

Ilegalidad de las inversiones en los arbitrajes internacionales contra el Perú

Ilegality of investments in international arbitration against Peru



RAFFO VELÁSQUEZ MELENDEZ

Abogado con especialización en derecho comercial y de las inversiones por la Universidad Complutense.
Maestría en derecho administrativo y regulación de servicios públicos por la Universidad de Piura.
Maestría en derecho constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha.
Maestría en argumentación jurídica por la Universidad de Alicante y la Università degli studi di Palermo.



SUMARIO:

- I. **Introducción.**
- II. **Breve historial de nuestras alegaciones de ilicitud de las inversiones.**
- III. **Condicionamientos del arbitraje de inversiones a las alegaciones de ilegalidad.**
 1. **Condicionamientos generales.**
 2. **Condicionamientos ante la ausencia de texto de los tratados.**
 3. **Condicionamientos ante limitaciones en el texto de los tratados.**
 4. **Facilidades en el texto de los tratados.**
- IV. **Estándares objetivos como límites a las inversiones ilegales.**
 1. **Los principios generales imponen obligaciones a los inversionistas.**
 2. **Aplicación de los principios generales contra las inversiones ilícitas.**
- V. **A modo de conclusión**

RESUMEN:

La ilegalidad de las actuaciones de los capitales extranjeros en el ámbito de los arbitrajes de inversión constituyen un tema recurrente en los casos que defiende el Estado peruano, por lo que el autor aborda con detenimiento las prácticas y argumentos usuales en estas defensas internacionales. Para ello, se apoya en la revisión de varios laudos del CIADI, donde la legalidad de las inversiones ha sido analizada de manera decisiva para rechazar o declarar inadmisibles una demanda arbitral.

Palabras clave: Inversiones ilegales, buena fe, derecho internacional, arbitraje de inversiones, CIADI

ABSTRACT:

The illegality of the actions of foreign capital in the field of investment arbitration is a recurring theme in the cases defended by the Peruvian State, for which reason the author deals in detail with the usual practices and arguments in these international defenses. For this purpose, he relies on the review of several CIADI arbitral decisions, where the legality of investments has been analyzed in a decisive manner to reject or declare an arbitration claim inadmissible.

Keywords: Illegal investments, good faith, international law, investment arbitration, CIADI

I. INTRODUCCIÓN

La crisis económica e institucional por la que atravesó el Perú en la década de los ochenta hacía poco o nada atractivo nuestro mercado para los capitales extranjeros. Si bien a inicios de los noventa hubo una nueva Constitución que proclamaba la economía social de mercado y se dictaron una andanada de leyes que apuntaban en la misma línea protectora de la propiedad privada e inversiones, igual era muy difícil que inversionistas extranjeros confiaran en el respeto de tales reglas.

Ciertamente, las grandes inversiones privadas relacionadas con el otorgamiento de derechos, concesiones, autorizaciones por parte del Estado (telecomunicaciones, transporte, electricidad, petróleo, minería, banca, etc.) podían apoyarse en aquellas leyes nacionales que estatuyen una serie de garantías en su favor. El problema era que, a inicios de los noventa el Estado peruano no era conocido por su respeto de la inversión privada, ni por mantener inalterables las reglas que las garantizaba. Piénsese en los contratos de concesión vial. El Estado es el garante del respeto de tales contratos y, a la vez, es parte interesada en los beneficios de esos acuerdos. El Estado pronto comprenderá que puede modificar las reglas a su favor, ampliará sus beneficios y reducirá las garantías de la inversión.

Usualmente las Constituciones contienen el poder estatal, incluso la potestad de dictar leyes, sin embargo, nuestra historia está plagada de cambios de Constitución e incluso de modificaciones parciales de ella que ponen en riesgo las reglas inicialmente pactadas con los inversionistas. Incluso si las leyes no fueran alteradas, la jurisprudencia nacional que las aplica tampoco tiene un buen historial de previsibilidad, uniformidad e imparcialidad.

Al igual que otras experiencias, una manera de asegurar el respeto de la inversión extranjera es colocando al Estado ataduras de las que no pueda liberarse, imponerle reglas que no pueda modificar después. Por eso, en la década de los noventa el Estado peruano empezó a suscribir los primeros tratados bilaterales de inversión — en adelante TBI, y en la década siguiente los tratados de libre comercio — en adelante TLC. A través de ellos, se reconocen una serie de garantías en favor de los inversionistas nacionales de uno de los países suscriptores del tratado en el territorio del otro país.

No se trata de garantías arbitrarias o extraordinarias, sino que se reconocen estándares universales de justicia. Por ejemplo, se establece que los Estados no expropian en forma directa o indirecta la inversión extranjera sin pagar el justiprecio debido, o que establezcan tratos distintos contra los extranjeros, entre otros.

Además, el Estado no será el custodio de esas garantías, sino que traslada su respeto, exigencia y reparación a un organismo internacional —usualmente tribunales arbitrales—, que administrará un arbitraje de inversiones en donde se trasladará el reclamo del inversionista extranjero contra el Estado anfitrión.

Como se puede presumir, los primeros tratados partieron de una protección idealizada de los inversionistas. Lamentablemente la práctica evidenció que no todos ellos merecen ser protegidos bajo las garantías internacionales, ya sea porque cometieron actos delictuales para constituir o ejecutar sus inversiones, o porque simplemente no cumplían con mínimos requisitos de legalidad de sus inversiones¹. Eso generó que los nuevos tratados introduzcan cláusulas que define a las inversiones como aquellas establecidas o ejecutadas conforme al derecho del Estado anfitrión.

De hecho, esa empezó a ser la línea de defensa de distintos Estados frente a arbitrajes de inversión: los tribunales arbitrales carecen de competencias para conocer de reclamos formulados por inversiones ilícitas o ilegítimas. La ausencia de normas que proscriban directamente la protección de inversiones ilícitas forzó la construcción puramente jurisprudencial de las directrices aplicables a estos casos.

En estas líneas, profundizaremos en los fundamentos, alcances y limitaciones de tales exigencias. Nuestro objetivo es aclarar cómo funcionan las alegaciones de ilicitud de las inversiones. Esto tiene particular importancia en nuestro país, pues ha sido la línea de defensa del Estado peruano en cinco arbitrajes inversión, y es muy probable esa línea se mantenga en un sexto arbitraje que viene en camino.

II. BREVE HISTORIAL DE NUESTRAS ALEGACIONES DE ILICITUD DE LAS INVERSIONES

La inversión puede definirse como la colocación de activos en un proyecto con el propósito de obtener beneficios a largo plazo. Ya vimos que el derecho de inversiones tiene como objetivo proteger a los inversores extranjeros al establecer garantías especiales que les permitan hacer frente a los riesgos, como los cambios políticos o legales, asociados con sus inversiones en otros países. Sin perjuicio de ello, como remarca Sornarajah², en la actualidad son los tratados de inversión los que buscan ampliar el concepto de inversión para garantizar que la protección del tratado se extienda a una gama más amplia de actividades del inversor extranjero. Sin embargo, muchas de las inversiones en el Perú que han sido materia de análisis en arbitrajes iniciados bajo los tratados de inversión, han estado plagadas de acusaciones de ilicitud, fraude y/o corrupción. Veamos

El 8 de enero de 1998, el presidente del directorio de una empresa se reunía con Vladimiro Montesinos cuando era asesor del expresidente Alberto Fujimori. El propósito fue solicitar “apoyo” en el proceso de amparo que había iniciado ese mismo día la empresa. El pedido fue resumido por el empresario de la siguiente forma: “Yo quiero una guerra corta, sangrienta y decisiva. Como se ganan las batallas”. Un mes después, el juez de amparo declaró fundada la demanda de amparo que permitía continuar con la construcción de la fábrica de Lucchetti en un Área Natural Protegida, y sin contar con todos los permisos requeridos. Si bien la Municipalidad de Lima apeló el fallo, en otra reunión de Montesinos con uno de los dueños de la empresa, señaló que el resultado favorable final estaba garantizado. Y efectivamente, así ocurrió me-

1. La corrupción en general abarca ámbitos nacionales e internacionales. Si bien la lucha contra la corrupción es principalmente responsabilidad de cada país, muchos casos tienen implicaciones internacionales, de modo que los sistemas internacionales deben alinearse con una respuesta a nivel global. Cfr. Bhargava, V. (2006). *Curing the Cancer of Corruption*. En V. Bhargava (Ed.), *Global Issues for Global Citizens. An Introduction to key Development Challenges*. Washington, Estados Unidos: The World Bank, p. 342.
2. Sornarajah, M. (2010). *The international law on foreign Investment* (3 ed.). New York, Estados Unidos: Cambridge University Press, p. 10.

diante sentencia confirmatoria del 4 de marzo de 1998. De modo que, la empresa pudo continuar y culminar la construcción de su fábrica.

El 16 de marzo de 2001 se hicieron públicos los famosos *vladivideos* de esas reuniones, eso habilitó a la Municipalidad a paralizar el funcionamiento de la fábrica y dio inicio a causas penales contra las personas involucradas.

Ante ello, el 24 de abril de 2002, los accionistas extranjeros de la empresa *Lucchetti* formularon una solicitud de arbitraje de inversiones ante el Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones — en adelante CIADI, contra el Estado peruano — caso ARB/03/4—. Los demandantes sostuvieron que el estado anfitrión había lesionado las garantías de sus inversiones previstas en el TLC Perú-Chile. Y es que, sostuvieron, a pesar de contar con una sentencia con calidad de cosa juzgada, el Estado peruano impedía el funcionamiento de su fábrica.

De hecho, el Perú enfrentó ya tres arbitrajes administrados por el CIADI, tiene en trámite otros dos más y se prevé que se inicie uno más, en donde parte de su defensa se relaciona con la legitimidad o licitud de las inversiones extranjeras en suelo peruano.

Por ejemplo, el 11 de agosto de 2014, los accionistas de la empresa *Bear Creek* formularon una solicitud de arbitraje de inversiones contra el Estado peruano, bajo el TLC Perú- Canadá. Entre otras cosas, la empresa sostuvo que se afectaron sus inversiones porque el Estado anfitrión revocó su concesión, lo que significaba una expropiación indirecta de la inversión. El Estado sostuvo que actuó en virtud del artículo 71 de la Constitución peruano en donde se prevé que es ilícito que los extranjeros adquieran derechos o títulos en tierras dentro de los 50km de las fronteras peruanas. De modo que, la empresa extranjera *Bear Creek* conocía que su inversión no era lícita, no se ajustaba al orden jurídico — caso ARB/14/21—.

En forma similar, el 21 de julio de 2018, los integrantes del *Consortio Kuntur Wasi* formularon solicitud de arbitraje de inversiones en

virtud del TBI Perú-Argentina. Alegaron que la anulación de la adenda a su contrato de concesión para la construcción del aeropuerto de Chincheros vulneraba las garantías internacionales de sus inversiones. El Estado sostuvo que la adenda no se ajustaba a la regulación peruana sobre Asociaciones Público-Privadas, lo que motivó una situación de ilegalidad que justificó la cancelación del contrato — caso ARB/18/27—.

El 30 de abril de 2021, *Kaloti Metals* presentó su solicitud arbitral contra Perú — ARB/21/29—, para lo cual alegó, entre otros, que el Estado expropió sus inversiones de compra de oro al impedir la importación de ese recurso a EEUU. El estado peruano sostuvo que la situación de *Kaloti* no calificaba como inversión, sino que era una simple operación comercial de compra, sin inversión real en el país anfitrión. En todo caso, añadió, no se trataría de una inversión protegible, debido a que se trataba de oro adquirido presuntamente de minería ilegal, lo que lo que quitaría la calidad de inversión bajo los términos del TLC Perú-EEUU.

Al resolver estos cuatro casos los Tribunales Arbitrales del CIADI dejaron constancia de que la defensa del Estado peruano se dirigió a cuestionar la competencia de dicho tribunal por tratarse de inversiones extranjeras lícitas, contrarias a las normas peruanas. Eso, a juicio del Estado, descalificaría a las inversiones como bienes sujetos de protección bajo los tratados invocados.

Actualmente existen otros dos arbitrajes de inversión en trámite en donde el Estado peruano también invocó la ilicitud de las inversiones. Nos referimos a los arbitrajes iniciados por *Enagás* bajo TBI Perú-España — caso ARB/21/75— y por *Odebrecht Latinvest* bajo el TBI Perú-Luxemburgo — caso ARB/20/4— que se vinculan con el desarrollo de la concesión de Gaseoducto del Sur. En esos casos, incluso existen confesiones de altos funcionarios de Odebrecht sobre actos de corrupción desplegados por estos para obtener la concesión del gaseoducto.

Finalmente, los accionistas canadienses de la empresa *Rutas de Lima* ya adelantaron que ini-

ciarán un arbitraje ante CIADI contra el Estado peruano. Eso debido a la sentencia del Tribunal Constitucional —TC, que ordena la suspensión del cobro de peajes, lo que en la práctica dejó sin efecto parte de su contrato de concesión de vías. Al respecto, la Municipalidad de Lima ha hecho públicas sus alegaciones de corrupción en la obtención de aquel contrato de concesión otorgado originalmente a la empresa *Odebrecht*. De modo que, es muy probable que la futura defensa del Estado peruano se dirija nuevamente a cuestionar la licitud de la inversión extranjera.

En suma, la ilegalidad de las inversiones parece ser una alegación recurrente en la defensa del Estado peruano para evitar la competencia de los tribunales arbitrales del CIADI, lo que hace necesario conocer más sobre sus alcances.

III. CONDICIONAMIENTOS DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES A LAS ALEGACIONES DE ILEGALIDAD

La posibilidad de acudir a arbitrajes de inversión ad hoc o administrados por alguna institución arbitral internacional — CIADI, Cámara de Comercio Internacional-ICC, Corte Permanente de Arbitraje) puede estar prevista en un acuerdo particular entre el inversionista extranjero y el Estado anfitrión (usualmente incorporados en los contratos de concesión—, en cuyo caso el convenio es específico para ambas partes.

No obstante, en estas líneas sólo nos referiremos a la oferta general que hace un Estado a los nacionales del otro Estado suscriptor del tratado — TBI o TLC— para trasladar a un arbitraje de inversiones sus reclamos contra cualquier actuación estatal que incumpla las garantías previstas en el tratado.

1. Condicionamientos generales

Esta situación condiciona mucho el contenido y forma de dicho arbitraje. En primer lugar, existe una legitimidad indeterminada para accionar, pues el tratado puede ser invocado por todos los nacionales del Estado suscriptor que tengan inversiones en el país anfitrión. En segundo lu-

gar, el consentimiento para arbitrar es asimétrico, pues el Estado acepta el arbitraje antes de la controversia, mientras que el inversionista brinda su consentimiento con la solicitud de arbitraje. En tercer lugar, la oferta de arbitraje solo contiene obligaciones para los Estados suscriptores del tratado, pero no para los inversionistas que son terceros beneficiarios del acuerdo. En cuarto lugar, la competencia de los tribunales arbitrales para proteger los derechos y beneficios reclamados por los inversionistas debe tomar como base lo previsto en el tratado.

Los puntos anteriores merecen una precisión adicional. Y es que muchas veces los tratados contienen referencias directas o indirectas al derecho interno como fuentes autorizadas para evaluar el reclamo. No es que el tratado establezca una obligación directa sobre los inversionistas, sino que los Estados condicionaron su consentimiento de someterse a arbitraje al cumplimiento del derecho interno por parte del inversionista. En tal escenario, una inversión extranjera que no respete las leyes del Estado anfitrión no calificaría como inversión tutelable bajo el tratado y, por ende, no sería pasible de protección bajo un arbitraje de inversiones.

Pero cuidado, no se trata de una simple y llana aplicación del derecho interno, tal como lo haría un tribunal nacional, sino que aquel derecho se integrará con las normas y principios internacionales de inversiones, para evaluar la razonabilidad internacional de la regla interna exigida al inversionista. Después de todo, se debe evitar una situación en donde se incentive que los Estados aprueben y apliquen normas internas absurdas o innecesarias sobre las inversiones con la finalidad eludir la competencia de un arbitraje de inversiones. Tal proscripción es ordenada incluso por el artículo 27 de la Convención de Viena en donde se prevé que un Estado “no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

En suma, para que sea relevante el incumplimiento del derecho interno, para que exista una inversión ilegal, deberá evaluarse si dicha ilegalidad también puede ser calificada como

un incumplimiento de los principios del derecho internacional.

Cuando es así, la inadecuación de las inversiones con el derecho interno suele ser usada como una defensa contra la jurisdicción del tribunal arbitral, esto es, como una defensa contra su competencia. Una forma de canalizar esa alegación es sosteniendo que no existió consentimiento de los Estados —al suscribir el tratado— para proteger negocios ilícitos a través de arbitrajes de inversión. Si se usa ese argumento, lo usual es integrarlo con la invocación de los principios generales de las inversiones, en específico con el principio de equidad, para resaltar que más allá de la voluntad de las partes, de lo previsto en el tratado, la finalidad de esta rama del derecho internacional es extender tutela a los inversionistas legítimos.

2. Condicionamientos ante la ausencia de texto de los tratados

En una etapa inicial los tratados no hacían ninguna referencia a la necesidad de licitud de las inversiones. De modo que, se podrían generar dudas sobre el alcance de los tratados a *todo* tipo de inversión. De hecho, ese estilo se apreciar incluso ahora. Por ejemplo, los TBI de Perú con Chile y Liechtenstein, así como los TLC de Perú con Canadá y EEUU, no tienen ninguna referencia a la necesidad de licitud de las inversiones.

En *Bear Creek contra Perú*, el Estado sostuvo la falta de competencias del tribunal porque se trataba de una inversión ilegal ya que la empresa extranjera adquirió derechos sobre minas y recursos dentro de los 50 km del límite de la frontera Perú-Bolivia, asunto proscrito por el artículo 71 de nuestra Constitución. El inversionista sostuvo que el consentimiento de los Estados en el TLC Perú-Canadá no imponía la legalidad de las inversiones como requisito para acceder a la competencia arbitral. Finalmente, el Tribunal CIADI resolvió que el texto del TLC

no establece el requisito de legalidad de las inversiones, de modo que, sí tenía competencia para atender el reclamo de inversionista, aunque señaló que el asunto de la legalidad sí sería relevante para resolver y cuantificar el fondo del caso (páginas. 319-324).

Algo distinto pasó al analizar el TBI Perú-Chile en la anulación de laudo del caso *Lucchetti contra Perú* — ARB/03/4—. Aunque el tratado no se refiere a la legalidad de las inversiones, la Comisión CIADI sí reconoció su exigibilidad. Señaló que, la legalidad de la actuación del inversionista no se debe limitar a lo establecido en el derecho interno de cada Estado, sino que la legalidad de aquella actuación se evalúa desde el derecho internacional de las inversiones. Lo contrario, concluyó, habilitaría al Estado — a través de sus normas y dependencias internas— a eludir su consentimiento para arbitrar materializado en el TBI. En específico, se sostuvo que, aunque el inversionista contaba con una sentencia favorable con calidad de cosa juzgada según el derecho peruano, su legitimidad — y la consecuente legalidad de la inversión— podía ser cuestionada desde el punto de vista del derecho internacional (páginas. 87-88).

La práctica usual de los tribunales arbitrales del CIADI va en este último sentido. En efecto, incluso si los tratados no hacen ninguna exigencia a la legalidad de las inversiones, eso no significa que la suscripción de un tratado habilite a proteger a toda clase de inversiones. Es implícito al espíritu de todo tratado impedir que las actuaciones ilegales sean protegidas por el derecho internacional³.

La cuestión es que, ante la ausencia de un texto expreso, lo más probable es que el asunto de la ilegalidad de las inversiones no se resuelva mediante una cuestión de falta de jurisdicción del tribunal arbitral. Tal punto entrará a tallar al momento de evaluar el fondo de la controversia, esto es, cuando se evalúe la justicia del reclamo.

3 Cfr. *Phoenix Actions contra República Checa* (ARB/06/5, par. 101) y *Plama Consortium Limited contra Bulgaria*, (ARB/03/24, par. 138).

3. Condicionamientos ante limitaciones en el texto de los tratados

La necesidad de precisar los términos en los que los Estados prestan su consentimiento al arbitraje de inversiones motivó la inclusión de las llamadas “cláusulas de conformidad” que hacen referencia a expresa a que las inversiones protegidas son las realizadas “de conformidad con las leyes y reglamentos” del país anfitrión. Eso se aprecia en la mayoría de los TBI suscritos por Perú⁴. Incluso el tratado con Dinamarca exige además que la inversión sea acorde con la “práctica administrativa”.

Para comprender las defensas que suelen usarse en este tipo de situaciones es necesario hacer referencia a una disociación conceptual que diferenciar entre dos tipos de ilegalidades de las inversiones⁵. Un tipo consiste en la existencia de inversiones en sí mismas ilegales o contrarias al derecho interno, por ejemplo, la adquisición de negocios o estructuración de negocios para ocultar ingresos provenientes de delitos — tráfico de drogas, lavado de activos, peculados, etc. —; o el despliegue de negocios específicamente proscritos por la ley. El otro tipo de ilícitos, más comunes, se relaciona con inversiones *per se* legales, pero establecidos o desarrollados usando mecanismos ilegales que involucraron graves inconductas — delitos o faltas administrativas— y no solo violaciones técnicas de las normas internas⁶.

Precisamente, se usa esta distinción para señalar que los actos posteriores de una inversión originalmente legal no pueden negar el acceso a la justicia arbitral prevista en los tratados. En *Metal-Tech contra Uzbekistán* y *Hamester contra Gana* los tribunales arbitrales concluyeron que las “cláusulas de conformidad” de los tratados exigían legalidad al implementarse, establecerse o hacerse la inversión inicial. De modo que, si luego, en la ejecución o desarrollo de la inversión, hubiera ilegalidades, eso no impediría que los capitales extranjeros puedan activar el arbitraje de inversiones. Aunque, la ilegalidad de sus conductas posteriores sí que se sería tomada en cuenta luego, al momento de determinar la justicia de fondo del caso⁷.

En el caso de las inversiones originalmente ilícitas, los tribunales arbitrales les niegan toda protección bajo el tratado de inversión. Por ejemplo, en *Inceysa Vallisoletana contra El Salvador* — caso ARB/03/26— se advirtió que la inversión era ilegal desde su constitución, pues la empresa obtuvo una concesión gracias a estados financieros con datos falseados, y con declaraciones falsas sobre sus socios estratégicos y experiencia. Eso generó que el tribunal arbitral desestime el reclamo por falta de jurisdicción, dado que el tratado España-El Salvador no protege inversiones ilegales. Algo similar ocurrió en *World Duty Free Cía. contra Kenia* — ARB/00/7—, pues el tribunal arbitral desestimó la demanda debido a que la concesión para

-
4. Cfr. Los TBI suscritos con Alemania, Argentina, Australia, México, Países Bajos, Noruega, Colombia, Paraguay, Cuba, Portugal, Reino Unido, República Checa, El Salvador, China, España, Rumania, Singapur, Finlandia, Suecia, Francia, Suiza, Italia, Tailandia, Japón, Venezuela, y Bélgica-Luxemburgo.
 5. Cfr. Kalicki, J., Evseev, D. y Silberman M. (2015). “Legality of Investment”. En Kinneer et al (editores). *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*. Kluwer Law International, pp. 207-208.
 6. En *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum contra Albania* (ARB/11/24) se hizo una clasificación similar (pár. 371-379). De un lado, están las inversiones sustancialmente ilegales, las mismas que se darían cuando se realizan actividades prohibidas como el comercio de sustancias o productos prohibidos, por ejemplo, la extracción de recursos en zonas naturales protegidas, o el comercio de drogas ilícitas. Aquí el momento decisivo para apreciar la legalidad de la inversión es la existencia del marco legal vigente al planificar e instaurar la inversión. De otro lado, estarían las inversiones ilegales desde el punto de vista procedimental inversión. Eso ocurre cuando la actividad o negocio es legal en esencia, pero la forma de instaurarlo y practicarlo vulnera la regulación interna. Por ejemplo, ejecutar concesiones mineras otorgadas, sin contar con los demás derechos y permisos necesarios (servidumbres, estudios de impacto ambiental, etc.).
 7. *Metal-Tech vs Uzbekistán*, TBI Israel- Uzbekistán (ARB/10/3, par. 186-193) y *Gustav Hamester vs Gana*, TBI Alemania-Gana (ARB/07/24, par. 126-129).

construir y operar tiendas libres de impuestos en el aeropuerto de Mombasa fue obtenido como consecuencia del pago de sobornos, explícitamente se señaló que el orden jurídico internacional no extiende protección a inversiones ilegales.

Los casos del Perú no han sido ajenos a la necesidad de definir las inversiones protegidas bajo los términos de los tratados suscritos. Por ejemplo, en *Bear Creek* — páginas. 319-321— se analizó con detalle si el requisito de buena fe del inversionista era un elemento pactado o no como condición para el acceso al arbitraje. Intuimos que en el caso *Odebrecht* se discute si la inversión es originalmente ilícita o no, pues según las declaraciones de ex funcionarios de la empresa hubo acuerdos ilícitos que les permitieron ganar la licitación del gaseoducto del sur. De otro lado, en el futuro caso *Rutas de Lima*, los tribunales arbitrales ya determinaron que la inversión no fue originalmente ilícita — tal como alegó la Municipalidad de Lima—, de modo que muy probablemente el Estado peruano alegue la ilicitud de los actos posteriores del inversionista.

4. Facilidades en el texto de los tratados

Las decisiones de los casos *Inceysa* — páginas. 162-173— *Metal-Tech* — página. 373— *Hammester* — páginas. 125-127— antes mencionados se avocaron a desentrañar el alcance del consentimiento otorgado por los Estados para verificar si aceptaron someter a arbitraje cualquier tipo inversiones. Eso les supuso un intenso análisis de los alcances lingüísticos del texto de los tratados de inversión, lo que les llevo incluso a disociar entre inversiones originalmente ilícitas e inversiones con ilicitudes en su desarrollo.

Para superar las dificultades de este tipo y dejar más claro los alcances del consentimiento a arbitrar que dan los Estados, los tratados

más recientes suelen ser más precisos en este punto. Por eso, se establece un estándar más exigente en los TLC suscritos por Perú con Panamá, Costa Rica y Honduras. En ellos se niega protección a las inversiones “realizadas con capital o activos derivados de actividades ilegales”, y se reconoce que las garantías reconocidas no impedirán que los Estados adopten o mantengan medidas que incidan sobre las inversiones siempre que se dirijan a preservar el orden público, restaurar la paz, la seguridad internacional o intereses de seguridad esencial. Esto, desde luego, no implica discrecionalidad absoluta de los Estados, sino que la razonabilidad de sus regulaciones podrá ser analizada desde la óptica internacional.

Este sin duda ayudará cuando el análisis sobre la legalidad de las inversiones se dirija a desentrañar el consentimiento de los Estados suscriptores de los tratados, esto sirve para las interpretaciones gramaticales. Se trata de una perspectiva claramente subjetivista, dirigida a averiguar la voluntad de los Estados suscriptores del tratado.

No obstante, ese análisis es insuficiente, pues se trata de un traslado simple y llano de la lógica de los arbitrajes comerciales a los arbitrajes de inversión. En efecto, en los primeros sí existe acuerdo de voluntades entre las partes, existe un convenio arbitral con la voluntad de ambos que amerita ser desentrañado.

En forma más precisa Roberts⁸ señala que, a diferencia de los arbitrajes comerciales, los tribunales de inversión obtienen sus facultades de lo previsto en el tratado, y no de la *autonomía de voluntad* de las partes. De ahí que sea problemático importar dicho concepto o el consentimiento a los tribunales de inversión. Estos tribunales no son agentes de las partes contendientes, ni de las partes del tratado, pues su misión es aumentar la confianza en los compromisos del tratado para promover así la

8. Roberts, Anthea (2013). “Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System”, en *American Journal of International Law*, N° 107, pp. 60-61.

inversión extranjera. Para ello, los tribunales de inversiones necesitan un grado significativo de independencia frente a las partes del tratado y del litigio.

Ciertamente, en los arbitrajes de inversiones lo que se analiza es un tratado internacional, no un contrato. Si bien los inversionistas son beneficiarios de derechos privados, estos son consecuencia de obligaciones estatales asumidas bajo el derecho internacional. De modo que, la interpretación literal es necesaria, pero insuficiente, pues se requiere además recurrir a interpretaciones que tengan en cuenta la buena fe, la lógica, la finalidad de la regla, su contexto y la práctica regular de las partes, tal como mandan los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados.

Precisamente aquí entran a tallar las técnicas de interpretación dirigidas a limitar el acceso o protección internacional de las inversiones ilegales.

IV. ESTÁNDARES OBJETIVOS COMO LÍMITES A LAS INVERSIONES ILEGALES

1. Los principios generales imponen obligaciones a los inversionistas

Ya señalamos que los tratados no incluyen obligaciones para los inversionistas, sino para las partes suscriptoras, esto es, para los Estados. Sin embargo, cuando se trata de ilicitud de las inversiones se suelen derivar obligaciones para los titulares de capitales extranjeros a partir de los principios generales del derecho — que también integran el derecho internacional de inversiones—. De esto modo, se logra hacer hincapié en la obligación de integridad y buena conducta, pues solo aquellos que actúan conforme a la legalidad y a los principios interna-

cionales podrán buscar protección en los tribunales de inversión.

Cuando se trata de ilegalidad de las inversiones son relevantes los principios de buena fe, justicia o el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* — nadie puede beneficiarse de su propia torpeza o dolo—. Todos ellos suelen ser usados como defensas independientes o integradas con el llamado principio *clean hands* de las inversiones. Sin embargo, los alcances de este último aún están bajo construcción jurisprudencial, de modo que para los tribunales de inversión tiene márgenes poco claros.

La vinculatoriedad de estos principios es innegable en el sistema internacional. De un lado, el artículo 38.1, literales b y c, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia reconoce que este tribunal resuelve conforme a los principios generales de derecho. De otro lado, el preámbulo de la Convención de Viena y el artículo 1.1 de la Carta de las Naciones Unidas exigen la actuación de los Estados conforme al principio general de justicia. Esto permite entender que cuando el artículo 42.1 del Convenio CIADI dispone que los tribunales de inversión aplicarán el derecho internacional que fuera pertinente, incluyen entre ellos al principio de justicia o, si prefiere, al principio de buena fe, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* o *clean hands*.

Debido a su escaso uso en la práctica nacional⁹, conviene hacer referencia a las palabras de Dumberry¹⁰ sobre la llamada doctrina del *clean hands* — a veces llamado principio de “manos sucias” —. Según esta doctrina, si un inversionista se encuentra bajo una conducta ilegal o impropia, sus manos estarán “sucias”, de tal suerte que sus reclamaciones estarán prohibidas y cualquier pérdida sufrida permanecerá

9. Las razones sobre la inadecuación de usar la doctrina del *clean hands* al ámbito nacional en: ESPINOZA, Sandro y Chunga, Carmen. “La Arbitrabilidad de la Corrupción: ¿Es Posible Aplicar «Clean Hands Doctrine» en el Arbitraje en Contratación Pública?”, en *Derecho & Sociedad*, N° 44, 2015, pp. 285 y ss.

10. Dumberry, P. (2016). “State of Confusion: The Doctrine of ‘Clean Hands’ in Investment Arbitration After the Yukos Award”. En: *The Journal of World Investment & Trade*, N° 17, p.230.

donde esté. En otras palabras, la lógica detrás de esta doctrina es que aquel que comete un acto ilícito no puede obtener beneficios de él ni reclamarlos a través de la justicia¹¹.

De cualquier modo, la aplicación de estos principios permite hacer más objetivos los filtros contra las inversiones ilegales sometidas a arbitraje. Su uso “descomercializa” la visión de los arbitrajes de inversión, pues ya no se trata de analizar sólo los textos de los tratados para determinar los alcances del consentimiento otorgados por los Estados suscriptores para la apertura de arbitrajes. Además de la voluntad de los Estados, será el sistema normativo de las inversiones internacionales el que exige negar protección a capitales extranjeros con origen o prácticas contrarias a la ley del Estado anfitrión. De no ser así, se permitiría que las obligaciones asumidas por los Estados serían contrarias al principio general de justicia.

2. Aplicación de los principios generales contra las inversiones ilícitas

Con relación al principio de buena fe, en el caso *Hamester* se señaló que: “Una inversión no estará protegida si ha sido creada en violación de principios nacionales o internacionales de buena fe, mediante corrupción, fraude o conducta engañosa; o si su creación en sí misma constituye un uso indebido del sistema de protección internacional de inversiones bajo el Convenio del CIADI” — pá-

gina. 123—. Mientras que en el caso *Phoenix* se ha precisado que: “... no se puede considerar que los Estados ofrezcan acceso al mecanismo de solución de controversias del CIADI a inversiones que realizadas sin buena fe... [eso sería] contrario a los principios generales del derecho internacional, entre los cuales el principio de buena fe es de suma importancia” — página. 106).

En *Inceysa* — página. 240— también se hace referencia al principio de buena fe — página 244—, aunque es usado como complemento del principio *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* — página. 240— que se materializa en

“... diversas máximas que resultan claramente aplicables... a) *Ex dolo malo non oritur actio* — ningún derecho a accionar puede tener su origen en el dolo—; b) *Malitiis nos est indulgendum* — ante la conducta maliciosa no debe haber indulgencia—; c) *Dolos suos neminem relevat* — a nadie se le exonerar de su propio dolo—; d) *In universum autem haec in ea re regula sequenda est, ut dolos omnimodo puniatur* — de modo general ha de observarse la regla de que el dolo será castigado en todo caso—; e) *Unusquisque doli sui poenam suferat* — cada uno debe soportar la pena por su propio dolo—; f) *Nemil'li dolos suos prodesse debet* — nadie debe aprovecharse de su propio dolo—” (página. 240).

11. Gutiérrez indica que la doctrina del *clean hands* surge de la noción de “equity” del *common law*, y se refiere a la razonabilidad o a la justicia inherente a todo precedente o norma jurídica. En ese sentido, del equity surgirían doce máximas que darían lugar después al principio de *clean hands*, según el cual se exige que *quien acude a la jurisdicción debe tener las manos limpias*. Tales máximas serían las siguientes: (i) “*Equity will not suffer a wrong to be without a remedy*” (El equity no tolera agravio sin reparación); (ii) “*Equity follows the law*” (El equity sigue a la ley); (iii) “*Where there is equal equity, the law shall prevail*” (Cuando el equity favorece por igual a ambas partes, se confía la resolución del conflicto al Derecho estricto); (iv) “*Where the equities are equal, the first in time shall prevail*” (Cuando el equity favorece por igual a ambas partes, debe prevalecer el derecho del que es anterior en el tiempo); (v) “*He who seeks equity must do equity*” (Quien busca equity debe proceder con equity); (vi) “*He who comes into equity must come with clean hands*” (Quien acude a la jurisdicción de equity debe tener las manos limpias); (vii) “*Delay defeats equities*” (La demora perjudica a la equity); (viii) “*Equality is equity*” (La igualdad es equity); (ix) “*Equity looks to the intent rather than to the form*” (La equity mira la intención más que la forma); (x) “*Equity looks on that as done which ought to be done*” (La equity considera realizado lo que debería ser realizado); (xi) “*Equity imputes an intention to fulfill an obligation*” (La equity presume siempre la intención de cumplir la obligación); (xii) “*Equity acts 'in personam'*” (La equity actúa “in personam”). Gutiérrez, M. (2021). *La doctrina de las manos limpias o clean hands en el arbitraje de inversión: una herramienta para combatir la corrupción y su aplicación a una disputa peruana*. Tesis de Maestría, Universidad de Lima, pp. 13-14.

Ciertamente aquel principio puede tener distintas manifestaciones que materialicen la exigencia de que *nadie puede beneficiarse de su propia torpeza o dolo*. Por ejemplo, en *World Duty Free* — página. 178-179— se señaló que la inversión ilícita no puede obtener tutela de, pues hacerlo sería *“una afrenta a la conciencia pública”*, sería *“ayudar y alentar la conducta ilegal del demandante”*. Por ende, se concluyó que ese tipo de inversiones no generan derechos bajo el principio *ex turpi causa non oritur actio* — de una causa inmoral, no surge ningún derecho—.

A su vez, la jurisprudencia resalta que el sistema normativo del arbitraje de inversiones o, si se prefiere, el orden público internacional, proscriben las inversiones ilegales. En *Phoenix* se deja en claro que *“La finalidad del mecanismo internacional de protección de las inversiones... no puede consistir en proteger las inversiones realizadas en violación de las leyes del Estado receptor o las inversiones no realizadas de buena fe... que supongan un abuso del sistema internacional de arbitraje del CIADI”* página. 100—. De modo que: *“El Tribunal debe impedir que se abuse del sistema de protección internacional de las inversiones... garantizando que sólo se protejan las inversiones que se realicen de conformidad con el principio internacional de buena fe y que no intenten abusar del sistema”* — página. 113—.

Una línea similar se maneja en *Fraport AG Frankfurt Airport contra Filipinas* — ARB/11/12— en donde se señaló que *“existe un principio internacional cada vez más establecido que exige que los remedios legales internacionales no estén disponibles para las inversiones ilegales, al menos cuando dicha ilegalidad afecta a la esencia de la inversión”* — página. 332—.

Una combinación de todos esos principios confluye en el caso *Plama* donde se señala que ante los casos de inversiones ilícitas: *“...otorgar las protecciones del — Tratado—... sería contrario al principio nemo auditur propriam turpitudinem allegans... y también a la noción básica del orden público internacional: que exige de que un contrato obtenido por medios ilícitos (tergiversación fraudulenta) no sea ejecutado... — Eso indica además— que la conducta de la Deman-*

dante es contraria al principio de buena fe que forma parte no sólo del derecho búlgaro... sino también del derecho internacional” — páginas. 143-144—.

Finalmente, la doctrina del *principio clean hands* como una forma de proscripción de inversiones ilegales, aún es objeto de controversias e indefiniciones sobre su grado de vinculatoriedad y campo de aplicación.

En el laudo sobre jurisdicción de *Niko Resources contra Bangladesh* — ARB/10/11, páginas. 478-485— se reconoció su condición de principio general del derecho, aunque no se daban las condiciones para su aplicación al caso específico. Sin embargo, en el laudo de *Churchill Mining contra Indonesia* — ARB/12/14— se señaló que

“la doctrina del derecho consuetudinario de clean hands que excluye reclamaciones basadas en conducta ilegal también encuentra expresión a nivel internacional, aunque su estatus y contornos exactos están sujetos a debate aún y son abordados de manera diferente por los tribunales internacionales” (página. 493).

En ese orden, en *South American Silver contra Bolivia* — arbitraje de inversión *ad hoc*— se indicó que: *“... no está en discusión que los principios generales del derecho exigen cierto grado de reconocimiento y consenso. Según la Demandada, el análisis de estos principios debería considerar eminentemente ‘la práctica de los Estados’. Sin embargo, Bolivia no presentó pruebas suficientes que permitan concluir que la doctrina de clean hands goza del reconocimiento y consenso entre Estados que se requiere para alcanzar el estatus — de principio general de derecho— que ésta le atribuye”* — página. 445—.

Como se aprecia, las alegaciones de ilegalidad de las inversiones suelen canalizarse mediante la invocación de distintos principios general del derecho internacional, de los fines del sistema arbitral de las inversiones e incluso de una doctrina cada más recurrente — *clean hands*—. Todos estos elementos amplían el ámbito competencial de los tribunales de inversión, y no lo limitan al texto de los tratados suscritos.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El propósito de estas líneas ha sido más descriptivo que prescriptivo, pues nos hemos dirigido a aclarar las dudas que pudieran existir sobre cuáles son y cómo funcionan las armas que usan los Estados para impedir que las inversiones ilegales o acusadas de ilegalidad puedan prosperar en los arbitrajes de inversión.

Esto es de suma relevancia, sobre todo para el Perú, dado que esas defensas son recurrentes en su estrategia procesal — lo que, por cierto, es preocupante—.

Por lo pronto, esperamos que haya quedado claro que no solo interesa el texto del tratado o su contexto — preámbulo, trabajos preparatorios y forma de aplicación— para desentrañar el sentido de la voluntad de los Estados que aceptaron someterse a arbitrajes de inversión.

Además de eso, puede ser incluso más relevante que la conducta de los inversionistas se evalúe a la luz de los principios generales del derecho que integran el derecho de inversiones, como la buena fe, el principio *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*, la justicia o equidad, el orden público internacional, los fines del sistema internacional de reclamación de inversiones, o incluso en algunos casos la doctrina del *clean hands*.

A estas alturas, debe quedar claro que la lucha contra las ilegalidades de todo tipo en las inversiones es un asunto que trasciende a la voluntad de los estados que son parte de un tratado, o a las partes de un arbitraje de inversión. Impedir que inversiones ilegítimas utilicen cauces legítimos para consolidar sus ilicitudes es una exigencia esencial del sistema internacional de inversiones y de los principios generales que derivan de él.