

Disyuntivas: naturaleza jurídica de la doctrina de las manos limpias en el arbitraje internacional de inversiones

Crossroads: The Legal Nature of the Clean Hands Doctrine in International Investment Arbitration

RAFAELLA ROMO-LEROUX CHACÓN*

Recibido / Received: 25/07/25

Aceptado / Accepted: 28/10/25

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3919>

Citación:

Romo-Leroux Chacón, Raffaella. “Disyuntivas: naturaleza jurídica de la doctrina de las manos limpias en el arbitraje internacional de inversiones”. *USFQ Law Review* vol. 12, n°. 2. (noviembre de 2025): <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3919>.

* Corte Constitucional del Ecuador, Asesora, casilla postal 170523, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: rafaellaromoleroux@gmail.com, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8094-6346>.

RESUMEN

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

PALABRAS CLAVE

Arbitraje internacional, inversiones, corrupción, doctrina de las manos limpias, naturaleza jurídica

ABSTRACT

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

KEYWORDS

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

1. INTRODUCCIÓN

El 24 de febrero de 1998, como lo narra el autor americano Bulovsky, el gobierno de Kenia tomó control de las tiendas de la empresa World Duty Free Company Limited en los aeropuertos de Nairobi y Mombasa. El propósito de los funcionarios era claro: borrar toda la evidencia de que la inversión de dicha compañía se había realizado en el país a través de un soborno avaluado en dos millones de dólares al expresidente Daniel arap Moi¹.

Aun así, cuando la empresa demandó el incumplimiento del tratado bilateral de inversiones (en adelante TBI), por expropiación directa de la inversión, el Estado anfitrión manifestó como excepción a la jurisdicción que la inversión no podía considerarse protegida al haberse realizado mediante actos ilegales²; empleando de esta manera la renombrada doctrina de las manos limpias (en adelante DML).

Si bien el caso citado es tan solo un ejemplo de los escenarios en los que el Estado participó de corrupción, son muchos los casos en los que los inversores han actuado de manera aislada e ilegítima para conseguir inversiones. A consecuencia de ello, como se examinará en este trabajo, en los últimos veinte años, los Estados han aplicado —con mayor frecuencia— la DML como un “escudo” ante los convenios arbitrales que permiten que inversionistas protejan su inversión en el marco del derecho internacional público³.

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

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

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

2 *Ibid.*, 118.

3 Isuru Devendra, “State Responsibility for Corruption in International Investment Arbitration”, *Journal of International Dispute Settlement* 10 (2019): 248.

En aras de brindar una respuesta a dicha interrogante, este artículo analiza el sistema de protección de las inversiones internacionales en atención a su origen, motivo de existencia, y posibles limitaciones. En segundo lugar, determina a la corrupción como un mal internacional que ha dado lugar a la DML. Y, finalmente, aborda el razonamiento jurídico de los laudos arbitrales más renombrados en la materia.

Para tal efecto se han extraído tres líneas teóricas principales que buscan dar solución al carácter de la DML utilizado en el arbitraje internacional de inversiones (en adelante AII). Las mismas se expondrán brevemente con el fin de observar sus planteamientos y guiar el desarrollo de la investigación.

En primera instancia, bajo la concepción del *legality requirement*, una inversión no puede declararse ilegal cuando en el TBI no se ha determinado como obligación explícita que la misma deba constituirse acorde a la normativa interna del Estado anfitrión o en ausencia de actos corruptos⁴. Una obligación que, generalmente, se encuentra presente en la cláusula definitoria de inversión y que podría llevar a los foros arbitrales a declarar que carecen de jurisdicción de carácter *ratione materiae* y *ratio voluntatis*. La DML, así, sería un concepto jurídico dependiente de la legalidad del propio TBI⁵.

Dentro de esta posición, es significativo mencionar que el requisito de legalidad aplica sobre una base temporal: el momento de realización de la inversión. Por tanto, si los actos de ilegalidad ocurriesen con posterioridad al establecimiento de la inversión, es decir, durante su ejecución, la DML no resultaría aplicable y la inversión se mantendría protegida⁶.

En segunda instancia, la línea doctrinal, catalogada como *transnational public policy*, establece que la violación de reglas internacionales anticorrupción, contempladas en convenios internacionales, derecho comparado o laudos arbitrales, por parte de la inversión, provocaría que los tribunales carezcan de jurisdicción. En este sentido, la DML tendría el carácter de una norma de orden público propiamente internacional⁷. Ciertos autores han manifestado que el hecho de que el inversionista hubiese sobornado al mandatario del Estado anfitrión para obtener una concesión reflejaría una violación a la misma⁸.

En tercera instancia, desde el ámbito del derecho internacional público, existen aquellos que sostienen que, en ausencia de un requisito de legalidad o

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

5 Mariano de Alba, “Drawing the Line: Addressing Allegations of Unclean Hands in Investment Arbitration”, *Revista de Direito Internacional* 12 (2015): 325-6.

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

7 Amianto, “The Role of ‘Unclean Hands’ Defenses”, 20-23.

8 De Alba, “Drawing the Line: Addressing Allegations”, 326.

regla de orden público, la DML sería implementable como un principio general del derecho internacional⁹. Esta corriente razona que la doctrina forma parte de la conciencia jurídica de los sistemas anglosajón y grecorromano, pero también ha sido expresamente referida por árbitros como la máxima latina “no se puede oír a nadie invocar su propia vileza”¹⁰.

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

2. DESARROLLO

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

2.1. EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES INTERNACIONALES: ¿INSTITUCIÓN FUNDAMENTAL?

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

2.1.1. UN INICIO: EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

A breves rasgos, el derecho internacional de inversiones tiene como fundamento un conjunto de reglas que resguardan internacionalmente a la

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

10 Amianto, “The Role of “Unclean Hands” Defenses”, 16.

inversión extranjera frente a las acciones, en ciertos casos abusivas, de los Estados anfitriones¹¹.

En un inicio, si se suscitaba un conflicto entre el inversionista y Estado anfitrión, el primero solamente podía demandar al segundo en los tribunales locales de ese país o solicitar al Estado de su nacionalidad protección diplomática. En cuanto a esta última, se buscaba una negociación o disputa legal entre el Estado de nacionalidad y el Estado anfitrión, sin permitir la intervención del inversionista por sí mismo¹².

No obstante, como lo reconoce Bulovsky, después de la Gran Depresión y dos guerras mundiales, existió un colapso de la economía global que trajo preocupación a los líderes. Estos identificaron que la integración económica era clave para mantener la paz y, por ello, crearon lo que eventualmente fueron el Banco Mundial (en adelante BM) y el Fondo Monetario Internacional (en adelante FMI). Logrando así la liberación de las inversiones y el incremento del crecimiento económico internacional¹³.

A la luz de García Rodríguez, en 1959 se consagran por primera vez las protecciones a las inversiones extranjeras en instrumentos catalogados como TBI y tratados multilaterales de inversiones (en adelante TMI). Las naciones pioneras en suscribir este tipo de instrumento fueron Alemania y Pakistán¹⁴, debiéndose su creación a que, incluso con el apoyo de organismos como el BM y FMI, todavía existía demasiado riesgo para el inversionista en el ambiente de los países anfitriones. Los TBI establecieron reglas más claras, estándares internacionales de inversión y mecanismos efectivos de ejecución de lo acordado¹⁵. A continuación se presenta un resumen de los estándares comunes en dicha materia y se ve su objeto ulterior: proteger la inversión internacional.

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

12 Campbell McLachlan, "Investment Treaties and General International Law", *International and Comparative Law Quarterly* 57 (2008): 365.

13 Bulovsky, "Promises Unfulfilled: How Investment Arbitration", 121.

14 Isabel García Rodríguez, *La protección de las inversiones exteriores* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2005), 55-6.

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

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

Tabla 1. Estándares internacionales de inversión
Elaboración propia a partir de Ansari Mahyari y Raisi¹⁶.

En este punto cabe hacer hincapié en que un TBI es una evolución de los tratados de amistad, comercio y navegación realizados por los Estados a partir del siglo XVIII. Es decir, nacen del acuerdo de voluntad entre dos o más naciones, pero su peculiaridad es que buscan beneficiar a un tercero: el inversionista¹⁷. En virtud de lo cual, si bien el inversionista no negocia las protecciones a las inversiones entre los Estados parte en el TBI, puede hacer uso de este instrumento para acudir a instituciones arbitrales como CIADI, Corte Permanente de Arbitraje, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, entre otras, para exigir las¹⁸.

A saber, en 1966, bajo la influencia del BM, se suscribió el Convenio CIADI que, en su artículo 25, establece que la jurisdicción de los árbitros del centro tiene como finalidad resolver los conflictos jurídicos entre uno de los Estados contratantes y el nacional de otro¹⁹. Se debe prestar atención a las partes que prescribe como intervinientes: Estado anfitrión e inversionista. Pues, para acudir a arbitraje, tanto nacional como internacional, se requiere cardinalmente del consentimiento de las partes.

16 Alireza Ansari Mahyari y Leila Raisi, "International Standards of Investment in International Arbitration Procedure and Investment Treaties", *Jurídicas* 15 (2018): 17-30.

17 García Rodríguez, *La protección de las inversiones exteriores*, 50-1.

18 Gutiérrez Lucar, "La doctrina de las manos limpias", 5.

19 Convenio CIADI, Washington, 14 de octubre de 1966, artículo 25.

En el AII dicho consentimiento puede ser otorgado de tres maneras: mediante una cláusula compromisoria presente en el TBI, una norma presente en el ordenamiento del Estado anfitrión que ofrezca arbitraje a inversionistas en términos generales y una cláusula compromisoria en el contrato realizado directamente entre el inversor y el Estado anfitrión²⁰. En cuanto a la primera, modo apreciable en esta investigación, los Estados parte se comprometen a propiciar a los inversionistas la facultad de acudir a un foro neutral para salvaguardar sus inversiones. En otras palabras, se habla de una oferta abierta del Estado anfitrión para arbitrar, que puede ser aceptada o no por inversionistas perjudicados²¹.

2.1.2. UN NUDO: ¿POR QUÉ SE PROTEGEN LAS INVERSIONES INTERNACIONALES?

Como se ha expuesto, el derecho internacional de inversiones busca proteger aquellas inversiones internacionales de actos o situaciones que se puedan presentar en el Estado anfitrión de esta. Ahora bien, la finalidad ulterior o el motivo por el cual los Estados se comprometen a otorgar estas garantías ha sido discutido ampliamente por la doctrina, arribándose a una variedad de motivos que, lejos de ser excluyentes, suelen coexistir y reforzarse mutuamente.

En este sentido, autores como Snyder puntualizan que el propósito principal de proteger a la inversión extranjera se puede resumir en que los Estados buscan aumentar el flujo de capital de naciones desarrolladas hacia aquellas en desarrollo. Esta intencionalidad se fundamenta en el humanitarismo e interés personal²².

Por un lado, los países industrializados, en el contexto global actual, no pueden desconocer la pobreza en otras naciones y las diferencias en los estándares de vida²³. Por otro, reconocen que su propio progreso económico depende en gran medida de que dichas naciones incrementen la producción de materias primas y se integren en los mercados internacionales²⁴. De hecho, diversos estudios muestran que los Estados que contribuyen en el desarrollo de otros mercados suelen crear relaciones comerciales más duraderas, en parte gracias al compromiso de poblaciones con menos oportunidades²⁵.

Este planteamiento se complementa con otra dimensión igualmente relevante: se protege a la inversión extranjera porque los Estados anfitriones son un

20 Christoph Schreuer, "Investment Arbitration", en *The Oxford Handbook of International Adjudication*, ed. C. Romano, K. J. Alter, y Y. Shany (Oxford: Oxford University Press, 2013), 302-3.

21 Ibid.

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

23 Ibid., 1087.

24 Fuad Zarbiyev, "'These are my principles. If you don't like them, I have others.' On justifications of foreign investment protection under international law", *Journal of International Economic Law* 26 (2023): 525-41.

25 Snyder, "Foreign Investment Protection: A Reasoned Approach", 1088.

lugar de desconfianza. Existe una diferencia dinámica entre el inversionista y el Estado que lo aloja, ya que dicha nación tiene jurisdicción exclusiva sobre las personas, propiedades y actividades que tienen lugar en su territorio. Por tanto, normas y jueces locales pueden hallarse viciados en contra de los inversionistas extranjeros. Consecuentemente, se suponen un actor vulnerable²⁶.

Finalmente, desde un ámbito económico, la inversión es rentable dado que refuerza las economías de los Estados anfitriones al otorgarles liquidez²⁷. Empero, un concepto económico elemental es que el capital solamente se desplaza si existe una ganancia. Si no hay una legítima expectativa de lucro, las inversiones tienden a no dejar su país de nacionalidad, incluso si se encuentran fuertemente protegidas en otro²⁸.

Teniendo en cuenta la interacción de todos estos factores, las últimas décadas han sido extremadamente rentables para países con altos índices de inversión. Entre estos, por ejemplo, Estados Unidos, China y Singapur acumularon el 46,31 % de las inversiones en las top 20 economías anfitrionas del año 2022²⁹. Dichas cifras se pueden verificar en el siguiente gráfico.

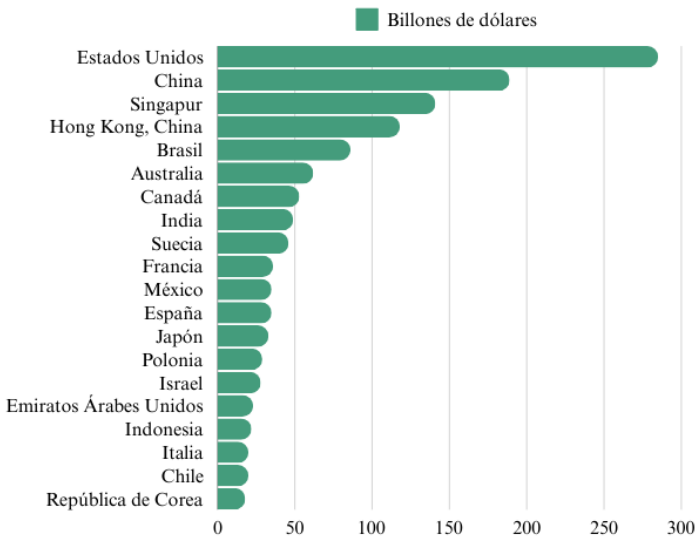


Gráfico 1. Inversiones extranjeras, top 20 economías del año 2022

Elaboración propia a partir de United Nations Conference on Trade and Development³⁰.

26 Zarbiyev, “These are my principles.”, 531-3.

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

28 Snyder, “Foreign Investment Protection: A Reasoned Approach”, 1088.

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

30 *Ibid.*, 8.

2.1.3. UN DESENLACE: LA PROTECCIÓN A LAS INVERSIONES EXTRANJERAS NO ES ABSOLUTA

Las protecciones que otorgan los TBI a las inversiones no son y no pueden ser absolutas. Existen ocasiones en las que el proceder de los inversores tiene efectos peyorativos en la sociedad³¹. En atención a lo cual se puede hablar de limitaciones a los tratados, no taxativamente, en cuanto a derechos humanos, derecho ambiental, y figuras anticorrupción como la DML.

Con relación a los derechos humanos (en adelante DD. HH.), se advierte que árbitros en el AII todavía tienden a verlos como una causa probable de disturbios políticos, inmiscuyéndose en su ámbito autónomo, y cuyas reglas de juego vienen determinadas por el pensamiento neoliberal³². Para estos, la protección a las inversiones extranjeras se ha establecido para beneficiar al inversionista, mientras que los DD. HH. fungirían como una defensa de Estados que han interferido en inversiones³³.

Aun así, como lo sugiere Simma, el cumplimiento de los DD. HH. debe ser una prioridad en la política pública de un Estado anfitrión decente y, por tanto, debe afectar a las protecciones de los TBI. De suerte que su acatamiento dependería del volumen de tratados internacionales ratificados por dicho Estado; y la exigibilidad de las obligaciones derivadas de tales tratados dependería del sistema interno de incorporación, rango y eventual eficacia directa del derecho internacional³⁴.

Análogamente, en el ámbito del derecho ambiental, la noción de desarrollo sostenible se ha usado como un intento de conciliar la salvaguardia del medio ambiente con el desarrollo económico³⁵. Muchos tribunales arbitrales han buscado equilibrar la aplicación de las normas de protección a la inversión con aquellas de origen ambiental pertenecientes al Estado anfitrión³⁶. De todos modos, las incoherencias en la aplicación de estas primeras han alimentado una creciente preocupación sobre la capacidad de los Estados de implementar cambios normativos en un contexto de demandas arbitrales por “medidas medioambientales adversas”³⁷.

En última instancia, en la esfera del derecho internacional público, la DML

31 García Rodríguez, *La protección de las inversiones exteriores*, 225-8.

32 Bruno Simma, “Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?”, *International and Comparative Law Quarterly* 60 (2011): 576.

33 Ibid., 577.

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

35 Camille Martini, “Balancing Investors’ Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration”, *The International Lawyer* 50 (2017): 561-2.

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

37 Martini, “Balancing Investors’ Rights with Environmental”, 533.

ha adquirido la fama de ser una “defensa anticorrupción” que impone responsabilidades al inversionista extranjero y no le permite beneficiarse del arbitraje para resguardar su inversión³⁸. Esto a pesar de que muchos autores argumentan que los actos ilícitos no podrían haber tenido lugar sin la participación del Estado³⁹.

2.2. LA DML: LIMITANTE A LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES INTERNACIONALES

Al fijar a la DML como una de las posibles limitaciones a la protección de las inversiones, en este apartado se delimitan los actos a considerarse ilegales por los tribunales arbitrales en el momento de aplicar la DML y discutir su naturaleza. Para ello, en primer lugar, se revisa la regulación de la corrupción en la normativa internacional y su implicación en el derecho internacional de inversiones. Luego, se precisan las raíces y evolución histórica de la DML, señalando sus vínculos con el principio de *equity*.

2.2.1. CORRUPCIÓN INTERNACIONAL: VIRUS EN LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Debido a su manifestación en varias dimensiones, la corrupción no puede ser absolutamente conceptualizada. Sin perjuicio de ello, puede ser entendida como los actos que se efectúan con la intención de obtener una ventaja incompatible con el deber y los derechos de los demás⁴⁰. Así, un factor elemental para detectar a la corrupción es la presencia de un “incentivo” que fluye de una parte a otra con el fin de favorecer a la primera⁴¹.

En los últimos años, la corrupción se ha invocado en el AII tanto como una “espada” como un “escudo”. Para los inversionistas, una estrategia de ataque, por ejemplo, al presentar una demanda asentada en la solicitud de un soborno por parte de funcionarios; y, para los Estados anfitriones, una defensa frente a demandas de incumplimiento basándose en que la inversión se obtuvo ilegítimamente⁴².

Ahora bien, un punto que considerar al examinar el carácter de la DML es que los ordenamientos jurídicos de los Estados anfitriones generalmente tipifican como delito ciertas prácticas que encuentran cabida bajo el “paraguas” de la

38 Ashfaquzzaman Chowdhury, “The Viability and Potential of Corruption-Based Counterclaims in Treaty-Based ISDS Cases under ICSID Tribunals”, *Erasmus Law Review* 1 (2022): 56-7.

39 *Ibid.*, 57.

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

41 *Ibid.*, 2.

42 Devendra, “State Responsibility for Corruption”, 248-9.

corrupción. Entre ellos, el tráfico de influencias, cohecho o la malversación⁴³. Como se observará posteriormente, toda inversión bajo una concepción de la DML, para encontrarse protegida bajo los TBI, debe ser realizada fuera de los delitos tipificados nacionalmente.

Aun así, la corrupción es un fenómeno transnacional que requiere la cooperación de los Estados para ser combatido⁴⁴. Por ello, instrumentos internacionales como la UNCAC buscan incentivar la adopción de medidas de toda índole con el fin de castigar comportamientos ilegales. Fundamentalmente, el mencionado, trata actos como soborno, peculado, apropiación indebida, tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, blanqueo del producto del delito, encubrimiento y obstrucción de justicia⁴⁵.

En cuanto al soborno, uno de los actos ilegales preponderantes en casos arbitrales, el mismo puede ser identificado como la promesa o concesión, de forma directa o indirecta, a un agente estatal de un beneficio indebido con el fin de que actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones⁴⁶. Un concepto conflictivo, pues sugiere que, para que tenga lugar el hecho corrupto, se requiere la participación de funcionarios.

Por otro lado, en cuanto a la carga de la prueba de corrupción, la misma corresponde a quien la alega bajo el aforismo *actori incumbit onus probandi*. Empero, la complejidad de obtener y aportar pruebas directas que constaten los hechos ilegítimos y la falta de uniformidad en el estándar requerido por parte de los foros produce que la generalidad de las reclamaciones no prospere. Habitualmente las empresas o funcionarios no dejan constancia escrita de tales actuaciones y los testimonios presentan contradicciones que ponen en duda su fiabilidad⁴⁷.

Por esta razón, la corrupción suele tener mayor incidencia en países con instituciones débiles y democracias frágiles, Estados en desarrollo. En ellos resulta más fácil esconder las actuaciones ilegales y no ser encontrado responsable por los tribunales nacionales⁴⁸. Sin embargo, para estos Estados que dependen de la inversión extranjera como sustento de su economía, la corrupción se ha convertido en un enorme obstáculo al momento de atraer nuevos inversionistas⁴⁹.

43 Laura Aragonés Molina, “La corrupción en las inversiones internacionales: Análisis de los efectos jurídicos de la corrupción en el arbitraje de inversiones ante el CIADI”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* 15 (2023): 90.

44 *Ibid.*, 90.

45 Ver Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (en adelante UNCAC), Nueva York, 31 de octubre de 2003, ratificada por Ecuador el 15 de diciembre de 2005, artículos 15-25.

46 Artículo 16, UNCAC.

47 Aragonés Molina, “La corrupción en las inversiones internacionales”, 117.

48 Margareta Habazin, “Investor Corruption as a Defense Strategy of Host States in International Investment Arbitration: Investors’ Corrupt Acts Give an Unfair Advantage to Host States in Investment Arbitration”, *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 18 (2017): 805-8.

49 Habazin, “*Investor Corruption as a Defense Strategy*”, 805.

De acuerdo con las estadísticas de la organización Transparency International, para 2023, el continente americano fue ranqueado con un índice de corrupción promedio de 43/100. Esto es, otorgando el valor de 100 a aquellas naciones muy “limpias” y 0 a aquellas altamente corruptas⁵⁰.

De tal suerte se llega a la interrogante: ¿por qué los tribunales deben investigar las afirmaciones de corrupción? La respuesta resulta intuitiva. La corrupción implica intereses públicos más allá de los de las partes. Además, aun si la jurisprudencia sugiere que una corte de revisión probablemente no anularía un laudo porque un tribunal falló en su deber de investigación, quizás lo más apremiante para los árbitros es que, al no abordar sospechas de corrupción, corren el riesgo de convertirse en cómplices⁵¹, de manchar su ética profesional.

2.2.2. LA EQUIDAD O *EQUITY*: PRELUDIO DE LA DOCTRINA DE LAS MANOS LIMPIAS

En los inicios del derecho romano privado ya se contemplaba el concepto de *sinallagma* para hacer referencia a aquellas obligaciones recíprocas que tienen las partes de un contrato. Aun así, debido a una falta de precisión preliminar, dichas obligaciones eran analizadas por los juristas separadamente. Una aplicación del derecho que muchas veces conducía al injusto de que la parte incumplidora pudiese legalmente exigir a la otra el cumplimiento de sus obligaciones⁵².

Es precisamente por la necesidad de un sistema más equilibrado y “justo” que los juristas romanos desarrollaron figuras como el *inadimplenti non est adimplendum*⁵³ y *non adempti contractus*⁵⁴, para proteger a la parte incumplida⁵⁵. Se llegó a reconocer que la generalidad de la ley, en conjunto con su rigidez, tenía la capacidad de crear injusticia. Una noción que al ser extrapolada a la tradición del *common law* dio lugar a la creación de un conjunto de normas conocidas como la rama de la equidad⁵⁶.

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

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

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

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

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

54 Excepción de contrato incumplido.

55 Gayo, *Institutes*, trad. Edward Poste (Oxford: Clarendon Press, 1904), 559.

56 T. Leigh Anenson, “Announcing the Clean Hands Doctrine”, *U.C. Davis Law Review* 51 (2018): 1839-40.

del ordenamiento normativo, extendiendo un tipo distinto de justicia⁵⁷.

Comparativamente, otros doctrinarios definen el dominio sobre el cual la equidad puede aplicarse invocando la tríada de fraude, accidente y error aludida por Tomás Moro. Conforme a Smith, cuando existe esta tríada la equidad no siempre interviene, pero son estas situaciones en las que el oportunismo es un peligro. De ahí que la equidad tenga el papel de contrarrestar “astutas evasiones” de la ley⁵⁸.

Con base en lo mencionado, la equidad estaría involucrada con un estilo de razonamiento jurídico de textura más abierta y directamente orientado a la moralidad de lo que suele ser el resto del derecho. Siendo importante resaltar que su aplicación queda al arbitrio de la autoridad juzgadora *ex post*⁵⁹.

2.2.3. LA EQUIDAD O *EQUITY*: LA DOCTRINA DE LAS MANOS LIMPIAS COMO MÁXIMA

Las máximas de la equidad nacen de la evolución de este concepto jurídico a través del tiempo y su inclusión dentro de los sistemas de justicia. Como bien lo menciona Hron, las mismas no pueden ser concebidas como normas jurídicas, sino como una lista no exhaustiva de principios guías para la aplicación de la equidad⁶⁰.

Así, destacan las llamadas “máximas moralizadoras” que tienen su esencia en la desaprobación moral del comportamiento engañoso. Entre ellas, en atención al problema jurídico planteado, las locuciones “*he who comes into equity must come with clean hands*”⁶¹ o “*equity will not allow a wrongdoer to profit from his own wrong*”⁶² es precisamente la máxima que da lugar a la DML⁶³.

A la luz de Chafee, este axioma operaba en el *common law* como una facultad de la corte del *equity* para obligar a un demandado a cumplir los “mandatos de conciencia” en lo que se refiere a cuestiones ajenas a las normas jurídicas. En virtud de ello, no intervenía en favor del demandante cuya conducta era contraria a la moral. El sustento era que, puesto que la equidad trata de imponer la buena fe en los demandados, también busca exigirla de los demandantes⁶⁴.

Sin perjuicio de que los “principios” del *equity* no fueran constituidos como

57 Mike Macnair, “Equity and conscience”, *Oxford Journal of Legal Studies* 27 (2007): 660-1.

58 Henry E. Smith, “Equity as Meta-Law”, *The Yale Law Journal* 130 (2021): 1050-145.

59 *Ibid.*, 1089-90.

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

61 Quien acude a la jurisdicción de la equidad debe tener las manos limpias.

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

63 Hron, “(Un)Clean Hands in International Investment Arbitration”, 215.

64 Zechariah Chafee, “Coming into Equity with Clean Hands”, *Michigan Law Review* 47 (1949): 877-8.

vinculantes desde el momento de su creación, modernamente se encuentran recogidos en amplios cuerpos de precedentes⁶⁵. La DML fue recogida por primera vez por Richard Francis en su libro *Maxims of Equity*, en el siglo XVIII, pero solo fue asimilada al sistema judicial inglés como la defensa de *unclean hands* en el caso *Dering c. Earl of Winchelsea*. Desde ese momento ha sido asimilada como defensa por sistemas judiciales internacionales. Entre ellos, por ejemplo, el estadounidense, con la finalidad de proteger la prestación de justicia⁶⁶.

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

2.3. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DOCTRINA DE LAS MANOS LIMPIAS Y SU APLICACIÓN EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES: UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Como se ha señalado en las primeras secciones de este estudio, los TBI otorgan una serie de obligaciones a los Estados para así proteger la inversión extranjera de una manera no absoluta. Con ello, la DML es un cuestionamiento a la probidad de la inversión, si la misma fue realizada de manera ilegal. Por lo que, si se comprueba una actitud inapropiada por parte del inversionista, los tribunales arbitrales pueden negarse, discrecionalmente, a aplicar la ley⁶⁷.

Pese a ello, existe una constante discusión en cuanto a si los árbitros en una controversia pueden aludir a la DML como un concepto jurídico dependiente de la legalidad del propio TBI, regla de orden público propiamente internacional o principio general del derecho internacional. Un análisis de evidente relevancia dado que su naturaleza jurídica perfija el alcance de su aplicación. De considerarse un principio o regla, la misma resultaría aplicable en aquellos casos en los que no existe una cláusula definitoria de inversión, pero hay evidencia de actos que no pueden ser desconocidos por el derecho. Es decir, los árbitros no se verían limitados al texto del tratado para poder sancionar actos que atentan a la moralidad y el derecho en general.

65 Wesley Newcomb Hohfeld, "The Relations between Equity and Law", *Michigan Law Review* 11 (1913): 549-50.

66 Anenson, "Announcing the Clean Hands Doctrine", 1847-9.

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

En las dos últimas décadas, la aplicación de la DML no ha sido consistente y existen pocos laudos en los que ha hecho referencia explícita a la doctrina. Se podría decir que existe una cautela por parte de ciertos académicos en cuanto a su aplicación, al señalar que su uso generalizado resultaría en una vulneración a la legítima expectativa de los inversionistas⁶⁸.

A tal efecto, un aspecto primordial a dejar en claro previo a estudiar laudos en esta materia es aquel concerniente al momento procesal de aplicación de la DML. Este texto no se centra en discutir este problema jurídico al ser complejo y apartarse del objeto de estudio, sin embargo, las vertientes mayoritarias esbozan que las inversiones formalizadas gracias a actos de corrupción resultarían en una objeción a la jurisdicción de los tribunales arbitrales⁶⁹.

En atención a las decisiones que se toman como ejemplificativas, la doctrina es apreciada, en su mayoría, como una excepción previa de jurisdicción. Lo mismo se debe a que, dependiendo de la naturaleza que el tribunal adopte, se afecta un momento procesal específico. Precisamente, se ha sostenido que si en el TBI se encuentra la obligación expresa de que la inversión sea establecida acorde a la ley del Estado anfitrión, las acciones corruptas del inversionista afectarían la competencia del tribunal arbitral. Caso contrario, a falta de tal obligación explícita, se consideraría un requisito de admisibilidad o incluso de observación en los méritos⁷⁰. Es frecuente que tribunales adopten la primera posición.

Por otra parte, un factor que demuestra la falta de desarrollo en cuanto a la DML es el tratamiento dual que los órganos arbitrales han dado a su esencia jurídica. No es inusual que, dentro de su motivación respecto a una sola *litis*, los árbitros califiquen simultáneamente a la doctrina como un principio y como una regla de orden público; mientras que, en otras ocasiones, la conciben como un concepto subordinado a la existencia de una cláusula de remisión al derecho interno del Estado anfitrión y, al mismo tiempo, como una regla de orden público; entre otras variaciones⁷¹. Existe una insuficiencia de claridad en las posturas jurisprudenciales que acarrea fuertes consecuencias a la seguridad jurídica, al no otorgar certeza a la comunidad internacional y las partes sobre la manera de aplicación de la doctrina.

68 María Alejandra Arévalo Moscoso, James Giraldo Silva, y Mauricio Javier Sánchez Enríquez, "Análisis del tratamiento de la doctrina de las manos limpias en fallos de arbitraje de inversión en Suramérica", en *Derecho internacional a través de casos: Reflexiones sobre territorio, medio ambiente, derecho penal internacional y arbitraje de inversión*, ed. W. Arévalo Ramírez y R. Abello Galvis (Bogotá: Editorial Universidad de Rosario, 2023), 762.

69 A pesar de la amplia discusión, no se puede dejar de mencionar que la DML se ha considerado, también, por ciertos autores como una excepción a la admisibilidad de la demanda o una excepción sustantiva de fondo. No obstante, este artículo, sin ser su objeto demostrar el porqué de la postura mayoritaria, considera que resulta más adecuado plantearla como una objeción a la jurisdicción, en tanto el tribunal arbitral carecería de competencia para conocer una controversia en la que medie corrupción, puesto que su objeto (i. e. inversión) no se ajustaría a aquello que las partes del TBI consintieron como materia sometida a AI. Ver Petit de Gabriel, "Clean Hands Revisited", 362-9.

70 Arévalo Moscoso et al., "Análisis del tratamiento de la doctrina", 764.

71 Ver *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, CIADI, 27 de agosto de 2008, párrs. 77-146.

Por consiguiente, de la revisión de casos exhaustivos en esta materia, se ha podido concluir que los criterios en cuanto al estatus jurídico de la DML hasta el momento se han decantado según se muestra a continuación.

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

Tabla 2. Laudos arbitrales referentes a la DML en los años 2006 y 2007
Elaboración propia a partir de *Inceysa Vallisoletana S. L. c. El Salvador*⁷², *World Duty Free Company Limited c. Kenia*⁷³, y *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*⁷⁴

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

Tabla 3. Laudos arbitrales referentes a la DML en los años 2008, 2010 y 2013
Elaboración propia a partir de *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*⁷⁵, *Gustav F. W. Hamester GmbH & Co. KG c. Ghana*⁷⁶, y *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán*⁷⁷.

72 *Inceysa Vallisoletana S. L. c. El Salvador*, CIADI, 2 de agosto de 2006, párrs. 162-264.

73 *World Duty Free Company Limited c. Kenya*, CIADI, 4 de octubre de 2006, párrs. 125-88.

74 *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, CIADI, 10 de diciembre de 2014, párrs. 334-404.

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

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

77 *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán*, CIADI, 4 de octubre de 2013, párrs. 143-390.

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

Tabla 4. Laudos arbitrales referentes a la DML en los años 2014, 2016 y 2018
Elaboración propia a partir de *Yukos Universal Limited c. Russian Federation*⁷⁸, *Copper Mesa Mining Corporation c. Ecuador*⁷⁹, y *South American Silver Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia*⁸⁰.

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

Tabla 5. Laudos arbitrales referentes a la DML en los años 2019, 2021 y 2023
Elaboración propia a partir de *Glencore International A. G. and C. I. Prodeco S. A. c. Colombia*⁸¹, *Niko Resources Ltd. c. Bangladesh*⁸², y *Worley International Services Inc. c. República del Ecuador*⁸³.

78 *Yukos Universal Limited c. Russian Federation*, Corte Permanente de Arbitraje, 18 de julio de 2014, párrs. 1273- 374.

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

80 *South American Silver Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Corte Permanente de Arbitraje, 22 de noviembre de 2018, párrs. 436- 71.

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

82 *Niko Resources Ltd. c. Bangladesh*, CIADI, 24 de septiembre de 2021, párrs. 430-85.

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

3. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DML: ¿UN DEBATE SIN FIN?

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

Como se indicó en su momento, la primera posición a examinar es aquella nombrada como *legality requirement*. Bajo la misma, una inversión extranjera solo es protegible y se considera tal si resulta conforme a la cláusula definitoria de inversión contenida en un TBI. Concretamente —en cuanto al requerimiento de dicha cláusula de que toda inversión debe ser acorde a la normativa interna del Estado anfitrión— su orden público interno⁸⁴.

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

Inversión significa todo acto invertido o reinvertido, directa o indirectamente por un inversionista de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de conformidad con las leyes y regulaciones de esta última (énfasis añadido)⁸⁵.

Como se denota de su texto, el tratado no contempla todos los supuestos para que una inversión se considere protegida. De ahí que se hable de *legality requirement*, generalmente, como una aplicación de la DML que requiere de la presencia de una “cláusula de remisión” al derecho nacional⁸⁶.

Cabe precisar que el término *inversión* solo puede ser determinado por el lenguaje del propio tratado. Cada cláusula está redactada de manera distinta y funge como *lex specialis* en cuanto a la jurisdicción de los tribunales. Entre otras cosas, es complementaria al artículo 25 de la Convención CIADI que no define de manera global qué debe entenderse como inversión⁸⁷.

En este sentido, cuando los inversionistas realizan actos de corrupción tipificados en la normativa nacional, los Estados pueden específicamente condicionar el acceso arbitral y existencia de protecciones sustantivas⁸⁸. Se trata de una aplicación “expresa” de la DML que se sustenta en el concepto de inversión “legal” bajo el TBI.

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

85 Acuerdo bilateral sobre la promoción y protección de inversiones entre el gobierno de la República de Colombia y el gobierno de los Emiratos Árabes Unidos, Dubái, 12 de noviembre de 2017.

86 Gutiérrez Lucar, “La doctrina de las manos limpias”, 31.

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

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

Desde este punto de vista, resalta de la investigación que diez de los doce casos examinados se pronunciaron en favor de esta concepción jurídica, incluso si en algunos los tribunales le han dado a la DML un carácter doble. Además, resulta interesante denotar que no es solo hasta 2014 que los árbitros hicieron referencia expresa a la DML llamándola por su nombre.

Uno de los primeros casos en hacer referencia a fraude para la obtención de una inversión es el caso *Inceysa Vallisoletana S. L. c. El Salvador*. En este, los árbitros determinaron que no basta que se haya celebrado un tratado para la protección recíproca de la inversión, sino que es necesario que la controversia se encuentre comprendida dentro de los alcances del consentimiento otorgado por los Estados signatarios. En otras palabras, la ilegalidad de las inversiones afecta la voluntad de las partes de someterse a arbitraje y, por ello, los árbitros carecen de jurisdicción *ratione voluntatis*, además de *ratione materiae*⁸⁹.

De manera similar, otros tribunales en cuanto al mismo delito apuntan que cumplir con la normativa interna del Estado anfitrión es un requisito razonable en los tratados. En virtud de ello, en el caso *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, se discutió si la inversión de una empresa extranjera resultaba protegible al haberse establecido mediante acuerdos accionarios secretos que eludían la limitación de 40 % a la participación extranjera en una empresa de servicios públicos. A pesar de argumentación contraria, el tribunal concluyó que diseñar una inversión para mantener un control que estaba prohibido bajo las leyes filipinas es un hecho ilícito que tiene como efecto que la inversión se encuentre fuera del alcance del TBI, y que el tribunal carezca de jurisdicción *ratione materiae*⁹⁰.

Asimismo, indican que si bien pueden surgir circunstancias en las cuales la normativa nacional no sea clara y errores puedan ser cometidos de buena fe, la realización de actos de corrupción conscientemente no puede operar en favor del inversionista⁹¹. Una expresión que se entiende propia de la DML y que, de alegarse, podría resultar rebatida bajo la noción del *estoppel*⁹². Empero, bajo el criterio del tribunal, este principio de ecuanimidad solo tendría sustento si el demandado hubiese sabido de la corrupción e igualmente hubiese respaldado una inversión que no es acorde a su normativa⁹³.

Ahora bien, en *Gustav F. W. Hamester GmbH & Co. KG c. Ghana* y en *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán*, los árbitros condicionaron esta denegación de competencia a la presencia de actuaciones de mala fe al momento de

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

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

91 *Ibid.*, párr. 396.

92 Principio bajo el cual un Estado está impedido de alegar su propia violación del tratado en apoyo de su argumento de que el tribunal carece de competencia. Devendra, "State Responsibility for Corruption", 278.

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

constitución de la inversión⁹⁴. Aluden que las distintas cláusulas de “remisión” dependen de su construcción gramatical, por tanto, cuando las mismas indican que la inversión debe realizarse de conformidad con la ley, dejan de lado las conductas ilícitas que tienen lugar durante la vida de la inversión⁹⁵. Mismas que solo pueden analizarse en el fondo de la causa dado que ya no se hablaría de una inversión ilegal, sino de perjuicios causados al Estado que pueden ser compensados⁹⁶. Limitando así, el ámbito temporal de aplicación de la DML bajo esta esencia jurídica.

Worley International Services Inc. c. República del Ecuador igualmente hace referencia a esta limitación temporal de la DML bajo *legality requirement*, y agrega el criterio de gravedad⁹⁷. Un criterio que no se ve enunciado en otros laudos. Ya que, según Gutiérrez Lucar, la necesidad de establecer un grado de incumplimiento es ampliamente debatido. Por un lado, existen aquellos doctrinarios que consideran que la infracción debe revestir una determinada seriedad. A saber, una violación no trivial al ordenamiento legal, régimen de inversión extranjera o que implique fraude al Estado anfitrión. Por el contrario, otros mantienen una postura de tutela al Estado, al no diferenciar o establecer un nivel de gradualidad en cuanto a la contravención⁹⁸.

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

Por su parte, Yukos Universal Limited c. Russian Federation es uno de los laudos más criticados por autores al abiertamente fallar que un Estado anfitrión solo puede encontrar salvaguardia bajo la DML si el TBI hace expresa referencia a la necesidad de cumplimiento de una inversión de su normativa interna o al principio de manos limpias⁹⁹. Ahora bien, a falta de cualquier gancho textual específico, la DML no podría tratarse como principio general del derecho internacional, puesto que los principios generales, al tenor del tribunal, requieren un cierto nivel de reconocimiento y consenso. Este es un requisito que la doctrina no cumpliría al estar rodeada de controversia y no existir una sola decisión mayoritaria en la que haya sido aplicada en esta naturaleza¹⁰⁰.

Para complementar este punto, South American Silver Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia se refiriere al caso Al-Warraq como la única excepción en la que un tribunal consideró a la DML como un principio. De todas

94 Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán, párr. 165.

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

96 Id., párr. 129.

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

98 Gutiérrez Lucar, “La doctrina de las manos limpias”, 32.

99 Yukos Universal Limited c. Russian Federation, párr. 1345.

100 Ibid., párrs. 1357-9.

formas, incluso en dicho laudo, los árbitros argumentan que el tribunal terminó sustentándose en los requisitos de legalidad del tratado bilateral para admitir las pretensiones del demandante¹⁰¹.

Pese a ello, en la literatura jurídica y jurisprudencia, se perfila una implementación de la DML bajo la posición nombrada como *transnational public policy*. Esto se debe a que reciben el nombre de leyes de orden público propiamente internacionales aquellas normas que interpretan el conjunto de ideales —religiosos, morales, políticos y económicos— a los que se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida¹⁰². Es decir, aquellas normas concernientes a la comunidad internacional que aprovechan el interés de “todos”¹⁰³.

En consecuencia, a partir de esta, las transacciones provistas de corrupción son desaprobadas por la comunidad internacional al ser contrarias a sus detallados cuerpos normativos que la condenan: las convenciones¹⁰⁴.

Entre ellas se puede resaltar la UNCAC, entrada en vigor en 2005, que exige que sus Estados parte apliquen medidas anticorrupción en los sectores público y privado. A saber, penalizar la comisión de delitos tipificados con arreglo a la convención, mantener un equilibrio apropiado entre inmunidades y la investigación, tener en cuenta la gravedad de los delitos para la concesión de libertad anticipada, entre otras¹⁰⁵. Singularmente, también considera a la corrupción como factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a dejar sin efecto un contrato, una concesión u otro instrumento semejante¹⁰⁶.

En este contexto, según Gaillard, no cabe duda de que se ha establecido una norma transnacional según la cual no debe darse efecto a una inversión que se haya alcanzado mediante corrupción¹⁰⁷. Dicho en otras palabras, se puede recurrir a la DML bajo la condición jurídica de una ley de orden público.

Por consiguiente, en *World Duty Free Company Limited c. Kenia* el tribunal falló que, al existir afirmaciones de corrupción, todo árbitro debe comprobar la existencia objetiva de una regla de orden público en convenios internacionales, derecho comparado o en laudos arbitrales¹⁰⁸. Las mismas son estándares universales y normas aceptadas de conducta que deben ser aplicadas en todos

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

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

103 Iván Pérez Solfr, “¿Orden público internacional vs. orden público interno y buenas costumbres?”, *Ius 2* (2012): 7.

104 Emmanuel Gaillard, “The Emergence of Transnational Responses to Corruption in International Arbitration”, *Arbitration International* 35 (2019): 1-19.

105 Artículo 30, UNCAC.

106 Artículo 34, UNCAC.

107 Gaillard, “The Emergence of Transnational Responses”, 14.

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

los foros¹⁰⁹. De ahí que, al ser el soborno un delito condenado en la mayoría de las fuentes, las demandas basadas en contratos tintados de este no pueden ser respaldadas por los tribunales arbitrales¹¹⁰.

Paralelamente, en otras decisiones se ha citado el latinismo *ex tupti causa non oritur actio*¹¹¹ como aquella ley propiamente internacional que recoge la DML¹¹². Adicionalmente, subrayando que la autonomía de la voluntad encuentra sus límites en el orden público propiamente internacional gracias a la lógica del artículo 50 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹¹³ que prescribe:

Si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado ha sido obtenida mediante la corrupción de su representante, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador, aquel Estado podrá alegar esa corrupción como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado (énfasis añadido)¹¹⁴.

Como se denota de su texto, en concordancia con *Niko Resources Ltd. c. Bangladesh*, la ejecución de un TBI puede ser evitada al existir un Estado víctima de corrupción por parte del otro Estado parte. Dicha regla, a criterio del tribunal, también es aplicable a contratos concluidos por los Estados, como aquellos que tratan inversiones extranjeras¹¹⁵. Por ende, a diferencia del *legality requirement*, bajo el cual la corrupción causa que no exista una inversión protegida bajo la definición del TBI, la DML como regla de orden público hace inválido el consentimiento para acceder a las protecciones derivadas del tratado. Esto es, hace que no “exista” siquiera una inversión protegida.

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

En último término, la doctrina ha sido reconocida, aunque implícitamente por los foros, como un principio general del derecho internacional. Ello, de acuerdo con De Alba Uribe, significa que la DML podría ser utilizada incluso en ausencia de un requisito del TBI de que las inversiones sean realizadas de conformidad con la normativa del Estado anfitrión¹¹⁶.

109 Id., párr. 139.

110 Id., párr. 157.

111 De una causa inmorale o una conducta antijurídica no nace el derecho a ejercitar una acción.

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

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

114 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo de 1969.

115 *Niko Resources Ltd. c. Bangladesh*, párrs. 446-7.

116 De Alba, “Drawing the Line: Addressing Allegations”, 324.

Particularmente, al analizar la DML como un principio, Dumbery recuerda que la misma ha sido expresada en reiteradas ocasiones bajo una serie de máximas latinas como, entre otras, *ex delicto non oritur actio*¹¹⁷ y *ex turpi causa non oritur actio*¹¹⁸. Distintas formas para referirse a lo que, en términos simples, es alguna conducta ilegal o impropia por parte del inversionista que causaría que sus manos quedaran “sucias”¹¹⁹.

Este razonamiento fue incorporado en *Plama Consortium Limited c. Bulgaria* al considerar que, aunque el TBI en disputa no contenía un “requerimiento de legalidad” y que conceder las protecciones del tratado a dicha inversión sería contrario al principio *nemo auditur propriam turpidunem allegans*¹²⁰. Asimismo, este fallo estipula que nadie puede beneficiarse de su propio dolo o torpeza, una expresión de la DML según varios autores¹²¹.

Análogamente, aun si existe una violación tipificada en la normativa nacional al momento de constitución de la inversión, ciertos árbitros, para definir que la máxima señalada previamente es generalmente admitida en arbitraje, tomaron en cuenta lo dispuesto por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹²². Llegando así a la conclusión de que el principio *nemo auditur propriam turpidunem allegans* está fundamentado en la justicia¹²³.

Por su parte, *Niko Resources Ltd. c. Bangladesh* estableció como requisitos para que la DML se aplique como principio que el comportamiento ilícito del inversionista sea continuo; la reparación solicitada tenga como función evitar la continuación de dicho comportamiento en el futuro, pero no busque el resarcimiento de daños y perjuicios por violaciones pasadas; y, por último, que exista una relación de reciprocidad entre las obligaciones consideradas¹²⁴. Un punto de vista que no fue compartido en su totalidad por los otros tribunales estudiados.

De todos modos, *Worley International Services Inc. c. República del Ecuador*, al analizar el requerimiento de un comportamiento ilícito continuo, rompió con la restricción temporal establecida en la doctrina cuando la misma es considerada como un requerimiento de legalidad. Así, cuando hay comportamientos corruptos graves por parte del inversionista durante la vida de la inversión que afecten principios generales del derecho internacional, como la DML, las pretensiones de la demanda pueden ser rechazadas en la fase de admisibilidad¹²⁵.

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

118 Una acción no puede nacer de una causa deshonrosa.

119 Patrick Dumbery, “The Clean Hands Doctrine as a General Principle of International Law”, *Journal of World Investment and Trade* 21 (2020): 490.

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

121 Ver Aragonés Molina, “La corrupción en las inversiones internacionales.”, 114.

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

123 *Id.*, párr. 241.

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

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

Ahora bien, en cuanto a *Yukos Universal Limited c. Russian Federation*, existen varios autores que consideran que, al rechazar formalmente a la doctrina como un principio, los árbitros confundieron la terminología adecuada. No está claro si el tribunal ocupó el concepto de principio general de foro doméstico o de principio general del derecho internacional¹²⁶.

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

Por otro lado, en cuanto al segundo concepto, argumenta que se puede cuestionar la exactitud de la observación del tribunal de que no existe una sola decisión mayoritaria en favor de la doctrina como un principio. Se ha sostenido que la misma ha sido adoptada por la mayoría de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Meuse River*¹²⁷ y, de manera implícita, en otros casos como *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, *Niko Resources Ltd. c. Bangladesh*, etc.¹²⁸. Motivo por el cual, a pesar de dicha decisión tan criticada, no se puede hablar de que esta postura en cuanto a la DML ha sido absolutamente descartada.

En consecuencia, ¿se puede realmente arribar a una conclusión certera de cuál es la naturaleza jurídica de la DML aplicable al AII? Al menos por el momento, parecería que la que mayor efectividad presenta es aquella condicionada a la presencia de una cláusula de “remisión” en los tratados de inversiones. Pues el 83 % de los casos consultados se pronunciaron a favor de esta postura, han existido fallos expresos que rechazan su estatus como principio general del derecho internacional al no poderse verificar unanimidad universal en su reconocimiento, y no se observa respaldo jurisprudencial suficiente para considerarla una norma internacional aceptada por la mayoría de tribunales. Sin embargo, esta posición no cierra el debate, ya que la doctrina sigue evolucionando y ciertos laudos y autores continúan reconociendo la DML bajo otras concepciones jurídicas, mostrando con fuerza que, más que una mera teoría, es un escudo práctico que los Estados pueden usar para garantizar que la inversión extranjera se mantenga limpia, legítima y alineada con los principios de justicia internacional.

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

127 *Ibid.*, 505.

128 *Ibid.*, 507-8.