

El rol de los árbitros y las instituciones arbitrales ante la evidencia de la comisión de delito*

Carol Jiménez López**

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 61-81

Resumen: Los árbitros, al igual que los jueces, deben trabajar para promover el estado de derecho. Sin embargo, esta labor se ve limitada cuando malas prácticas rozan el procedimiento arbitral. Cuando alegaciones de alteración de documentos, sobornos, fraude, legitimación de capitales y/o corrupción tocan la puerta del arbitraje, los intervenientes en este procedimiento, en particular los árbitros y las instituciones arbitrales deberán decidir si tomar un rol activo o un rol pasivo. El presente artículo analiza las opciones con las que cuentan los intervenientes del arbitraje en esa situación como esta, así como las limitaciones y las implicaciones de cada opción.

Palabras clave: Arbitraje, delito, facultad, deber, investigar, denunciar.

The role of arbitrators and arbitral institutions in case of evidence of the commission of crimes

Abstract: Arbitrators, like judges, must work to promote the rule of law. However, this work is limited when bad practices touch the arbitral procedure. When allegations of document alterations, bribery, fraud, money laundering and/or corruption knock on the arbitration door, the parties involved in this procedure, in particular the arbitrators and arbitral institutions, must decide whether to take an active or a passive role. This article analyzes the options available to arbitration participants in a situation like this, as well as the limitations and implications of each option.

Keywords: Arbitration, crime, power, duty, investigate, report.

Autora invitada

* Trabajo ganador del Concurso de Investigación sobre Medios Alternativos de Resolución de Conflictos "Premio Rodger Farrell", 2022 organizado por la Cámara Venezolano-Americana de Comercio e Industria (VENAMCHAM) y el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA).

** Abogada, Universidad Central de Venezuela. Estudios Avanzados en Contrataciones Internacionales y Arbitraje, Universidad Metropolitana. Estudios Avanzados en Arbitraje (PREAA), Universidad Monteávila. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Email: cjmnz.14@gmail.com.

El rol de los árbitros y las instituciones arbitrales ante la evidencia de la comisión de delito*

Carol Jiménez López**

VENEZUELA

AVANI, Nro. 3, 2022. pp. 61-81

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN I. Potestades y funciones de los árbitros y las instituciones arbitrales. II. Rol de los árbitros y las instituciones arbitrales frente a la presunción de la comisión de delitos. 1. Rol proactivo: Investigar. 2. Rol proactivo: Denunciar. 3. Rol pasivo. III. Consecuencias del rol asumido por los árbitros y las instituciones arbitrales frente a la presunción de la comisión de delitos. IV. Recomendaciones. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Cada uno de los intervenientes del arbitraje puede jugar un papel importante cuando el proceso arbitral se tropieza con malas prácticas, entre ellas, la alteración de documentos, sobornos, fraudes, legitimación de capitales y/o corrupción.

En el arbitraje comercial, cuando existen contratos que encubren pagos corruptos, buscando dar una cobertura de legitimidad de los pagos o cuando existen contratos precedidos por actos delictivos, las alegaciones de corrupción acarrean serios debates éticos y consecuencias¹, tales como, la nulidad del contrato que se trata –efectos materiales– o hasta la declaratoria de falta de jurisdicción del tribunal arbitral –efectos arbitrales².

En el arbitraje de inversión, cuando el inversor ha incurrido en actos de corrupción o cuando el inversor se ha negado a hacer un pago corrupto a funcionarios del Estado y ello se denuncia, pueden verse afectados los aspectos de fondo de un arbitraje de ese tipo. En particular, algunos tribunales arbitrales han indicado que ciertos actos de corrupción pueden infringir los estándares de protección plasmados en los tratados de

* Trabajo ganador del Concurso de Investigación sobre Medios Alternativos de Resolución de Conflictos "Premio Rodger Farrell", 2022 organizado por la Cámara Venezolano-Americana de Comercio e Industria (VENAMCHAM) y el Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA).

** Abogada, Universidad Central de Venezuela. Estudios Avanzados en Contrataciones Internacionales y Arbitraje, Universidad Metropolitana. Estudios Avanzados en Arbitraje (PREAA), Universidad Monteávila. Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Email: cjmzn.14@gmail.com.

¹ Carol Jiménez López, "Límites al deber de confidencialidad de los árbitros", Principia, Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila, 2022, N° 6, 93.

² Para una comprensión global sobre los efectos de la corrupción en el arbitraje v. Fernando Sanquirico Pittevil, "Corrupción: un problema más allá de la arbitrabilidad", Principia, Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila, 2021, N° 4. 106-116.

inversión³. Los arbitrajes de inversión no operan en una especie de éter jurídico, aislados de la realidad. Por consiguiente, los tribunales arbitrales no pueden simplemente ignorar los temas más complicados o debatidos que se plantean frente a ellos⁴.

En los casos mencionados, los tribunales arbitrales tienen que lidiar con el desafío procesal de asegurar un arbitraje y resultados que sean justos mediante un proceso eficiente. Este desafío está rodeado de una serie de cuestionamientos éticos, en razón de que los intervenientes en el arbitraje deberán determinar cómo actuar y en razón de qué actúan.

El propósito de esta investigación es analizar las opciones que tienen los árbitros y las instituciones arbitrales cuando se presuma de la comisión de actos delictivos en el procedimiento arbitral o en la relación jurídica que se reclame en dicho procedimiento y las implicaciones de estas opciones. Este trabajo analiza la función que tienen especialmente las instituciones arbitrales y los árbitros a la hora de enfrentarse a ilegalidades dentro del procedimiento arbitral, ya sea por haber sido alegada por las partes o por haberlas hallado propiamente.

I. Potestades y funciones de los árbitros y las instituciones arbitrales

El arbitraje es un servicio prestado para las partes que lo requieren y no para beneficio de los abogados ni de los árbitros⁵. En ese sentido, el árbitro es un servidor ocasional o transitorio que, una vez designado por las partes y en contraprestación por la remuneración pactada, acuerda oír y decidir una disputa, generalmente contractual⁶, dentro de un procedimiento contradictorio. A pesar de sus diferencias, tanto el juez como el árbitro tienen la función jurisdiccional de impartir o administrar justicia⁷.

El tribunal arbitral deriva sus poderes del acuerdo de las partes, la ley de arbitraje y/o las reglas de arbitraje. Incluso, de un rango de mayor jerarquía, podemos afirmar que los poderes de los árbitros devienen de una delegación constitucional⁸. Sin embargo, en la práctica, es poco probable que las partes⁹ establezcan un listado de atribuciones que posee cada tribunal arbitral una vez constituido. Por lo tanto, las leyes y las normas

³ Joe Tirado y Alejandro I. García, "Las investigaciones de corrupción por autoridades gubernamentales y el arbitraje de inversión: los desafíos creados por la creciente convergencia de dos mundos hasta ahora (casi) separados", Revista del Club Español del Arbitraje, 21/2014, 74.

⁴ Jiménez López, "Límites al deber de confidencialidad de los árbitros", 9-10.

⁵ Osvaldo J. Marzorati, "El Tribunal Arbitral. Sus funciones y desempeño", Anuario Latinoamericano de Arbitraje N° 3, 2014, 28.

⁶ Marzorati, "El Tribunal Arbitral. Sus funciones y desempeño", 27.

⁷ Marzorati, "El Tribunal Arbitral. Sus funciones y desempeño", 37.

⁸ V. Eugenio Hernández-Bretón, Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental, en Arbitraje comercial interno e internacional. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005. V. Victor H. Guerra, ¿La constitucionalización del arbitraje?, Revista MARC, 3era edición, 2022.

⁹ Domitille Baizeau & Tessa Hayes, The Arbitral Tribunal's Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte. International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity, 19, (2017), 238. [Traducción libre].

aplicables son las que brindan la verdadera base para tal capacidad. Indistintamente, lo cierto es que los árbitros están dotados de amplios poderes jurisdiccionales, y pueden -y deben- usar tales atribuciones para ajustarse a la infinidad de situaciones que pueden surgir¹⁰ en el desarrollo del proceso.

Debemos recordar que una de las facultades relevantes del tribunal arbitral es que está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje¹¹. Además, salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral normalmente está facultado para dirigir el procedimiento arbitral en el modo que considere apropiado y determinar la admisibilidad, pertinencia, materialidad y valor de las pruebas¹², siempre garantizando y respetando el derecho al debido proceso de las partes¹³.

Las facultades de los tribunales arbitrales se pueden extender, por ejemplo, a que éste podrá "invitar a las partes a que presenten documentos u otras pruebas", así como "visitar el lugar de la controversia y realizar allí las investigaciones que considere apropiadas"¹⁴. De tal manera, es claro que no solo los árbitros están encargados de tomar decisiones ejecutorias sino que poseen una gama de facultades y funciones en el marco de la promoción y respecto de la justicia y las buenas costumbres.

Ahora bien, respecto de las instituciones arbitrales, algunos reglamentos y jurisdicciones limitan sus funciones a administrar los casos y velar por el cumplimiento de

¹⁰ Tirado y García, "Las investigaciones de corrupción por autoridades gubernamentales y el arbitraje de inversión: los desafíos creados por la creciente convergencia de dos mundos hasta ahora (casi) separados", 91.

¹¹ V. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, artículo 16.

¹² V. José P. Barnola Jr. y Carol Jiménez López, "Aspectos Prácticos de la Primera Audiencia de Organización del Procedimiento Arbitral", Principia No. 6, Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila, abril 22, 2022, 31; CNUDMI, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985, con las enmiendas aprobadas en 2006, Nueva York, 2008), art. 19; CCI, Reglamento de Arbitraje, art. 19; CNUDMI, Reglas de Arbitraje (Nueva York, 2014), <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>, art. 15(1) ("Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at any stage of the proceedings each party is given a full opportunity of presenting his case."); Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos (Diario Oficial de la Federación del 28.3.18), art. 1435 ("Con sujeción a las disposiciones del presente título, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de justar el tribunal en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en el presente título, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado...") No existe una norma similar en la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela, pero podría considerarse que esa facultad está implícita en el acuerdo arbitral. V. también CNUDMI, Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (2016), cit., p. 2; Martín Virgilio Bravo Peralta, Manual de Derecho Arbitral (Editorial Porrúa, México, 2015), 151 y Robert Pietrowski, "Evidence in International Arbitration" (Arbitration International, Vol. 22, No. 3, London Court of International Arbitration, 2006), 408.

¹³ Gary B. Born, International Arbitration. Law and Practice (Wolters Kluwer, The Netherlands, 2016), 158-60; v. José Pedro Barnola Quintero, "El respeto a la Igualdad de las Partes y al Derecho a la Defensa", El Arbitraje en Venezuela. Estudios con Motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial, Centro Arbitral de la Cámara de Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje y Capítulo Venezolano del Club Español del Arbitraje, Coordinadores Luis Alfredo Araque Benzo, Milagros Betancourt C., Diana C. Droulers y Carlos Lepervanche M., Caracas, 2013), 316-7 ("No olvidemos que el árbitro, como ente que ejerce la función jurisdiccional, al igual que el juez, es garante del acceso al arbitraje, de todas las manifestaciones del derecho de defensa y del principio de igualdad procesal, en todo el transcurso del procedimiento arbitral, hasta su conclusión con la publicación del Laudo o la de sus aclaratorias o ampliaciones").

¹⁴ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados "Convenio CIADI", 1965, artículo 43.

las normas procedimentales¹⁵. Otros confieren a los centros de arbitraje la facultad de aceptar o rechazar la solicitud de arbitraje. Tal facultad se limita a revisar *prima facie* la existencia de un convenio arbitral que designe expresamente a la institución arbitral en cuestión¹⁶. Sin embargo, la evolución de las controversias ha sido tal que consideramos que los centros de arbitraje también tienen una serie de atribuciones que van más allá de administrar los procesos. Es tarea de las instituciones arbitrales ayudar a los tribunales arbitrales a proteger la integridad del arbitraje mismo.

Los centros de arbitraje son tan buenos como los arbitrajes que vigilan y administran. Serán buenos también en la medida que sus reglas éticas sean rigurosas y sobre todo se cumplan y los árbitros las observen, ya que la existencia de buenos árbitros habla de las bondades de los procedimientos de selección del centro de arbitraje¹⁷. Así vemos la correlación entre los centros de arbitraje y los árbitros, la cual será importante para enfrentar cualquier situación que se presente durante el proceso arbitral. La forma en la que los intervenientes del arbitraje enfrenten algunas situaciones será determinante para alcanzar la integridad del proceso.

II. Rol de los árbitros y las instituciones arbitrales frente a la presunción de la comisión de delitos

Entendiendo las potestades que tienen los árbitros y las instituciones arbitrales es necesario revisar qué pueden hacer ellos a la hora que una de las partes alegue la existencia de delitos relacionados con la relación jurídica objeto de la controversia o los mismos intervenientes presuman que existen tales delitos. Los árbitros especialmente –pero no exclusivamente– decidirán si asumen un papel activo o pasivo¹⁸ en esas situaciones.

Los hechos al margen de la ley que se presentan en el arbitraje, como la alteración de documentos, sobornos, fraudes, legitimación de capitales y/o corrupción, están incluidos como delitos de orden público internacional y así son reconocidos por la comunidad arbitral¹⁹. En ese sentido, la pregunta que cabe es ¿tienen los árbitros una obligación hacia las partes o un deber de aplicar la ley y el estado de derecho internacional?²⁰

¹⁵ E.g. La Sentencia C-1038 de 28 de noviembre de 2002 de la Corte Constitucional colombiana declaró que los centros de arbitraje única y exclusivamente prestan funciones logísticas y administrativas; esto permite que los tribunales de arbitramento puedan desarrollarse de una manera más ágil. No tienen en ningún momento una función jurisdiccional, es únicamente logística y administrativa.

¹⁶ José María Chilón y José Fernando Merino, Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

¹⁷ Marzorati, 30-31.

¹⁸ V. Iman Mirzazadeh, "Addressing Corruption in International Arbitration: The approach of Arbitrators When They Confronted with Cases Involving Allegation or Suspicion of Corruption: Eyes shut or Pro-Active" (Magister, Tesis, Universidad de Uppsala, 2020), 16.

¹⁹ Mirzazadeh, 16.

²⁰ Mirzazadeh, 16.

1. Rol proactivo – Investigar

El artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York²¹ responde en cierta manera a la pregunta anterior. El tribunal de ejecución puede rechazar el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales, cuando el tribunal determine que el reconocimiento y la ejecución serían contrarios al orden público de ese Estado, por lo que los árbitros tienen el deber de reconocer y ejercer el estado de derecho internacional²².

En virtud del deber de los árbitros de dictar un laudo ejecutable, derivado del mismo artículo V de la Convención de Nueva York, se acepta que el tribunal arbitral tiene autorización para plantear cuestiones relativas a la política pública transnacional por iniciativa propia, y se ha afirmado que los árbitros tienen responsabilidad por las perspectivas morales y éticas²³ dentro del proceso. Desde una perspectiva moral y política, se ha sostenido que los árbitros tienen una “responsabilidad pública en la administración de justicia”, que va de la mano con la autonomía²⁴ como medio de resolución de conflictos que les otorgan los Estados.

Los tribunales arbitrales deben utilizar sus poderes para resolver de la forma más adecuada en las circunstancias del caso concreto las alegaciones de comisión de delitos. En particular, dichos poderes dan la flexibilidad necesaria a un tribunal arbitral para valorar de la forma más adecuada, a la luz de las circunstancias del caso, las pruebas²⁵ o los indicios que tengan sobre los hechos que se trate.

Ejemplos de estos poderes flexibles se encuentran en el artículo 25 de las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) que establece que el “tribunal procederá dentro del menor tiempo posible para establecer los hechos del caso por todos los medios apropiados.”²⁶ Por su parte, el artículo 43 del Convenio CIADI y la Regla de Arbitraje 34 de dicho Centro determinan la autoridad del tribunal para ordenar a las partes que proporcionen evidencia incluyendo documentos, testigos o expertos, el tribunal puede visitar la escena relacionada con el caso y disputar o ejercer cualquier investigación que el tribunal considere conveniente²⁷.

²¹ La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”), Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958.

²² Mirzazadeh, 16.

²³ Domitille Baizeau & Tessa Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte. International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity*, 19, Kluwer Law International, 2017, 235-39, https://www.lalive.law/data/publications/Duty_and_Power_to_Address_Corruption.pdf,

²⁴ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...*, 234.

²⁵ Tirado y García, 91. V. Metal-Tech Ltd. v. República de Uzbekistán, caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo, 04 de octubre de 2013, ?, en el cual el tribunal encontró que la contraprestación que había pagado la inversionista por los servicios de consultoría era desproporcionada. Por lo tanto, con base en la situación sospechosa, el tribunal realizó investigaciones de oficio en las que las partes debían proporcionar pruebas apropiadas según el artículo 43(1) del Convenio del CIADI.

²⁶ Cámara de Comercio Internacional, Reglamento de Arbitraje, 2021.

²⁷ Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje, 2006.

Por otra parte, las Reglas de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), que siguen la Ley de Arbitraje Inglesa de 1996, establecen que el tribunal puede realizar investigaciones sobre cuestiones de derecho después de dar a las partes una oportunidad razonable para responderlas²⁸.

Así, por ejemplo, en un supuesto caso donde se alegue soborno o corrupción, el árbitro puede ver, en que tanto contamina al contrato el pago indebido analizando todo lo que se encuentre a su alcance e incluso requerir de las partes información o documentación adicional. En ese sentido, Tirado y García señalan que:

... en cumplimiento de su rol, los árbitros deberían considerar y evaluar, en las circunstancias del caso concreto, si tienen el deber de investigar alegaciones de corrupción o de denunciar indicios de corrupción a las autoridades competentes. Asimismo, deberían tener en cuenta las investigaciones gubernamentales de presunta corrupción y evaluar las pruebas obtenidas al seno de las mismas. Del mismo modo, los tribunales arbitrales deberían decidir qué medidas serían necesarias para proteger la información confidencial relacionada con investigaciones de corrupción²⁹.

Tomar las medidas para proteger la información confidencial es realmente importante en aras de cumplir con las instituciones del arbitraje en la medida de las posibilidades³⁰, empero a esto, existe el peligro de considerar la confidencialidad como un instrumento que sirva para ocultar decisiones incorrectas, o carentes de ética, por parte de los árbitros, o ignorantes de los principios de base del desarrollo del proceso arbitral³¹.

Por ello es que somos partidarios que el deber de actuar frente a la presunción de la comisión de un delito no puede ser solapado por la confidencialidad como principio dentro del arbitraje. Asimismo, el alegato hecho por la parte o las partes no puede ser ignorado con base en la autonomía de las partes y/o el acuerdo de arbitraje suscrito³². Sin embargo, el hecho de que no pueda ignorarse un alegato de tal magnitud no quiere decir que cualquier invocación a la ligera de la comisión de un delito deba ser atendida inmediatamente por el tribunal arbitral. Por el contrario, el tribunal debe desestimar las alegaciones que se afirman sin pruebas claras, bases legales y fácticas³³. El tribunal debe incluso discernir muy bien si el alegato no se trata de una táctica dilatoria de la parte para postergar el cumplimiento de las obligaciones contractuales³⁴.

²⁸ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...*, 238.

²⁹ Tirado y García, 90.

³⁰ V. Bernardo Cremades & David Cairns, "Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators", *Dispute Resolution Journal*, 2003, 83.

³¹ José Carlos Fernández Rozas, "Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad", *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2009, Vol. II, Nº 2, 347.

³² V. Ibironke T. Odumosu, "Reclamaciones de corrupción y arbitraje de inversiones internacionales: un análisis de World Duty Free c. Kenia", *The Law and Development Review*, 2011, 93.

³³ V. Thomas Kendra & Anna Bonini, *Dealing with Corruption Allegations in International Investment Arbitration: Reaching a Procedural Consensus?*, *Journal of International Arbitration*, 2014, 31(4), 439-453.

³⁴ Bernardo Cremades & David Cairns, "Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators", *Dispute Resolution Journal*, 2003, 83.

Ahora bien, siendo que no es controvertido que un tribunal arbitral tenga derecho a plantear cuestiones de derecho por iniciativa propia en relación con la política pública y la legalidad del contrato³⁵, si el tribunal opina que debe investigar, ya sea porque ha visto la comisión del hecho delictivo como un problema legal o porque considera que requiere pruebas fácticas adicionales³⁶, existen varias limitaciones a las que se enfrenta. La más obvia es asegurar que no exceda su mandato, de manera que “la acusación [de un delito] debe ser determinante de los reclamos legales en cuestión”³⁷. Los tribunales deben considerar cuidadosamente el alcance de su mandato en relación con estos presuntos hechos y el impacto que tales puedan tener en la ejecutoriedad de un laudo³⁸.

A su vez, el tribunal arbitral, en aras del debido proceso, debe informar a la parte sospechosa de la comisión de un delito sobre las pruebas que se han obtenido en su contra y otorgarle suficientes oportunidades para evaluar las pruebas y dar su respuesta sobre ellas³⁹. Cuando una de las partes es la que acusa a la otra, el tribunal también debe procurar mantener la imparcialidad en el proceso⁴⁰. Así pues, la acción del tribunal arbitral tampoco debe verse como una infracción de las preocupaciones del debido proceso, lo que garantiza la igualdad de trato, la imparcialidad y el derecho a ser escuchado.

Aunque la tarea del tribunal arbitral será simplemente determinar la validez de la demanda que se le presenta en virtud de un contrato o tratado en particular a la luz de las leyes y normas aplicables, incluido el orden público, existen limitaciones prácticas en una investigación de la comisión de delitos iniciada por cuenta propia, tal como que el tribunal carece de poderes policiales que lo ayudarían a recopilar pruebas⁴¹. Las investigaciones consumen recursos, tiempo y dinero⁴² y aun así pueden no conducir a la certeza⁴³. Por ello, es posible evaluar otra opción de proactividad.

2. Rol proactivo – Denunciar

Queda claro que los tribunales arbitrales pueden investigar cuando reciban alegatos de existencia de delitos en el proceso arbitral o de oficio cuando presuman de la comisión de algún hecho de ese tipo en virtud de lo que muestran las pruebas. Si estas

³⁵ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...*, 238.

³⁶ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...*, 238.

³⁷ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...*, 244.

³⁸ Mauricio Gomm Santos y Katherine Alena Sanoja, *Corruption in International Arbitration: Evidentiary Challenges*, CAMESP - Camara de Arbitragem e Mediação de Santa Catarina, agosto 2020, 19-20, <http://www.camesc.com.br/wp-content/uploads/2020/08/Corruption-in-Intl-Arbitration-Evidentiary-Challenges-1.pdf>.

³⁹ Cremades & Cairns, *“Corruption, international Public Policy...”, 83.*

⁴⁰ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...* 245.

⁴¹ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...* 248.

⁴² Santos y Sanoja, *Corruption in International Arbitration...*, 20.

⁴³ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...* 247.

investigaciones no fueran suficientes o fueran de difícil realización, el cuestionamiento radica en si los árbitros y las instituciones arbitrales deben y pueden acudir a las autoridades estatales competentes para apoyarse o bien encargar por completo la labor a dichas autoridades.

Lo anterior es un tema controvertido. Algunos consideran que tal obligación sería totalmente incompatible con el carácter privado de la misión arbitral y la confianza que las partes depositan en los árbitros⁴⁴, siendo que además eso tropezaría con el principio de confidencial que reina en el arbitraje. Otra parte de la comunidad arbitral sostiene lo contrario, refiriendo que los árbitros tienen deberes con la comunidad internacional más allá de sus responsabilidades frente a las partes⁴⁵ y que tales alegatos de la comisión de delitos están estrechamente relacionados con el orden público.

La ley que puede regir para este deber de divulgación no se encuentra definida por la doctrina. Por un lado, se apunta a que la respuesta se encuentra en la ley a la que están sujetos personalmente cada uno de los miembros del tribunal arbitral⁴⁶ y/o de la institución arbitral que administre el caso. Otra ley que posiblemente rija el deber de un árbitro de denunciar la comisión de delitos es la ley de la sede del arbitraje⁴⁷, en virtud de que el árbitro está obligado a producir un laudo válido y ejecutable. Otra opción puede ser la ley del lugar de la comisión del delito. El tribunal también puede considerar las leyes imperativas del lugar de cumplimiento, como la ley más estrechamente relacionada con el contrato que se discute en la controversia⁴⁸. Por no ser objeto del presente análisis, no ahondaremos en cuál de estas leyes es la más acertada, pero veremos a continuación a lo que apuntan algunas legislaciones.

En jurisdicciones como Estados Unidos, Reino Unido y Suiza no se encuentra el deber de denunciar ante las autoridades estatales competentes sospechas o incluso pruebas evidentes de la comisión de sobornos, corrupción o delitos similares⁴⁹. En otras latitudes, como Vietnam y Sudáfrica, tal obligación se impone únicamente a quienes son personas con autoridad⁵⁰.

Singapur representa una legislación particular, al indicar que toda persona deberá divulgar el conocimiento o sospecha de "que cualquier propiedad representa el producto de, o fue utilizada en relación con, o tiene la intención de ser utilizada en relación con

⁴⁴ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...* 236.

⁴⁵ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...* 236; y V. Thomas K. SPRANGE QC, "Corruption in Arbitration: Sua Sponte Investigations – Duty to Report" in Domitille BAIZEAU and Richard H. KREINDLER, eds., *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, 2015.

⁴⁶ V. Swee Yen Koh, *Duty or Right of Arbitrators to Report Suspicion of Corruption to Authorities?*, in Andrea Meier and Christian Oetiker (eds), *Arbitration and Corruption, ASA Special Series, Volume 47*, Kluwer Law International, 2021, 89.

⁴⁷ Swee Yen Koh, 91.

⁴⁸ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...* 236.

⁴⁹ Swee Yen Koh, 89.

⁵⁰ Swee Yen Koh, 90.

cualquier acto que constituya una conducta delictiva⁵¹-en este caso, corrupción o lavado de dinero-. Sin embargo, si el árbitro que ha obtenido tal conocimiento en el ejercicio de sus funciones no lo revela, ello no representa un delito⁵². Incluso si divulga la información que posee de buena fe, no será responsable ante la ley de ninguna “pérdida” que surja de esta divulgación⁵³. En ese sentido, entendemos que no podrá atribuirse responsabilidad alguna por violación al principio de confidencialidad en el procedimiento arbitral⁵⁴.

En el caso de Venezuela, existe la potestad de manera genérica que cualquier persona que tenga conocimiento de la comisión de un hecho punible lo denuncie ante los organismos competentes⁵⁵. Y sólo existe la obligación de denunciar para los particulares cuando su omisión sea sancionable, para los funcionarios públicos cuando en el ejercicio de sus funciones tuvieran conocimiento de algún hecho punible de acción pública y para los médicos y demás profesionales de la salud en casos específicos del ejercicio de su profesión⁵⁶.

Bajo esta norma no puede inferirse que los intervenientes en el arbitraje tengan el deber de denunciar la presunción de un hecho punible del cual hayan tenido conocimiento en el marco de un procedimiento arbitral. Sin embargo, al revisar la Ley contra la Corrupción venezolana encontramos que su objeto es, entre otras cosas, “tipificar (...) los delitos cometidos contra el patrimonio público y la administración de justicia”⁵⁷. A su vez, entre los principios que propone la ley para prevenir la corrupción y salvaguardar el patrimonio público, se encuentra un deber de denunciar la comisión de hechos sancionados por la misma ley para “los ciudadanos y las organizaciones de base del poder popular”⁵⁸.

En ese sentido, debemos traer a colación que el arbitraje se encuentra reconocido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dentro del Capítulo III: “Del Poder Judicial y del Sistema de Justicia”, específicamente en el artículo 253 cuyo primer aparte reza “La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos

⁵¹ The Statutes of the Republic of Singapore, Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes (Confiscation of Benefits) Act (“CDSA”), Act 1992, amended December 1, 2021, section 45, <https://sso.agc.gov.sg/Act/CDTOSCCBA1992>. [Traducción libre].

⁵² V. Swee Yen Koh, 90 y Corruption, Drug Trafficking and Others Serious Crimes, section 45(5)(c).

⁵³ Swee Yen Koh, 90.

⁵⁴ V. la International Bar Association (IBA), quien reconoce el principio de confidencialidad que debe tener el abogado “salvo que lo contrario sea permitido o requerido por la ley y/o por reglas de conducta profesional aplicables”, International Bar Association, Principios Internacionales de Conducta para la Profesión Jurídica de la IBA, adoptados el 28 de mayo de 2011, principio general 4, 21.

⁵⁵ Ley Orgánica de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal (Gaceta Oficial N°6.444 Ext. del 17 de septiembre de 2021), artículo 267.

⁵⁶ Ley Orgánica de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal, artículo 269.

⁵⁷ Ley de Reforma de Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra la Corrupción (Gaceta Oficial N°6.699 Extraordinario del 02 de mayo de 2022)

⁵⁸ Ley de Reforma de Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra la Corrupción, artículo 11.

y ciudadanas”⁵⁹ y que continúa diciendo que los medios alternativos de justicia conforman el sistema de justicia. Esto es, que el arbitraje, al igual que los demás medios de resolución de controversias representa una forma de impartir justicia en Venezuela. Al respecto, expresa Victor Hugo Guerra:

en Colombia y Venezuela, más que un “derecho al arbitraje”, o a los “medios alternativos”, como derecho fundamental, lo que existe es una conexión de éstos al “derecho fundamental de acceso a la administración de justicia”, consagrado respectivamente en los artículos 229 y 26 de las Constituciones colombiana y venezolana. Por lo tanto, el arbitraje y los mecanismos alternativos constituyen un medio para materializar tal derecho.⁶⁰

Por lo anterior y entendiendo que los árbitros son administradores de justicia y forman parte del sistema de justicia en el país comentado podemos inferir que la ley especial contra la corrupción les es aplicable y en consecuencia, tienen un deber de denunciar ante las autoridades competentes si tuvieran conocimiento de la comisión de algún delito de los dispuestos en dicha ley. Empero a esto, no existe ninguna sanación expresa por el hecho de no hacerlo.

Más allá de lo que se debe o se puede hacer individualmente, es necesario recordar que en el caso de arbitrajes institucionales, el tribunal también puede acudir a la institución arbitral para obtener asesoramiento práctico sobre el tratamiento de sospechas de corrupción. La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, por ejemplo, ha informado que “en varias ocasiones, los árbitros le han pedido que comparta su experiencia de casos en los que se ha[n] cuestionado [delitos] y discuta las prácticas seguidas cuando se ha enfrentado con tales problemas”. La profunda experiencia institucional de tales organizaciones puede proporcionar una guía útil⁶¹.

Al respecto se ha pronunciado Stephan Wilske categóricamente indicando que “las instituciones arbitrales deben realizar más acciones concretas. Si no haces nada, si simplemente te escabulles, en algún momento vendrá una regulación real, una regulación estatal realmente dura.” Insta a no esconderse “detrás del dogmatismo y las palabras de moda como confidencialidad, autonomía de las partes y regulación excesiva; estos son todos excusas”⁶².

Tal como están las cosas, no nos atrevemos a dar una respuesta cerrada a si existe o no un deber evidente de denunciar la comisión de delitos en el arbitraje. La respuesta dependerá de la ley que se escoja el tribunal arbitral para analizar su propio deber de denunciar o informar a las autoridades competentes.

⁵⁹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009)

⁶⁰ Victor H. Guerra, ¿La constitucionalización del arbitraje?, Revista MARC, 3era edición, 2022, 25.

⁶¹ Baizeau & Hayes, The Arbitral Tribunal's Duty and Power..., 259.

⁶² Stephan Wilske, Is There a Need for Further Action and Initiatives by the Arbitration Community?, in Andrea Meier and Christian Oetiker (eds), Arbitration and Corruption, ASA Special Series, Volume 47, Kluwer Law International, 2021, 101. [Traducción libre].

3. Rol pasivo

Como hemos visto, asumir un rol dinámico frente a la comisión de actos delictivos puede representar una tarea muy laboriosa para las instituciones y tribunales arbitrales, con el riesgo de exceder el mandato del tribunal e incurrir en *ultra petita*⁶³. Por ello o porque sencillamente aun muchos árbitros consideran inapropiado buscar evidencia o sacar conclusiones más allá de lo que las partes han presentado⁶⁴, es posible que algunos opten por asumir un rol pasivo.

Sin embargo, una de las principales preocupaciones éticas y legales al no abordar las sospechas fuertes de la comisión de delitos es que el tribunal corre el riesgo de convertirse en cómplice de las malas acciones de las partes⁶⁵.

En algunos casos, cuando las partes solicitan la aprobación del tribunal de un acuerdo sospechoso con miras a legitimar alguna práctica delictiva, el tribunal tiene discrecionalidad para rechazar tal solicitud de homologar un acuerdo entre las partes⁶⁶. Los árbitros también pueden renunciar para evitar convertirse en cómplices de los procedimientos falsos de las partes⁶⁷. Hay autores que señalan que si el árbitro no se pude pronunciar, debería renunciar pero en ningún momento darle efecto a lo que está ocurriendo⁶⁸.

Por otro lado, ignorar o dejar trascender hechos de corrupción por parte del tribunal arbitral puede conllevar a nulidad del laudo por contravención del orden público⁶⁹, tal como lo veremos más adelante. La jurisprudencia y la doctrina comparadas se han inclinado por interpretar la causal referida⁷⁰ de manera restrictiva, analizando únicamente si el laudo arbitral ofende los principios más básicos y explícitos de justicia y equidad del Estado o si existe evidencia ignorada o delitos intolerables por parte del tribunal arbitral⁷¹.

En la mayoría de los casos, sin embargo, retirarse no es una respuesta deseable; el tribunal haría mejor en investigar el hecho delictivo lo mejor que pueda y dictar un laudo sobre esa base⁷².

⁶³ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...*, 244.

⁶⁴ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...*, 262.

⁶⁵ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...*, 235.

⁶⁶ Mirzazadeh, 26.

⁶⁷ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...*, 235.

⁶⁸ Miradas Cruzadas | Panel III, Canal Arbitragem, intervención de Pedro Jedlicka, Youtube, trasmítido el 21 de julio de 2022, <https://www.youtube.com/watch?v=7cThsxD2jLE>.

⁶⁹ Jiménez López, 95.

⁷⁰ V. Convención de Nueva York, artículo V(2)(b).

⁷¹ Jiménez López, 95.

⁷² Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...*, 235.

III. Consecuencias del rol asumido por los árbitros y las instituciones arbitrales frente a la presunción de la comisión de delitos

En 1963 se presenció la renuencia de un árbitro a resolver una disputa relacionada con hechos delictivos en un caso CCI⁷³. El árbitro único Gunnar Lagergren asumió un rol pasivo frente a esta situación y concluyó que el soborno involucrado en el caso resultó en la no arbitrabilidad de la disputa⁷⁴.

En ese sentido, en el arbitraje comercial anteriormente lo que se trataba era atacar la jurisdicción sobre las controversias. Esto ya está superado en virtud de los principios *kompetenz-kompetenz* y de separabilidad. Esto lo explicó el primer Laudo Interino dictado en el Caso ICC No 4145. En ese caso, aunque el demandado impugnó la jurisdicción del tribunal arbitral porque el “acuerdo era inmoral *per se* y su objeto era ilícito”, el tribunal resolvió que “la validez o nulidad del contrato principal, por razones de orden público, ilegalidad o de otro tipo, es de fondo y no de jurisdicción, debiendo considerarse separadamente la validez de la cláusula compromisoria de la validez del contrato principal”⁷⁵.

Ahora se trata de una discusión de mérito⁷⁶, considerándose la resolución de la presunta comisión de delitos como asuntos arbitrables⁷⁷. En ese aspecto, Sanquírico Pittevil explica que “la línea que establece la arbitrabilidad de la disputa no está determinada por el hecho calificado como [delito], sino [que] lo que establecerá la arbitrabilidad de la disputa será el negocio o relación jurídica debatida”⁷⁸. De esta manera, actualmente el tribunal arbitral deberá resolver el problema de la existencia de un hecho delictivo y los efectos que pueda tener este hecho dentro de la relación o negocio jurídico determinado objeto de la controversia tratada⁷⁹.

En el arbitraje de inversión la discusión es distinta y se centra más en la legalidad de la inversión, en virtud de que la comisión de delitos puede afectar el consentimiento de arbitrar⁸⁰. Este requisito de legalidad puede ser analizado en la fase jurisdiccional, o

⁷³ Caso CCI N° 1110, Laudo, 1963, Anuario Com. Arb'n XXI (1996).

⁷⁴ V. Santos y Sanoja, *Corruption in International Arbitration*..., 17-18.

⁷⁵ Richard Kraindler & Francesca Gesualdi, *The Civil Law Consequences of Corruption Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Analysis in Light of International Arbitration Practice*, in Michael Bonell & Olaf Meyer (Eds.), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, vol. 11, 2015, 398-399.

⁷⁶ Miradas Cruzadas | Panel III, Canal Arbitragem, intervención de Pedro Jedlicka, Youtube, trasmítido el 21 de julio de 2022, <https://www.youtube.com/watch?v=7cThsxD2jLE>.

⁷⁷ Mónica Jiménez y Andrea Saldarriaga, “Arbitrabilidad, inversión e ilegalidad”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 2010, 139, https://iea.ec/pdfs/2010/Art_Monica_Jimenez.pdf; V. Emmanuel Gaillard y John Savage (Eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, 355 en referencia al derecho suizo que ha concluido que: “[a] pesar de los requisitos del orden público suizo sobre este asunto, parece que los tribunales arbitrales generalmente admiten actualmente la arbitrabilidad de disputas que envuelven alegaciones de corrupción...” [Traducción de Mónica Jiménez y Andrea Saldarriaga].

⁷⁸ Sanquírico Pittevil, “Corrupción: un problema más allá de la arbitrabilidad”, 110.

⁷⁹ Sanquírico Pittevil, “Corrupción: un problema más allá de la arbitrabilidad”, 110.

⁸⁰ Miradas Cruzadas | Panel III, Canal Arbitragem, intervención de Pedro Jedlicka, Youtube, trasmítido el 21 de julio de 2022, <https://www.youtube.com/watch?v=7cThsxD2jLE>.

en la fase de méritos y afecta tanto a las inversiones que fueron obtenidas de manera fraudulenta o corrupta, como a las inversiones que, en su establecimiento o adquisición, omitieron cumplir con importantes requerimientos impuestos por la ley nacional⁸¹, en el segundo caso no necesariamente se trata de una inversión delictuosa, sencillamente no cumple los parámetros de la ley del Estado anfitrión para tener una inversión legal. Se dice que la parte que usa la defensa de la ilegalidad siempre queda en una posición mejor y se beneficia finalmente del esquema de corrupción en el cual participó⁸².

El tribunal arbitral debe evaluar primero el tipo y el grado de violación de la ley cometida por el inversionista; y segundo, el tribunal debe evaluar la relación entre la conducta indebida del inversionista y la conducta del Estado en relación con la presunta comisión del delito y el tratamiento posterior de dicha infracción⁸³.

Así, se ha señalado que cuando se pruebe que los contratos se han obtenido, por ejemplo, mediante la corrupción, son nulos e inaplicables⁸⁴. En el caso Niko Resources Ltd. v. Bangladesh y otros⁸⁵, el tribunal distinguió entre el contrato celebrado por corrupción y el contrato adquirido por corrupción. El primero es nulo de pleno derecho y el segundo sería anulable⁸⁶.

El caso World Duty Free Company Limited v. la República de Kenia⁸⁷ fue el primer arbitraje de inversión CIADI donde el tribunal arbitral declaró su incompetencia para conocer la controversia por violación del orden público internacional,⁸⁸ en virtud de que el inversionista admitió haber pagado un soborno al presidente del Estado receptor de la inversión.

⁸¹ José Álvarez Zárate, Federico Suárez Ricaurte & Maciej Zenkiewicz, Definición de inversión en José Álvarez Zárate y Maciej Zenkiewicz (eds.), Derecho Internacional de las Inversiones desarrollo actual de normas y principios, Universidad Externado de Colombia, 225, <https://publicaciones.uexternado.edu.co/media/hipertexto/pdf/el-derecho-internacional-de-las-inversiones.pdf> y v. Tokios Tokelés v. Ukraine, Caso CIADI No. ARB/02/18, Laudo, 29 de abril de 2004, en el cual el estado anfitrión objetó la jurisdicción del tribunal arbitral debido a la incompatibilidad de la inversión con las leyes y reglamentos del estado receptor.

⁸² Isabella Cannatà, "Reporte Evento CEA Nápoles", Revista del Club Español del Arbitraje, 31/2018, 106.

⁸³ Mariano de Alba, Drawing the line: addressing allegations of unclean hands in investment arbitration, Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, N° 1, 2015, 326.

⁸⁴ Mirzazadeh, 16.

⁸⁵ Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh y otros, Casos CIADI No. ARB/10/11 y No. ARB/10/18, Decisión sobre Jurisdicción, 19 de agosto de 2013.

⁸⁶ Kraindler & Gesualdi, 403.

⁸⁷ Caso CIADI No. ARB/00/7, Laudo, 4 de octubre de 2006.

⁸⁸ Christian Carabajas y Yolanda Mendoza, "El arbitraje internacional de inversiones y la lucha internacional contra la corrupción", Revista de la Facultad de Derecho, N° 86, 2021 junio-noviembre, 120, <http://www.scielo.org.pe/pdf/derecho/n86/0251-3420-derecho-86-107.pdf>.

Finalmente, es necesario mencionar que aun si las acusaciones de la comisión de delito que hiciera una parte a otra no son aceptadas por el tribunal arbitral⁸⁹, una parte puede impugnar el laudo cuando surjan nuevas pruebas de corrupción o cuando nuevas evidencias sugieran que el laudo fue viciado por fraude⁹⁰, en razón de que laudo puede anularse o denegarse su ejecución por razones de orden público.

IV. Recomendaciones

Conforme a lo expuesto y entendiendo que es una tarea compleja para el tribunal arbitral tener que pronunciarse sobre la supuesta comisión de un delito, no para sancionarla como una conducta ilícita, sino para determinar la validez de las reclamaciones⁹¹ de la controversia, es recomendable que la comunidad arbitral tenga presente las siguientes acciones que se pueden tomar:

- A. Considerar la Guía Anti-Corrupción para Colegios de Abogados de la IBA, especialmente la directriz hacia los colegios de abogados quienes “deberían estudiar en qué forma pueden guiar y prestar asistencia técnica a los abogados de su jurisdicción que deseen emprender acciones para combatir la corrupción”⁹².
- B. Diseñar programas de concientización sobre corrupción, lavado de dinero y delitos similares, con algunas pautas de supervivencia que describan qué hacer cuando se presente tales situaciones en el arbitraje. Los programas serían impartidos por instituciones arbitrales y dirigidos tanto a aspirantes a árbitro, quienes deberán tomar antes de ser designados⁹³, como al resto de los intervenientes en el procedimiento arbitral en general.
- C. Tomar en consideración las Directrices de la ICC sobre agentes, intermediarios y terceros, como guía útil para identificar relaciones sospechosas que pueden derivar en soborno⁹⁴. A pesar de estar destinadas a empresas que recurren a terceros, también inducen a todos los funcionarios públicos a abstenerse de cualquier forma de extorsión o solicitud dirigida a terceros. En tal sentido, se pueden extraer pautas propicias para los fines estudiados.

⁸⁹ E.g. Karkey Karadenize Elektrik Uretim A.S. vs. La República Islámica de Pakistán, Caso del CIADI No. ARB/13/1, 22 de agosto de 2017, ¶506-517. En este caso Pakistán objetó la jurisdicción del tribunal, alegando que el contrato había sido adjudicado a Karkey por medio de corrupción. En particular, argumentó que Karkey contrató su representante local para inducir a los funcionarios públicos a que le otorgaran el contrato a Karkey. La inversionista probó que los servicios de su representante eran admisibles y necesarios para comenzar su negocio en Pakistán. El tribunal concluyó que Pakistán no pudo demostrar la participación del representante “en nada que pudiera calificarse como corrupción”. [Traducción libre].

⁹⁰ Santos & Sanjoa, *Corruption in International Arbitration...*, 16.

⁹¹ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...*, 244.

⁹² V. International Bar Association, Guía Anti-Corrupción para Colegios de Abogados de la IBA, adoptada el 25 de mayo de 2013, artículo 9. Orientación y asistencia técnica.

⁹³ V. Stephan Wilske, “International Arbitration and its Dark Sides, in particular Corruption What Arbitral Institutions Could and Should Do to Address Such Unwanted Problems”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 12, No. 2, 2019, 165.

⁹⁴ V. ICC Guidelines on Agents, Intermediaries and Other Third Parties, 4-5; Baizeau & Hayes, 249-250.

D. Tomar en cuenta las cláusulas del último modelo de Tratado Bilateral de Inversión aprobado por India, en las que se aborda la lucha contra la corrupción. Se presenta un deber tanto para inversionistas como para empresas nacionales de incluir estándares de responsabilidad social asociados al tema de corrupción, y a su vez se expresa que los inversionistas no podrán someter a arbitraje controversias cuya inversión haya derivado de la comisión de algún delito⁹⁵.

E. Instar a las partes a incluir reglas anticorrupción en sus acuerdos de arbitraje⁹⁶.

F. Elaborar un instrumento de *soft law* que oriente especialmente a los árbitros y los miembros de instituciones arbitrales a la hora de responder ante estas situaciones. El mismo debería dirigir al establecimiento de entre otras, las siguientes ideas:

- Las causales por las cuales los miembros del tribunal arbitral pueden estar en curso de incumplimiento grave de sus responsabilidades;
- Cómo se deben valorar los indicios y las pruebas relacionadas con la presunta comisión de actos delictivos;
- Cuando deben los árbitros y/o la institución arbitral contactar a las autoridades competentes para informar de la presunción que tienen o lo alegado por las partes, o bien, para apoyarse en la investigación propia que se esté haciendo;
- Si debe o no informársele a las partes intervenientes que se colocará en conocimiento a las autoridades competentes de los indicios y las pruebas presumen la comisión de un delito;
- Si una vez resuelta la investigación de la comisión del presunto delito por parte de las autoridades competentes, debe el mismo tribunal arbitral designado conocer del asunto⁹⁷.

CONCLUSIONES

Con el crecimiento y la prevalencia de transacciones internacionales regidas por cláusulas de arbitraje, la corrupción, el lavado de dinero, el soborno, el fraude se han vuelto problemas transnacionales⁹⁸. Por ello, los tribunales y las instituciones arbitrales pueden y deben hacer su parte, siendo proactivos para combatir esos delitos⁹⁹.

⁹⁵ V. Ministerio de Finanzas, Departamento de Asuntos Económicos Modelo de texto de Tratado Bilateral de Inversión de India, artículos 12 y 13.5, https://dea.gov.in/sites/default/files/ModelBIT_Annex_0.pdf.

⁹⁶ Cfr. Mirzazadeh, 38-39.

⁹⁷ Carol Jiménez López, "Límites al deber de confidencialidad de los árbitros", 95.

⁹⁸ Santos y Sanoja, *Corruption in International Arbitration...*, 3.

⁹⁹ Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...* 262.

La proactividad¹⁰⁰ podrá verse a través de investigaciones propias del tribunal arbitral y/o de la institución arbitral –ya sea porque el alegato ha sido traído por las partes o porque el tribunal ha evidenciado algo sospechoso-, o mediante la divulgación que realicen éstos a las autoridades estatales competentes a fines de solicitar apoyo o encargarles por completo la investigación.

Dentro de la labor investigativa propia, en líneas generales, los árbitros pueden tomar las siguientes medidas: (i) ordenar a las partes que proporcionen evidencias del hecho relevante o visitar la escena del conflicto; (ii) informar a la parte sospechosa de la documentación o de las pruebas halladas; (iii) dar a las partes una oportunidad y un tiempo considerable para responder a las investigaciones en su contra; (iv) analizar todo lo que se encuentre a su alcance respecto del supuesto hecho delictivo; y, (v) proteger la información confidencial del proceso.

La pasividad no es un rol recomendado para asumir en estas situaciones, siendo que delitos como los mencionados en el desarrollo de este trabajo, en especial la corrupción, son los principales impedimentos para el desarrollo sostenible y tienen un impacto negativo significativo en la productividad de todo país.

El deber de denunciar o divulgar la presunción de la comisión de un delito en un arbitraje se encuentra directamente relacionado con el principio de confidencialidad que tanto atrae a los usuarios al arbitraje. Sin embargo, su tratamiento varía en cada legislación. Asimismo, no existe unificación de criterio en cuanto a que ley debería regir para la determinación de este deber.

La concepción de inarbitrabilidad ya no encuentra sustento cuando estas situaciones delictivas se presentan en el proceso arbitral. La inejecutabilidad o anulación del laudo siguen siendo un temor para los árbitros tanto cuando deciden actuar, como cuando no lo hacen.

Por último, es evidente que hay muchas acciones que se pueden tomar para seguir en la lucha contra estos delitos y las malas prácticas en el arbitraje, sin importar el flanco en que nos encontramos.

¹⁰⁰ Para Baizeau & Hayes, *The Arbitral Tribunal's Duty and Power...*, 252, el caso Metal-Tech v. Uzbekistán (caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo, 04 de octubre de 2013), sentó un precedente sorprendente de investigación fáctica de corrupción. Señalan que, con un tribunal menos proactivo, o menos dispuesto a conectar los puntos de la evidencia circunstancial, los acuerdos de consultoría incompletos del demandante bien podrían haber pasado desapercibidos y el resultado podría haber sido radicalmente diferente.

BIBLIOGRAFÍA

- Sentencia C-1038 (Corte Constitucional, Colombia 25 de noviembre de 2002).
ARB/00/7 (CIADI , 4 de octubre de 2006).
- Álvarez Zárate, José, Federico Suárez Ricaurte, y Maciej Zenkiewicz. «Definición de inversión.» En *Derecho Internacional de las Inversiones desarrollo actual de normas y principios*, de José Álvarez Zárate y Maciej Zenkiewicz. Universidad del Externado de Colombia, s.f.
- Baizeau, Domitille, y Tessa Hayes. «Kluwer Law International.» *The Arbitral Tribunal's Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte. International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity*. 2017. https://www.lalive.law/data/publications/Duty_and_Power_to_Address_Corruption.pdf (último acceso: agosto de 2022).
- Barnola Quintero, José Pedro. «El respeto a la igualdad de las partes y al derecho a la defensa.» En *El Arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje y Capítulo Venezolana del Club Español del Arbitraje , 2013.
- Barnola, José P., y Carol Jiménez López. «Aspectos Prácticos de la Primera Audiencia de Organización del Procedimiento Arbitral.» *Principia, Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila*, nº 6 (2022): 29-46.
- Born, Gary B. *International Arbitration. Law and Practice*. Wolters Kluwer, 2016.
- Cámara de Comercio Internacional . *Reglamento de Arbitraje*. 2021.
- Cámara de Comercio Internacional. *ICC Guidelines on Agents, Intermediaries and Other Third Parties*. 2010.
- Cannatá, Isabella. «Reporte Evento CEA Nápoles.» *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 31 (2018).
- Carbajal, Christian, y Yolanda Mendoza. «El arbitraje internacional de inversiones y la lucha internacional contra la corrupción.» *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 86 (junio-noviembre 2021).
- «Caso CCI Nº 1110, Laudo 1963.» *Anuario Com. Arb'n XXI* , 1996.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. «Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.» 1965.
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. «Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje.» 2006.
- Chillón, José María, y José Fernando Merino. *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. Madrid: Civitas, 1991.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. «Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.» 1958.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional . *Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI*. s.f. <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration> (último acceso: julio de 2022).
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*. 1958.
- Comisión de las Naciones Unidas sobre el Comercio Mercantil Internacional. «Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral .» 2016. (último acceso: julio de 2022).
- Cremades, Bernardo, y David Cairns. «Corruption, International Public Policy and the Duties of Arbitrators.» *Dispute Resolution Journal*, 2003.

- de Alba, Mariano. «Drawing the line: addressing allegations of unclean hands in investment arbitration.» *Revista de Direito International Brasilia* 12, nº 1 (2015).
- Federación, Diario Oficial de la, ed. *Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos*. 28 de marzo de 2018.
- Fernández Rozas, José Carlos. «Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad.» *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones* II, nº 2 (2009).
- Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. *Ley Orgánica de Reforma Parcial del Código Orgánico Procesal Penal*. nº 6.444 Extraordinario. 17 de septiembre de 2021.
- . *Ley de Reforma de Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra la Corrupción*. nº 6.699 Extraordinario. 02 de mayo de 2022.
 - . *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. nº 5.908 Extraordinario. 19 de febrero de 2009.
- Gaillard, Emmanuel, y John Savage. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Traducido por Mónica Jiménez y Andrea Saldarriaga. Kluwer Law International, 1999.
- Gomm Santos, Mauricio, y Katherine Alena Sanoja. «Camara de arbitragem e Mediacion de Santa Catarina.» *Corruption in International Arbitration: Evidentiary Challenges*. agosto de 2020. <http://www.camesc.com.br/wp-content/uploads/2020/08/Corruption-in-Intl-Arbitration-Evidentiary-Challenges-1.pdf> (último acceso: agosto de 2022).
- Guerra, Victor H. «¿La constitucionalización del arbitraje?» *Revista MARC*, Edic. 3era (2022): 22-29.
- Hayes, Tessa, y Domitille Baizeau. *The Arbitral Tribunal's Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte. International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity*. Traducido por Libre. 2017.
- Hernández-Bretón, Eugenio. «Arbitraje y Constitución: El arbitraje como derecho fundamental.» En *Arbitraje Comercial interno e internacional*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.
- International Bar Association. *Guía Anti-Corrupción para Colegios de Abogados de la IBA*. 25 de mayo de 2013.
- . «International Bar Association.» *Principios Internacionales de Conducta para la Profesión Jurídica de la IBA*. 28 de mayo de 2011. (último acceso: agosto de 2022).
- Jedlicka, Pedro. *Miradas Cruzadas*. Youtube. Prod. Arbitragem. 21 de julio de 2022.
- Jiménez López, Carol. «Límites al deber de confidencialidad de los árbitros.» *Principia, Revista del Centro de Investigaciones y Estudios de Resolución de Controversias*, nº 6 (2022): 83-96.
- Jiménez, Mónica, y Andrea Saldarriaga. «Arbitrabilidad, inversión e ilegalidad.» *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 2010.
- Karkey Karadenize Elektrik Uretim A.S. vs. La República Islámica de Pakistán. ARB/13/1 (CIADI, 22 de agosto de 2017).
- Kendra, Thomas, y Anna Bonini. «Dealing with Corruption Allegations in International Investment Arbitration: Reaching a Procedural Consensus?» *Journal of International Arbitration*, 2014: 439-453.
- Kraindler, Richard, y Francesca Gesualdi. *The Civil Law Consequences of Corruption Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Analysis in Light of International Arbitration Practice*. Vol. 11, de *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, de Michael Bonell and Olaf Meyer. 2015.
- Marzorati, Osvaldo J. «El Tribunal Arbitral. Sus funciones y desempeño.» *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, nº 3 (2014): 28.

- Metal-Tech Ltd. v. República de Uzbekistán.* ARB/10/3 (CIADI, 04 de octubre de 2013).
- Ministerio de Finanzas, Departamento de Asuntos Económicos. *Modelo de texto de Tratado Bilateral de Inversión de India.* s.f.
- Mirzazzadeh, Iman. *Addressing Corruption in International Arbitration: The approach of Arbitrators When They Confronted with Cases Involving Allegation or Suspicion of Corruption: Eyes shut or Pro-Active.* Recopilado por Universidad de Uppsala. 2020.
- Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh y otros.* ARB/10/11 y ARB/10/18 (CIADI, 19 de agosto de 2013).
- Odumosu, Ibironke T. «Reclamaciones de corrupción y arbitraje de inversiones internacionales: un análisis de World Duty Free c. Kenia.» *The Law and Development Review*, 2011.
- Pietrowski, Robert. «Evidence in International Arbitration.» Editado por London Court of International Arbitration. *Arbitration International*, 2006.
- Sanquiérico Pittevil , Fernando. «Corrupción: un problema más allá de la arbitrabilidad.» *Principia, Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila*, nº 4 (2021): 106-116.
- Sprange QC, Thomas K. «Corruption in Arbitration: Sua Sponte Investigations – Duty to Report.» En *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*, de Domitille Baiseau and Richard H. Kreindler. 2015.
- The Statute of the Republic of Singapore. *Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes (Confiscation of Benefits) Act ("CDSA")*. Traducido por Libre. 1992.
- Tirado, Joe, y Alejandro I. García. «Las investigaciones de corrupción por autoridades gubernamentales y el arbitraje de inversión: los desafíos creados por la creciente convergencia de dos mundos hasta ahora (casi) separados.» *Revista del Club Español del Arbitraje*, nº 21 (2014): 74.
- Tokios Tokelés v. Ukraine.* ARB/02/18 (CIADI, 29 de abril de 2004).
- Virgilio, Martín, y Bravo Peralta. *Manual de Derecho Arbitral.* México: Porrúa, 2015.
- Wilske, Stephan. «International Arbitration and its Dark Sides, in particular Corruption What Arbitral Institutions Could and Should Do to Address Such Unwanted Problems.» *Contemporary Asia Arbitration Journal* 12, nº 2 (2019).
- Wilske, Stephan. *Is There a Need for Further Action and Initiatives by the Arbitration Community?* Vol. 47, de *Arbitration and Corruption, ASA Special Series*, de Andrea Meier and Christian Oetiker. Kluwer Law International, 2021.
- Yen Koh, Swee. *Duty or Right of Arbitrators to Report Suspicion of Corruption to Authorities?* Vol. 47, de *Arbitration and Corruption, ASA Special Series*, de Andrea Meier and Christian Oetiker. Kluwer Law international, 2021.