

CORRUPCIÓN, LAVADO DE DINERO Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Luis Alberto González García*

Resumen: Es una realidad de la vida que muchos negocios internacionales cuenten con algún elemento de actividad ilegal. Históricamente el más común ha sido el soborno. El aumento dramático a nivel mundial – y especialmente Latinoamérica - del tráfico de drogas ha venido a invadir, a través del lavado de dinero, el mundo empresarial y de negocios. En algunos casos, las disputas relacionadas con estos negocios se resuelven a través del arbitraje. Este artículo aborda la carga de la prueba, el rol de los árbitros y la validez de un laudo arbitral en que las partes en la disputa participan en actos ilícitos. El artículo concluye que estos actos son contrarios al orden público internacional y que los árbitros tienen el deber de examinar los hechos de manera rigurosa y tratar la cuestión en el laudo a fin de salvaguardar la integridad del proceso arbitral.

Palabras clave: Arbitraje Internacional- Corrupción- Lavado de Dinero- Orden Público- Evidencias en el Arbitraje.

*Abogado en Matrix Chambers, Londres especializado en arbitraje internacional. Antes de pertenecer a Matrix fue Consultor Jurídico Adjunto de la Consultoría Jurídica de Negociaciones Internacionales de la Secretaría de Economía de México.

I INTRODUCCIÓN

Corrupción y lavado de dinero son dos fenómenos que afectan seriamente las estructuras democráticas y el desarrollo de los países. Ambos son temas de actualidad aun y cuando son problemas de antaño. En el caso de corrupción, por ejemplo, uno sólo tendría que recordar cuando Cicerón procesó a Cayo Verres en el 70 A.C por soborno y abuso de autoridad cometidos en la Provincia de Sicilia.¹ En el caso del lavado de dinero los antecedentes más próximos los encontramos en las actividades de las organizaciones criminales en Estados Unidos en la época de 1920. Dada la gravedad de los efectos perniciosos de estas actividades

¹ Juicio de Cayo Verres. Véase http://es.wikipedia.org/wiki/Cayo_Verres

ilícitas en la sociedad y los negocios internacionales casi la totalidad de los países en el mundo han venido adoptando en los últimos años tratados internacionales para el combate y prevención de dichas actividades.

Hasta aquí no hay nada sorprendente. Lo que es un fenómeno nuevo y que está cobrando mayor relevancia es la presencia de corrupción y lavado de dinero no sólo en las estructuras políticas y empresariales sino también en el arbitraje internacional. ¿Cómo debe actuar un tribunal arbitral frente a un alegato o el descubrimiento de hechos de corrupción o lavado de dinero? ¿Cómo puede probarse la corrupción o lavado de dinero en el arbitraje? ¿Una vez probado, cuál es el impacto en el arbitraje internacional? El objetivo de este artículo es abordar estas tres preguntas. Para ello primero analizaré los conceptos de corrupción y lavado de dinero por separado para posteriormente abordarlos en forma conjunta en la respuesta a las tres preguntas previamente formuladas.

II CORRUPCIÓN

A. CONCEPTO

La corrupción es considerada por las Naciones Unidas como “una plaga insidiosa”² y a pesar de ser mundialmente condenada no encontramos una definición universalmente aceptada.³ La comunidad internacional utiliza el término corrupción como una referencia abreviada para designar a una serie de actividades ilegales. En ciertas jurisdicciones cada actividad ilegal ligada a la corrupción cuenta con un término legal. Así por ejemplo, el nepotismo, fraude, extorsión, colusión y soborno son formas de corrupción. A su vez cada término puede abarcar otro tanto número de actividades prohibidas. Ello deja claro que la lista de actividades ilícitas no es exhaustiva. A fin de dar claridad al término corrupción, podemos decir que cualquier acto de ofrecer, dar alguna cosa de valor para ejercer influencia en las acciones de terceros, recibir

² Véase Prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

³ El Manual de Herramientas contra la Corrupción elaborado por el Programa Global de las Naciones Unidas concluyó que no hay una definición de corrupción aceptada universalmente. Sin embargo, algunas organizaciones internacionales han definido el concepto tal es el caso del Banco Mundial el cual lo define como “el abuso de un cargo público para beneficio privado”. Véase http://www.opic.gov/sites/default/files/docs/anti_corruption_spanish.pdf

o solicitar beneficio a cambio de acciones u omisiones relacionadas con el desempeño de funciones públicas, la utilización indebida de información confidencial para beneficio personal, dar información errónea a fin de beneficiar o perjudicar a un tercero, la malversación o robo de bienes y la obstrucción de la justicia, son acciones que forman parte del catálogo de actos corruptos.⁴

B INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

La corrupción es condenada universalmente. Hay un número significativo de instrumentos legales internacionales encaminados a la lucha y prevención contra la corrupción.⁵ Entre los más significativos es la Convención Interamericana de la Organización de Estados Americanos (OEA) contra la Corrupción adoptada el 26 de marzo de 1996, cuyo objetivo es promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en los países contratantes.⁶ Éste fue el primer tratado internacional en materia de corrupción⁷.

A nivel global, los esfuerzos para combatir la corrupción se han centrado mayormente en el seno de las Naciones Unidas. El más importante es la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción adoptado el 31 de octubre de 2003 la cual establece un conjunto de normas, medidas y reglamentos que pueden aplicar los países para reforzar sus regímenes jurídicos internos relativos al combate a la corrupción. La Convención contra la Corrupción tiene por objeto promover la adopción de medidas preventivas y contiene un mandato hacia los Estados para que tipifiquen en sus ordenamientos internos las formas de corrupción más frecuentes tanto en el sector público como privado.

Como un mecanismo para implementar los lineamientos de la Convención contra la Corrupción se creó el Pacto Global. Es una ini-

⁴ Véase Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 1996.

⁵ Por ejemplo la Convención contra la Corrupción de la Organización de las Naciones Unidas de 1996, la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio en Singapur, el Fondo Monetario Internacional, publicación "Fondo Monetario Internacional, buena gobernabilidad: el rol del FMI 1997". Banco Mundial, Informe sobre el Desarrollo Mundial: 2004. Cámara de Comercio Internacional (CCI) Extorción y Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales, Reglas de Conducta, 1999. Convención del Consejo de Europa sobre Derecho Penal en materia de Corrupción de 27 de enero de 1999.

⁶ Artículo 2 de la Convención.

⁷ A 2012, 33 Estados miembros de la OEA son parte de la Convención.

ciativa dirigida a las empresas a fin de coadyuvar en la implementación de los diez principios de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Entre los principios más destacados es el principio número 10 el cual establece: “las empresas deberán actuar en contra de la corrupción en todas sus formas, incluyendo la extorsión y el soborno”. Este principio compromete a las empresas participantes del Pacto Global a evitar cualquier forma de corrupción y a adoptar políticas dentro de la organización que aborde el tema de la corrupción así como establecer mecanismos que eviten los actos corruptos en las operaciones de sus negocios.⁸ Las guías contienen una sección completa titulada “Lucha contra la Corrupción” la cual establece:

Las empresas no deberán ofrecer, prometer, dar ni solicitar, directa o indirectamente, pagos ilícitos u otras ventajas indebidas para obtener o conservar un contrato u otra ventaja ilegítima. Tampoco se deberá solicitar a las empresas que ofrezcan, ni esperar que lo hagan, pagos ilícitos u otras ventajas indebidas.⁹

Otro de los instrumentos que más ha cobrado relevancia en la actualidad y con un impacto en el mecanismo de protección a las inversiones extranjeras es la “Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales”, de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) de 1997.¹⁰ El objetivo de la Convención es prevenir y combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en relación con las transacciones comerciales internacionales de conformidad con los elementos comunes acordados en la recomendación de la OCDE y con los principios básicos legales y jurisdiccionales de cada país. La Convención de la OECD ha sido suscrita y ratificada por todos los miembros de la OCDE así como por Argentina, Brasil, Bulgaria y Sudáfrica.

La Unión Europea también ha llevado a cabo acciones a fin de combatir la corrupción entre los Estados Miembros y sus instituciones a través de la implementación de diversos instrumentos en el contexto de la cooperación judicial y de policía.¹¹

⁸ Véase Documento Guía “Implementación del 10mo principio contra la corrupción”, 2004.

⁹ Líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales, 6.

¹⁰ La Convención conocida “Convención anti-soborno” tiene su origen en la legislación estadounidense (*Foreign Corrupt Practices Act*) de 1977 la cual penalizaba el soborno a funcionarios públicos.

¹¹ Convenio de la Unión Europea relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los

A raíz de la Convención contra la Corrupción de la OCDE, numerosos países han adoptado legislación que implemente la convención. El país que más recientemente adoptó legislación anti-corrupción en cumplimiento a los lineamientos de la Convención de la OCDE es el Reino Unido quien en abril de 2011 adoptó el *Bribery Act* 2010 el cual convierte en una ofensa criminal sobornar a un funcionario público de un país extranjero. México, Brasil, Guatemala, Colombia, India y Rusia, entre otros, se encuentran igualmente en el proceso de adopción de legislación similar.¹²

C. SITUACIONES DE CORRUPCIÓN EN EL ARBITRAJE

Un caso típico de corrupción en el arbitraje internacional es aquel en que Y, una empresa contratista suscribe un contrato con una entidad del Estado en virtud del cual la entidad decide dar por terminado el contrato de concesión y la empresa Y inicia un arbitraje internacional en contra del Estado por una supuesta violación al contrato de concesión. En la etapa de jurisdicción el Estado argumenta que la reclamación de arbitraje debe declararse inadmisibles toda vez que la empresa Y efectuó pagos ilícitos a funcionarios del Estado en el proceso de licitación con el objeto de resultar favorecidos con la concesión.

Otra situación es cuando la misma empresa Y celebra un contrato con empresa Z en la cual empresa Z se compromete a realizar ciertos trabajos como subcontratista de Y. La entidad estatal cancela el contrato alegando que hubo indicios que la empresa Y sobornó a funcionarios del gobierno para obtener la concesión. El contrato entre Y y Z contiene una cláusula arbitral. La empresa Z demanda a Y alegando que si no fuera por el soborno de Y, la empresa Z hubiera recibido ganancias económicas sustanciales en la ejecución del contrato. La empresa Z reclama en arbitraje el pago de daños a empresa Y.

Un tercer ejemplo relacionado con el contrato puede ser el hecho que durante el arbitraje se alega que una de las partes falsificó la firma de la otra parte en el contrato comercial.

Un cuarto ejemplo es el de la corrupción judicial. En esta situación, es la corte local quien ha coludido con una de las partes en un liti-

que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea [Diario Oficial C 195 de 25.6.1997].

¹² Véase reporte en http://www.freshfields.com/en/insights/Bribery_Act_1_Year_On_Research/

gio local en detrimento de la otra a fin de favorecer a aquella en un juicio. La corrupción judicial puede alegarse, por ejemplo, como una denegación de justicia ante un tribunal internacional al amparo de un tratado bilateral de inversión. De igual manera existe la corrupción en el arbitraje. Entre los ejemplos clásicos es cuando una de las partes en el arbitraje presenta pruebas o testimonios falsos o un miembro del tribunal arbitral ha recibido un pago u obtenido un beneficio de una parte contendiente.

III LAVADO DE DINERO

A CONCEPTO

Al igual que el término corrupción, no hay una definición única de lavado de dinero. De una revisión de los instrumentos internacionales existentes sobre la materia podemos decir que el lavado de dinero es el acto mediante el cual una persona transfiere, utiliza o posee bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de un delito con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito del mismo a fin de eludir la investigación penal, condena y confiscación de tales bienes.¹³ El problema del lavado de dinero es grave. Según datos del Fondo Monetario Internacional, la suma total de dinero lavado en el mundo se encuentra entre el 2 y 5 por ciento del producto interno bruto mundial. La preocupación internacional por el lavado de dinero radica en gran escala en su conexión con el narcotráfico y recientemente con el terrorismo.¹⁴

Los pasos del lavado de dinero son los siguientes: (i) se obtiene dinero en efectivo proveniente de un acto ilícito; (ii) el dinero se deposita en instituciones financieras. En esta etapa se puede dar el cambio de moneda y los fondos pueden convertirse en diversos instrumentos financieros; (iii) los fondos se transfieren a otras instituciones para ocultar el origen. El objetivo es alejar los activos de su fuente ilícita; y (iv) los fondos se utilizan para adquirir activos legítimos. En esta etapa se integran a la economía nacional los fondos ilícitos a través de la compra

¹³ Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) Artículo 6.1

¹⁴ Guía de referencia para el anti-lavado de activos elaborado por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI), 2006, segunda edición.

de bienes de lujo, bienes raíces, valores o incluso el financiamiento a otras organizaciones criminales o a través de disputas ficticias.¹⁵

B INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

En los últimos 12 años el combate al lavado de dinero se ha focalizado en aquel proveniente del narcotráfico. La Organización de las Naciones Unidas es uno de los organismos más activos en el combate internacional al lavado de dinero. Lleva a cabo el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas. Dentro de los logros de las Naciones Unidas es la adopción en 1988 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Convenio de Viena).

La Convención de Viena criminaliza el lavado de dinero.¹⁶ Sin embargo, la Convención de Viena es un instrumento para el control de drogas, por lo que los delitos relacionados al lavado de dinero sólo se refieren al narcotráfico. Ello llevó a los países a comunidad internacional a realizar esfuerzos adicionales para combatir ampliamente el lavado de dinero. Así fue que se creó el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)¹⁷ a fin de encontrar maneras en las que se pudiera expandir la aplicación de la Convención de Viena a un universo más amplio de delitos. Como resultado de estos esfuerzos, en 1990 se publicaron cuarenta recomendaciones para combatir el lavado de dinero. La primera revisión de las cuarenta recomendaciones se llevó a cabo en 1996 y posteriormente en 2006. A raíz de las últimas revisiones las recomendaciones aplican igualmente al financiamiento al terrorismo.

El siguiente esfuerzo internacional fue el fortalecimiento de la cooperación internacional. En 2000 se adoptó la Convención de las Naciones Unidas en contra la Delincuencia Organizada Transnacional (conocida como “Convención de Palermo”). El artículo 6 de la Convención de Palermo igualmente criminaliza el lavado de activos y requiere que los países contratantes consideren a la “más amplia gama de delitos subyacentes” [Artículo 2(a)] entendiendo “delitos subyacentes” a aquellos basados en “delitos graves”.¹⁸ Sin embargo, la Convención no

¹⁵ Guía de Referencia para el anti-lavado de activos p. 9. Banco Mundial y FMI (2006)

¹⁶ El artículo 3 de la Convención establece que el lavado de dinero es un delito.

¹⁷ Grupo de Acción de Financiamiento Internacional (GAFI), en inglés: *International Financial Action Task Force* (siglas “FATF”) <http://www.oecd.org/fatf>

¹⁸ Cláusula 6, véase también las 40 Recomendaciones del GAFI, en <http://www.oecd.org/fatf>

define lo que debe entenderse por “la más amplia gama” de delitos. Se dejó a la discreción de cada país determinar el alcance del delito subyacente con la única exigencia de la Convención de Viena que establece que el narcotráfico sea considerado como un delito subyacente. En las versiones recientes de las cuarenta recomendaciones, el alcance de los delitos subyacentes es más amplio. Dentro de las categorías de delitos subyacentes aparecen: terrorismo, tráfico de seres humanos, explotación sexual, tráfico ilegal de estupefacientes, tráfico ilegal de armas, homicidio, secuestro, toma de rehenes, contrabando, robo, fraude, piratería, entre otros.

En Europa se han realizado grandes esfuerzos para el combate del lavado de dinero. En 1990 el Consejo de Europa adoptó la Convención sobre el Blanqueo de Activos (Convención de 1990). La Convención de 1990 requiere que los Estados Miembros clasifiquen en sus legislaciones al lavado de dinero como un crimen. Por su parte y de manera paralela, la Comisión Europea ha adoptado tres directivas relacionadas con el combate al lavado de dinero. La primera directiva se adoptó en 1991 y obligó a los estados Miembros llevar a cabo las acciones que prevengan la legalización de dinero recibido del narcotráfico. Con ello se requería a todas las instituciones financieras identificar a todos sus clientes, mantener información e introducir mecanismos internos de control y reporte de cualquier sospecha de lavado de dinero. Toda vez que no resultaba suficiente el combate del lavado de dinero sólo desde aquel proveniente del narcotráfico, el Consejo de la Unión Europea y el Parlamento Europeo adoptaron una segunda directiva en la cual obligaba a los Estados Miembros a combatir el lavado de dinero proveniente de “crímenes serios” tales como el crimen organizado, fraude, secuestro, corrupción y aquellos delitos que generen activos importantes y que sean punibles conforme a las legislaciones penales de los Estados Miembros. Una característica especial de la segunda directiva fue la inclusión en la lista de profesiones obligadas a reportar transacciones sospechosas fue la de profesión legal, es decir, los abogados en el ejercicio privado. La segunda directiva aplica a aquellos abogados que estén involucrados sea en la planificación o ejecución de transacciones con sus clientes en la: (i) compra o venta de inmuebles; (ii) administrando los dineros, activos y bonos de sus clientes; (iii) al abrir u operar cuentas bancarias; o representar a sus clientes en cualquier transacción financiera o de bienes inmuebles. La tercer directiva se adopta con el fin de adoptar la versión actualizada de las 40 recomendaciones de la FATF, es especial aquellas relativas al financiamiento al terrorismo.

En el continente americano también se han realizado diversos esfuerzos para el combate contra el lavado de dinero. En 1986 la Organización de Estados Americanos adoptó el Programa de Acción de Río de Janeiro que crea la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, (CICAD) y en 1992 el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos. En el proceso de implementación del reglamento modelo los países centroamericanos suscribieron el Convenio Centroamericano para la Prevención y Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos, Relacionados con el Tráfico de Drogas y Delitos Conexos.

C. CASOS DE LAVADO DE DINERO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

El lavado de dinero puede estar presente en diferentes maneras en un arbitraje internacional. Una de ellas es a través de la simulación de una disputa comercial entre dos empresas relacionadas pero que a primera vista parecen no estarlo. La empresa A reclama daños económicos en contra de la empresa B. Para el sustento de la reclamación de daños se presentan documentos ficticios, dada que ambas partes están involucradas en el lavado de dinero, no hay objeciones de ninguna de las partes respecto de la autenticidad de los documentos. El procedimiento sigue su marcha y a pesar que el tribunal tiene sospechas sobre el origen de los recursos decide no hacer su propia investigación y emite un laudo arbitral a favor de una de las empresas. La empresa vencida realiza el supuesto pago de daños y se perfecciona el lavado de dinero. El ejemplo anterior no es un caso que se dé comúnmente en la práctica. Una situación más frecuente es aquella en la que el arbitraje no culmina con un laudo a favor de una de las partes sino que las partes durante el procedimiento arbitral llegan a un supuesto arreglo que, de forma simulada, da fin a la supuesta disputa. En dicho arreglo las partes dan por terminada la disputa en la que una parte se compromete a pagar a la otra una cantidad de dinero y solicitan conjuntamente al tribunal que adopte el arreglo entre las partes como laudo definitivo. El laudo será utilizado posteriormente por las partes para justificar el uso legítimo de los recursos, por ejemplo, ante las autoridades fiscales, logrando así el lavado de dinero.¹⁹

¹⁹ Ejemplos relacionados véase McDougall, A. *International Arbitration and Money Laundering*, American University International Law Review, vol. 20, núm. 5, 2005.

Otra situación de lavado de dinero es aquel en virtud de un contrato de compra-venta de, por ejemplo, bienes lujosos o bienes inmuebles, en donde el precio pagado por el bien es exorbitantemente mayor al precio en el mercado y que sin embargo el vendedor o desconoce o decide cerrar los ojos respecto el origen del dinero dado la gran oportunidad de negocio que se le presenta. Una disputa legítima puede surgir derivado del incumplimiento en los términos y condiciones de la transacción lo cual puede derivar en un arbitraje comercial internacional.

Tercero, un miembro de una organización criminal puede llevar a cabo actividades empresariales en negocios “legítimos” en las que transfiere parte de sus fondos ilícitos a una empresa que a su vez invierte en otra empresa extranjera. Los activos de dicha empresa extranjera fueron financiados en parte por dinero de actividades criminales. En el transcurso de las operaciones, el Estado decide expropiar los bienes de la empresa extranjera del cual el miembro de la organización criminal es un inversionista. Al amparo de un tratado de inversión, la empresa extranjera –controlada por el miembro de la organización criminal– presenta una reclamación de arbitraje alegando expropiación ilegal al amparo del tratado bilateral de inversión. Un tribunal arbitral concluye que el Estado ha violado sus obligaciones internacionales y le ordena a pagar una suma determinada de dinero en indemnización al inversionista.

IV. EL ROL DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Alegatos de corrupción por una de las partes o sospechas de que una de las partes en el arbitraje está lavando dinero puede tener sustento válido en base a las pruebas presentadas o bien puede ser simplemente una estrategia de defensa a fin de dilatar el procedimiento, sea mejorar su posición negociadora en un posible arreglo o evitar un laudo condenatorio respecto al fondo de la disputa. ¿Cómo debe actuar un tribunal cuando hay indicios de corrupción o lavado de dinero en la materia objeto de disputa? Esta es una interrogante en la cual deben los árbitros ser muy cuidadosos en no caer, por un lado, cómplices de transacciones corruptas, o en el otro extremo, determinar si una parte cometió o no un crimen e imponer sanciones correspondientes.

Un tribunal arbitral cuenta con varias vías de acción cuando enfrenta un caso en el cual el objeto de la disputa tiene elementos

de prácticas corruptas. Por un lado, el tribunal puede optar por no hacer una determinación sobre los alegatos de corrupción o lavado de dinero. Segundo, un tribunal podrá decidir que la demanda de arbitraje es inadmisibles por considerar que la transacción violenta el orden público internacional. Por último, el tribunal podrá concluir que el contrato objeto del arbitraje es nulo o que la transacción es tipificada como una actividad ilegal según las normas obligatorias y el derecho que guarde mayor conexión con la transacción o la inversión. Así puede ser el derecho local en donde se celebró el contrato, donde se ejecutó el mismo o se lleva a cabo la inversión.

¿Tiene un árbitro la obligación de denunciar ante las autoridades competentes del país en donde se cometió el supuesto ilícito? En principio, no hay una obligación legal de notificar o denunciar la sospecha del acto ilícito. Sin embargo ello lleva a la pregunta de si hay una obligación moral. Aun en el caso de un acto que es tipificado como delito, por ejemplo, el lavado de dinero y el soborno, no parece existir norma alguna que infiera una obligación moral del árbitro de notificar o denunciar dicho acto ilícito ante las autoridades penales. Sería lo óptimo y recomendable pero no existe una obligación como tal derivada de su mandato como árbitro.²⁰

La duda que surge entonces es si hay un tratamiento especial dependiendo del acto ilegal. Es decir, ¿tienen los abogados de las partes o los miembros del tribunal obligaciones especiales dependiendo de la seriedad del acto ilegal? En caso de lavado de dinero si los abogados provienen de Europa estarían sujetos a las directivas de la Unión Europea por lo que podrían –aún y cuando hay serias dudas de que así sea- estar obligados a notificar en el país europeo en el cual cuenta con licencia para la práctica de la abogacía a notificar a las autoridades competentes el presunto lavado de dinero cuando el abogado sospeche que el procedimiento de arbitraje es una farsa o estén involucrados en una transacción de lavado de dinero.²¹

²⁰ Kreindler, R. *Aspects of Illegality in the formation and performance of contracts* (2003) Int. A.L.R.

²¹ No hay reglas claras todavía en el Reino Unido sobre el papel del abogado en el arbitraje respecto de la aplicación de la sección 328 del *Proceeds of Crime Act* 2002. El caso *Bowman v Fels* proporciona una guía útil de cómo debe ser tratado el tema del litigio y por consiguiente el arbitraje. Véase el artículo de la *London Court of International Arbitration* “*Money Laundering. Bowman v Fels Implications for Arbitrators and Other Dispute Resolvers*”

V. LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE

Demostrar la existencia de un acto ilícito, incluida la corrupción o lavado de dinero, es una de las cosas más difíciles de probar en el arbitraje internacional. Hoy en día el acto ilícito ha llegado a un grado de sofisticación que resulta casi imposible catalogarlo a simple vista como un acto ilegal. La actuación de los llamados “representantes”, por ejemplo, o la entrega de bienes a funcionarios públicos se disfrazan de tal manera que hasta parecen ser elementos que contribuyen a la realización de la operación del negocio y por tanto legítimos. Sin embargo, hay algunos casos excepcionales en los que la tarea de demostrar el acto ilícito no será tan difícil para el tribunal. Durante el procedimiento de arbitraje en el caso *World Duty Free v Kenia* el testigo que además resultaba ser el CEO de la empresa que presentó la reclamación de arbitraje testificó: “los protocolos en Kenia, requerían que yo hiciera una donación personal al Presidente Moi [Presidente de Kenia]...X me informó que el monto apropiado de la donación debía ser por dos millones de dólares. Se me informó posteriormente que la donación debía ser en efectivo. .. Para mi reunión con el Presidente Moi traje conmigo parte del efectivo en un portafolio. Al entrar al salón el Presidente nos recibió, yo dejé el portafolio en la pared. Al terminar la reunión recogí mi portafolio donde lo había dejado. En mi viaje de regreso de la reunión miré el portafolio y me di cuenta que el dinero había sido remplazado por maíz fresco....Me sentí incomodo... pero no tenía otra opción si quería obtener el contrato de inversión”.²² En este caso no hubo dificultad en demostrar lo que *de facto* fue un soborno. Lo que quizá resulte más extraño no es tanto el soborno en sí, o la cantidad de dólares en efectivo guardado en un portafolio ni los granos de maíz, o que el mismo demandando, el gobierno de Kenia, cuyo titular es el Presidente, quien argumentó la existencia de corrupción en donde fue el propio Presidente quien solicitó y aceptó el soborno, sino lo más sorprendente fue que el mismo demandante fue quien presentó la prueba de la existencia del soborno.

Dejando a un lado el aspecto bochornoso de ambos (el demandado por alegar un soborno cuyo presidente mismo solicitó y recibió y el demandante por probarlo) la realidad es que en la mayoría de los casos de actos ilegales o corruptos no hay prueba directa que permita a los

²² *World Duty Free v República de Kenia*, Caso CIADI ARB/00/07. Laudo de 4 de octubre de 2006, párrafo 130

árbitros determinar de manera contundente y clara si hay elementos suficientes que demuestren la existencia del acto criminal.

¿Qué pasa en situaciones en donde las pruebas sobre la existencia del acto ilícito se basan en investigaciones criminales llevadas a cabo en el país de origen del demandante o del demandado (quien alega la existencia del acto corrupto) pero en la que no hay una determinación final por parte de las autoridades competentes locales? o ¿Qué sucede si la resolución es limitada, sea confirmando la existencia del acto corrupto pero solo sobre un aspecto y no sobre los hechos presentados en el arbitraje? Sin lugar a duda cualquier investigación realizada por autoridades criminales será importante en el análisis y peso de las pruebas a examinar por el tribunal. Ello, sin embargo, no limita a un tribunal por iniciativa propia o a solicitud de parte examinar pruebas adicionales y llegar a sus propias determinaciones. Incluso, puede decirse que un tribunal tiene la obligación de investigar sus propias sospechas sobre la existencia de un acto ilícito que tenga incidencia en la disputa de arbitraje. El siguiente paso es determinar quien tiene la responsabilidad de probar el hecho ilícito.

En el arbitraje internacional la carga de la prueba recae ante quien alega un hecho o formula una proposición.²³ En el caso de corrupción y lavado de dinero le corresponde normalmente a la parte demandada probar el acto ilícito ya que normalmente es utilizado como un medio de defensa. Hay diferentes enfoques respecto al estándar de prueba. Algunos sostienen que debe ser sobre la base de la preponderancia de las pruebas,²⁴ otros al estándar denominado más allá de la duda razonable en el sistema anglosajón penal, lo que implica un estándar alto de prueba.²⁵ La práctica arbitral denota una tendencia hacia el estándar de pruebas claras y convincentes sobre la existencia del acto cuando se hacen alegaciones serias de actos ilícitos. Así, argumentan unos, entre más seria la acusación más alta es la carga de la prueba.²⁶

²³ Véase por ejemplo artículo 24(1) de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI,

²⁴ Fox, W. "Adjudicating Bribery and Corruption Issues in International Commercial Arbitration". *Journal of Energy and Natural Resources Law*. Vol 27 No 3 (2009) p.498

²⁵ 22ª Conferencia de la Cámara de Comercio Internacional, *Institute of World Business World*, celebrada en 25 de noviembre de 2002. <http://www.iccwbo.org/about-icc/organisation/institute-of-world-business-law/resources/>

²⁶ *Himpurna California Energy Ltd. (Bermuda) v. PT. Perrusahaan Listruik Negara* (Indonesia), laudo, 4 de mayo 1999

Hay un problema con la aplicación de este estándar. Al requerir un estándar más alto para alegaciones de corrupción y lavado de dinero se corre el riesgo de tratar a las partes de manera inequitativa. Al tener una parte que enfrentar un estándar alto para probar corrupción y lavado de dinero y, por el otro lado, la otra parte un estándar más bajo para otras cuestiones de hecho que tienen incidencia directa sobre el fondo de la disputa, puede violentarse el principio de debido proceso y equidad procesal. Hay una corriente de opinión que sostiene que sólo debe haber un solo estándar de prueba, independientemente de lo que una parte quiera probar.

Adicionalmente a la obligación de probar la existencia del acto corrupto por parte de quien la alega, es igualmente necesario establecer un vínculo entre el acto ilícito y el objeto materia de la disputa, por ejemplo, la obtención o cancelación del contrato o la inversión. No cualquier acto ilícito cometido por una de las partes durante la vida y operación del contrato o de la inversión significa que el primero es nulo o inválido o que la inversión es ilegal. Por ejemplo, el hecho que la demandante haya evadido impuestos no quiere decir que ese hecho, por muy inmoral y contrario a las legislación tributaria del país, su reclamación sobre violación contractual sea desestimada por el tribunal. Tampoco quiere decir que el comportamiento de la parte que comete el ilícito será completamente irrelevante en el desenlace de la disputa.²⁷ Lo que se requiere es de una conexión especial entre el ilícito y la materia objeto de la disputa.

En la práctica, para probar la existencia del acto ilícito los tribunales tienden a enfocarse más en la calidad de la prueba aducida y no así al estándar de prueba. ¿Qué pruebas son admisibles en el arbitraje para probar el acto ilícito? Las reglas de arbitraje no definen qué pruebas son admisibles. En el arbitraje internacional toda prueba apropiada para demostrar un hecho o establecer el derecho es admisible. La determinación del peso que le corresponda a cada prueba quedará a la discrecionalidad del tribunal arbitral.²⁸ Los documentos que acrediten

²⁷ Falsear hechos o violaciones al principio de la buena fe, de la doctrina de “manos limpias” o “culpa concurrente” puede resultar relevante en el análisis del tribunal sobre el fondo de la disputa para lo cual su relevancia dependerá de las circunstancias particulares de cada caso incluido el derecho aplicable a la disputa.

²⁸ Véase las Reglas sobre la Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional de la IBA, artículo 9.1

que se ha seguido una investigación criminal, la admisión de la comisión de un pago o acto impropio (sea o no catalogado como ilegal en una determinada jurisdicción) por parte de algún funcionario sea de la casa matriz, subsidiaria o funcionario público, serán pruebas con peso suficiente que el tribunal tendrá que analizar y podrá, además, requerir mayor información a fin de llegar a su propia conclusión sobre la existencia del acto ilícito. En caso de existir una determinación por alguna autoridad de un país, incluso de un tercer país, como por ejemplo la investigación que llevó a cabo el Departamento de Justicia en contra de Siemens por operaciones en Argentina, resultará una prueba de un peso importante en el arbitraje.²⁹

En el caso del arbitraje de inversión es importante resaltar la importancia que reviste que el Estado quien alega corrupción o lavado de dinero, haya por lo menos iniciado las investigaciones que correspondan en el país. Un alegato por el Estado de corrupción o lavado de dinero en el arbitraje que no esté respaldado por una investigación por las autoridades competentes del país, muy probablemente le restará credibilidad al alegato.

Como ya vimos en el caso *Duty Free v Kenia*, el tribunal llegó a la determinación de la existencia de corrupción al ser el mismo inversionista quien admitió haber sobornado al Presidente de Kenia. En el caso *Siemens v Argentina*, las partes llegaron a un arreglo en la que Siemens se desistió de hacer efectivo el laudo favorable por más de 200 millones de dólares obtenido con anterioridad al descubrimiento (o comprobación) del acto de corrupción.³⁰ Este arreglo se efectuó después de que Argentina presentó su escrito de revisión del laudo en la que basó la existencia de soborno de Siemens en la obtención de la concesión en Argentina con las determinaciones del gobierno de Estados Unidos y de Alemania además de las admisiones hechas por altos funcionarios de la empresa en Munich. Sin embargo, la mayoría de los casos no hay tal pruebas contundentes como el caso *Siemens* o *Duty Free*. Como hemos dicho, en la mayoría de los casos los tribunales

²⁹ Nota de Prensa, Departamento de Justicia de Estados Unidos, “*Siemens AG and Three Subsidiaries Plead Guilty to Foreign Corrupt Practices Act Violations and Agree to Pay \$450 Million in Combined Criminal Fines*”, en 3. <http://www.justice.gov/opa/pr/2008/December/08-crm-1105.html> Véase también “*The champion of a new culture of control*”, FINANCIAL TIMES, 1 de octubre de 2008

³⁰ *Siemens A.G. v Argentina*, Caso CIADIARB/02/8, laudo 17 de enero de 2007, párrafo 403.

han encontrado difícil hacer una determinación sobre la existencia de corrupción precisamente por la falta de pruebas directas. En la práctica los tribunales tienden a determinar el acto corrupto sobre la base de pruebas circunstanciales.³¹ Forman parte de las pruebas circunstanciales, por ejemplo, además de los términos del contrato, la conducta de las partes, investigaciones periodísticas, la práctica y costumbre de determinadas jurisdicciones en aceptar sobornos o tolerar actos ilícitos, los montos desproporcionados de los honorarios del “agente” que actuó en nombre de la parte que se alega cometió el ilícito, lo inusual de los pagos realizados, los montos desproporcionados de las transferencias bancarias, y los servicios realizados, incluidos cartas de felicitación por pagos o servicios realizados que no guardan relación con la naturaleza de la transacción.³²

Aún y comprobado la comisión del acto corrupto la duda surge entonces si es necesario probar dos elementos adicionales: (i) En caso de corrupción: que hubo una *intención* de dar un pago indebido con el objeto de inducir cierto comportamiento de la otra persona y se *causó* el efecto deseado; en caso de lavado de dinero: si se utilizaron los activos de origen criminal con la *intención* de lavar el dinero y si se logró el efecto deseado. En primer término es necesario que haya intención de influenciar en la conducta de la parte para recibir un beneficio.³³ Segundo, no hay necesidad de comprobar, por ejemplo, que el pago indebido efectivamente causó el efecto deseado del acto ilícito. Pudiera ser importante la causa si, por ejemplo en el caso de soborno, lo que se desea es una declaración de nulidad o invalidez del contrato respectivo, de otra manera no es necesaria la existencia de la comprobación del efecto del mismo. Incluso, no es necesario siquiera que el acto se haya consumado. Es decir, el acto de soborno se tendrá como válido haya o no sido recibido por la otra parte. Lo único que será necesario probar es que el acto corrupto haya sido ofrecido con la intención de corromper a alguien. Como veremos a continuación, cuando el acto corrupto está íntimamente ligado al contrato o a la inversión dicho acto podría violentar el orden público.

³¹ Así, en el arbitraje comercial CCI No. 9333, el tribunal rechazó el alegato de corrupción ante la ausencia de “pruebas circunstanciales”.

³² Scherer M. “*Circumstantial evidence in corruption cases before international arbitral tribunals*”. (2002) Int. A.L.R.

³³ Montgomery & Ormerod, *Fraud: Criminal Law and Practice*, Oxford University Press, 2008.

VI EL EFECTO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: EL ORDEN PÚBLICO

En 1963, en un arbitraje comercial CCI, el juez Lagergren declinó jurisdicción sobre el fondo de una disputa en un arbitraje en la que se alegaba el soborno de funcionarios públicos de Argentina para beneficiar a una empresa británica. En el arbitraje comercial de la CCI No 1110, el juez Lagergren consideró que el contrato objeto de la disputa era “condenado por decencia pública y moralidad” porque “preveía el soborno de funcionarios argentinos con el propósito de obtener el negocio esperado”. El juez concluyó que el tribunal carecía de jurisdicción dado que las partes en el contrato habían perdido el derecho de solicitar la asistencia de la maquinaria de la justicia³⁴ Lo notable fue que el tribunal estaba preparado a tomar inferencias respecto al propósito y efectos de los pagos efectuados:

“aún y cuando estas comisiones no fueron usadas con el único fin de sobornar, una parte sustancial de ellos debía tener la intención de ser usados para tal fin. Ya sea que uno tome el punto de vista de buen gobierno o aquel de ética comercial es imposible cerrar el ojo respecto al probable destino de la magnitud de los montos y por tanto el efecto destructivo del patrón de negocio con la consecuente afectación en el desarrollo industrial. Tal corrupción es maligno; es contrario a los buenos morales y al orden público internacional de la comunidad de naciones.”³⁵

Si bien se ha criticado la decisión del tribunal de declinar jurisdicción para analizar el fondo del caso, la cuestión que no es debatible es la importancia del principio de orden público internacional ante una alegación de corrupción o lavado de dinero.

El orden público es una de las excepciones para negar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral. Este principio está reconocido en el artículo V.2 de la Convención de Nueva York de 1958 y el artículo 36 de la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). El objetivo es permitirle al Estado negar el reconocimiento o ejecución si contra-

³⁴ Citado en *Redfern and Hunter on International Arbitration* Oxford University Press, 5ª edición, p.132

³⁵ Párrafo 20, traducción propia, citado en el caso *World Duty Free v Kenia*, párrafo 148 del laudo.

viene las leyes y la moral del país. El término utilizado a nivel nacional es el de orden público. En el plano internacional el término comúnmente utilizado es el de “orden público internacional” o “transnacional”. Existe una discusión filosófica sobre la distinción entre uno y el otro. En la práctica resulta de poca importancia dicha distinción. Se le denomina orden público porque el contenido y aplicación dependerá de cada Estado.³⁶ En caso de orden público internacional, se le denomina así en los casos que el arbitraje sea internacional y, para algunos, resulta importante hacer la distinción porque dependerá si el acto es contrario al orden público si sólo es de un país en particular o de varios países. En mi opinión resulta irrelevante hacer una distinción entre el orden público nacional e internacional en casos de corrupción y lavado de dinero toda vez que ambos son actos universalmente condenados y dudo que haya país en el mundo en el que dichos actos no sean contrarios al orden público.

Como punto de partida, resulta importante hacernos la siguiente pregunta: ¿Qué entendemos por orden público internacional? En el derecho internacional el concepto denota reglas obligatorias o estándares de conducta de las cuales las partes en la disputa no pueden derogar por sí mismo. Se describe como aquel principio que “abarca ... concepciones fundamentales de derecho, decencia y moralidad”.³⁷

La cuestión surge si en los casos de corrupción y lavado de dinero la reclamación de arbitraje debe desecharse por razones de orden público internacional. Por lo que respecta a la corrupción existe consenso universal que un contrato obtenido por corrupción viola el principio de orden público internacional.

El tribunal en el caso *Duty Free* sostuvo:

“In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or,

³⁶ Asociación de Derecho Internacional, reporte del comité en arbitraje comercial internacional (2000) p. 341

³⁷ Caso relativo a la aplicación de la Convención de 1902, Países Bajos v Suecia, Opinión separada de Sir Hersch Lauterpacht, (1958) Reportes de la CIJ 90. Véase también el análisis sobre orden público internacional en *World Duty Free v Republic of Kenya* párrafos 138-141; 147. El caso *Inceysa v El Salvador* (Caso CIADI No. ARB/03/26), el tribunal estableció que “el orden público internacional está constituido por el conjunto de principios fundamentales que constituyen la esencia misma del Estado y tiene como función esencial la de preservar los valores del ordenamiento jurídico internacional contra actuaciones contrarias a él” párrafo 245.

to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal”³⁸

Cortes nacionales también han afirmado la importancia del orden público internacional. La Corte de Apelaciones de París sostuvo:

A contract having as its aim and object a traffic in influence through the payment of bribes is, consequently, contrary to French international public policy as well as to the ethics of international commerce as understood by the large majority of States in the international community.³⁹

En Inglaterra, Lord Mansfield en 1775 en el caso *Holman v Johnson* concluyó:

‘...The principle of public policy is this: ex dolo malo non oritur actio. No court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or illegal act. If, from the plaintiff’s own stating or otherwise, the cause of action appears to arise ex turpi causa, or the transgression of a positive law of this country, there the court says he has no right to be assisted. It is upon that ground the court goes; not for the sake of the defendant, but because they will not lend their aid to such a plaintiff. So if the plaintiff and defendant were to change sides, and the defendant was to bring his action against the plaintiff, the latter would then have the advantage of it; for where both are equally at fault, potior est conditione defendantis.⁴⁰

No hay duda, entonces, que la corrupción es contraria al orden público de los países que frecuentemente se eligen como sedes del arbitraje.⁴¹

¿Aplica este mismo principio en caso de lavado de dinero? No existe práctica arbitral –que yo tenga conocimiento– que dé una respuesta definitiva. Sin embargo, creemos que el mismo criterio debe aplicar

³⁸ Caso *Duty Free* supra nota 32, párrafo 157

³⁹ Sentencia del 30 de septiembre de 1993, *Cour d’Appel de Paris, European Gas Turbines v Estman International Ltd*, *Yearbook of Commercial Arbitration*, pp. 192. 201. Citado en Barrat & Ichilcik, *Bribery and International Arbitration*, *The European and Middle Eastern Arbitration Review* GAR 201.

⁴⁰ [1775] 1 Cowp 341, en párrafo 343.

⁴¹ Id en supra 36 en Barrat & Ichilcik.

al lavado de dinero. Ambos son prácticas ilegales condenadas por la comunidad internacional; en ambos casos los países han tomado acciones para prevenir y combatirlos de manera enérgica; ambos son prácticas tipificadas como ilegales en prácticamente todos los países del mundo; y en ambos casos el sector privado ha condenado dichos actos. Por ello considero razonable concluir que la existencia de lavado de dinero viola el principio de orden público internacional. En consecuencia el acto ilícito sea corrupción o lavado de dinero, en caso de comprobarse tendría una consecuencia fatal en la reclamación de arbitraje.

VII. CONCLUSIONES

Un tribunal internacional tiene la obligación de salvaguardar la integridad del proceso arbitral. En primer lugar, el tribunal debe establecer los hechos del caso sobre la base de los escritos de las partes y las pruebas aducidas por ellos durante el procedimiento. En caso de sospechar una posible comisión de un acto ilícito mismo que no fue argumentado por las partes, un tribunal deberá solicitar examinar a fondo dichos hechos que hayan llevado al tribunal a la sospecha. En particular, en el caso que el tribunal tenga ante sí elementos en los que a su juicio existe la sospecha razonable de la comisión de un ilícito como la corrupción o lavado de dinero, deberá: (i) darle la importancia debida a cualquier alegato de corrupción o lavado de dinero; (ii) reconocer la importancia del papel que juega el principio del orden público cuando se alega la existencia de un acto ilícito; (iii) investigar a fondo la existencia del hecho ilícito tomando en cuenta las normas obligatorias a la disputa; y (iv) referirse de manera explícita a dichos alegatos en el laudo.⁴²

En caso que existan sospechas razonables de la existencia del acto corrupto o lavado de dinero y las partes no colaboran con el tribunal de buena fe, cada árbitro tendrá el derecho de denunciar ante las autoridades la sospecha y, como último recurso, renunciar a su cargo en el arbitraje ya que lo último que seguramente un árbitro internacional aspiraría ser es en convertirse en un cómplice de un acto ilícito.

⁴² Véase Dossier publicado por el *Institute of World Business Law* de la CCI (2002) editado por Cremades B. y Lew J.