindler, Richard H. "Aspects of Illegality in the Formation and Performance of Contracts", en *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, Albert Jan van den Berg (ed.). Ámsterdam: Kluwer Law International, 2002.
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf.
- Lamm, Carolyn B.; Pham, Hansel T. y Moloo, Rahim. "Fraud and Corruption in International Arbitration", en *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, editado por Bernardo María Cremades, Miguel Ángel Fernández-Ballesteros y David Arias, 699-731. Madrid: La Ley, 2010.
- Laudo ICC 6497/1994.

- Leboulanger, P. "Bibliographie, Sayed (Abdulhay), Corruption in International Trade and Commercial Arbitration". *Revue de l'Arbitrage, Comité Française de l'Arbitrage* 207, n.º 1 (2007), 155-157
- Llamzon, Aloysius P. *Corruption in International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Loquin, Eric, Manciaux, Sébastien. *El orden público y el arbitraje*. Bogotá: Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y la Universidad del Rosario, 2016.
- Mantilla Espinosa, Fabricio. "La causa del contrato de arbitraje: mecanismo de control del orden público y las buenas costumbres", en *El contrato de arbitraje*, 507-516. Bogotá: Legis y Universidad del Rosario, 2005.
- Mantilla Espinosa, Fabricio; Salcedo Castro, Myriam y Bernate Ochoa, Francisco. *El arbitraje nacional frente a la corrupción. Tomo III*. Bogotá: Ibáñez y Universidad del Rosario, 2018.
- Marriott, Arthur L. "Corruption in Arbitration and Mediation Compared". *Arbitration The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, 72, n.º 2 (2006): 178-290.
- Martin, Timothy A. "International Arbitration and Corruption: An Evolving Standard". *Transnational Dispute Management*. Última actualización 2022, acceso el 25 de septiembre de 2013, <http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=88>.
- Mayer, Pierre. "Duty and Power of Arbitrators to Investigate and Evidentiary Issues". *Arbitration and Corruption*, 47 (2021): 63-70.
- Mills, Karen. "Corruption and Other Illegality in the Formation and Performance of Contracts and in the Conduct of Arbitration Relating Thereto", en *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, Albert Jan van den Berg (ed.), 288-299. La Haya: Kluwer Law International, 2003.
- Model Regulations Concerning Laundering Offenses Connected to Illicit Drug Trafficking and Other Serious Offenses, 2011, http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/eng/Model_regula_eng12_02/REGLAMENTO%20LAVADO%20-%20ENG.pdf.
- Mourre, Alexis. "Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator". *Arbitration International*, 22, n.º 1 (2006): 95-118.
- Müller, C. "The Impact of Corruption in the Contract, Including the Issue of Applicable Law". *Arbitration and Corruption*, 47 (2021): 37-44.

- OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 1997, http://www.oecd.org/document/20/0,3343,en_2649_34859_2017813_1_1_1_1,00.html.
- Olaya García, Juanita. “Good Governance and International Investment Law”, tesis doctoral, Universidad de Berlín, Berlín, 2010.
- Petsche, Alexander y Klausner, Alexandra. “Chapter IV: Crime and Arbitration: Arbitration and Corruption”, en *Austrian Yearbook on International Arbitration 2012*, editado por Christian Klausegger, Peter Klein, Florian Kreamlehner, Alexander Petsche, Nikolaus Pitkowitz, Jenny Power, Irene Welser y Gerold Zeiler, 345-356. Múnich: Manzschke Verlags y Universitätsbuchhandlung Verlag, 2012.
- Philip, Allan. “Arbitration, Corruption, Money, Laundering and Fraud: The role of the Tribunals”, en *Dossiers ICC Institute of World Business Law. Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, editado por Kristine Karsten y Andrew Berdeley, 147-159. París: ICC Publication, 2003.
- Pieth, Mark. “Trans-national Commercial Bribery: Challenge to Arbitration”, en *Dossiers ICC Institute of World Business Law. Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, editado por Kristine Karsten y Andrew Berdeley, 41-46. París: ICC Publication, 2003.
- Puyo Jaramillo, Gil Miller. *Diccionario jurídico penal*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1981.
- Quiceno Álvarez, Fernando. *Diccionario conceptual de derecho penal*. Medellín: Editorial Jurídica Bolivariana, 1997.
- Real Academia de la Lengua Española [RAE]. *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Madrid: Real Academia de la Lengua Española, 2022, <https://dpej.rae.es/lema/fraude>.
- Redfern, Alan y Hunter, Martin. “Chapter 5. Powers, Duties, and Jurisdiction of an Arbitral Tribunal”, en *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6a edición, editado por Nigel Blackaby y Constantine Partasides, 313-362. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Riquert, Fabián Luis. “Instrumentos de derecho internacional público iberoamericana para la prevención contra la corrupción”, en *Delincuencia económica y corrupción*, dirigido por David Baigun y Nicolás García Rivas, 115. Buenos Aires: Ediar, 2006.
- Sacerdoti, Giorgio. “The 1997 OECD Convention against transnational bribery: Effective monitoring and implementation”, en *Dossiers ICC Institute of*

- World Business Law. Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, editado por Kristine Karsten y Andrew Berdeley, 47-64. París: ICC Publication, 2003.
- Sáez Capel, José. “Corrupción en el sector privado”, en *Delincuencia económica y corrupción*, dirigido por David Baigun y Nicolás García Rivas, 73-82. Buenos Aires: Ediar, 2006.
- Sayed, Abdulhay. *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer International Law, 2004.
- Scherer, Matthias. “International Arbitration and Corruption - Synopsis of Selected Arbitral Awards”. *ASA Bulletin*, 19, n.º 4 (2001): 710-716.
- . “Circumstantial Evidence in Corruption Cases Before Arbitral Tribunals”. *International Arbitration Law Review*, n.º 2 (2002): 29-40.
- Talero Rueda, Santiago. *Arbitraje comercial internacional*. Bogotá: Temis, 2009.
- Tawil, Guido Santiago y Zuleta Jaramillo, Eduardo. *El arbitraje comercial internacional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- United Nations Convention against Corruption, 2005, <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/index.html>.
- Van den Berg, Albert Jan (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration Volume XXIV*. Ámsterdam: Kluwer Law International, 1999.
- (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration Volume XXV*. Ámsterdam: Kluwer Law International, 2000.
- Wetter, Gillis J. “Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren’s 1963 Award in ICC Case No. 1110”. *Arbitration International*, 10, n.º 3 (1994): 277-281.
- Wilske, Sthephan y Fox, Todd J. “Chapter 26: Corruption in International Arbitration and Problems with Standard of Proof: Baseless Allegations or *Prima Facie* Evidence?”, en *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, editado por Stefan Kröll, Loukas A. Mistelis, Pilar Perales Viscasillas Vikki M. Rogers, 489-505. Ámsterdam: Kluwer Law International, 2011.

SOBRE LA AUTORA

Eleonora Lozano Rodríguez: es abogada, economista y magíster en Economía por la Universidad de los Andes. Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Sus reflexiones académicas han girado en torno a la tributación y la hacienda pública colombiana, a partir de perspectivas comparadas e interdisciplinarias. Entre sus publicaciones más recientes se encuentran *Estudios interdisciplinarios de la tributación*, segunda edición (Ediciones Uniandes/Instituto Colombiano de Derecho Tributario y Aduanero, 2022) (coordinadora académica y coautora). “Tax incentives in Pacific Alliance countries, the BEPS Project (Action 5), and the 2030 Sustainable Development Agenda” en *Taxation, international cooperation and the 2030 Sustainable Development Agenda* (Springer, 2022) y *Metodologías de investigación jurídica: Experiencias y desafíos del oficio de investigar en derecho* (Ediciones Uniandes, 2021) (coordinadora académica y coautora). Puede seguirla en www.eleonoralozano.com

Arbitraje internacional y corrupción

se terminó de imprimir y
encuadernar en febrero del 2023
en Bogotá, D. C., Colombia.

Se compuso en la fuente Garamond
de cuerpo 11 puntos.