

La Arbitrabilidad de la Corrupción: ¿Es Posible Aplicar «*Clean Hands Doctrine*» en el Arbitraje en Contratación Pública?

Sandro Espinoza Quiñones*
Carmen Chunga Flores**

Resumen:

El arbitraje se caracteriza por ser un mecanismo imparcial, eficaz y sobre todo, transparente, motivo por el cual entidades privadas y estatales se abocan al mismo con la finalidad de resolver sus controversias patrimoniales. No obstante, existe un sector de la doctrina que sostiene que, cuando la materia a arbitrar provenga de relaciones jurídicas revestidas de corrupción, el tribunal arbitral debería declarar la inarbitrabilidad de la materia, pues se estaría vulnerando el orden público.

El presente trabajo abordará la incidencia de la denominada «*Clean Hands Doctrine*» en determinadas ramas del Derecho, sus orígenes en los sistemas jurídicos del mundo, su relación con otras figuras jurídicas en las cuales se sustenta, y comentaremos tanto la jurisprudencia internacional al respecto, como la posible aplicación de esta doctrina al arbitraje en el contexto nacional, en materia de contrataciones con el Estado.

Palabras clave:

Arbitraje – Doctrina de las Manos Limpias – Corrupción – Contratación Pública – Teoría de los Actos Propios

Abstract:

The arbitration proceeding is characterized for being an efficient, impartial, and above all a transparent mechanism, wherefore various private and public entities have aimed to it in order to solve their patrimonial controversies. Nevertheless, there is a sector within the doctrine that maintains that, on the assumption that the matter to arbitrate comes from legal relationships marked by corruption, the arbitration court should declare the unarbitrability of the matter, since it would violate the public order.

The present paper will broach the impact of the entitled «*Clean Hands Doctrine*» on certain Law branches, its origins on the worldwide legal systems, the relation of it with other legal entities on which it is based on, and we will discuss international legal precedents on the matter, as well as the possible application of this doctrine to arbitration proceedings on a local context and in public procurements matter.

Keywords:

Arbitration – Clean Hands Doctrine – Corruption – Public Procurement – Own Acts Theory

Sumario:

1. Introducción – 2. «*Clean hands doctrine*» o «doctrina de las manos limpias» – 3. La posible aplicación de «*clean hands doctrine*» al arbitraje en contratación pública – 4. Reflexiones finales

* Asociado del Estudio Pizarro, Botto & Escobar Abogados. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de post grado en arbitraje comercial internacional y arbitraje de inversión en Washington College of Law – American University. Miembro del Consejo de Apoyo Institucional de la Asociación Civil Derecho y Sociedad.

** Estudiante de sexto año de la carrera de Derecho de la UNMSM. Egresada del PAE en Ingeniería en Administración de Empresas por la Universidad de Tarapacá de Chile. Practicante pre-profesional del Área de Arbitraje del Estudio Pizarro, Botto & Escobar Abogados.

1. Introducción

En el año 2010, una encuesta de la BBC reveló que la corrupción es el problema más debatido en el mundo y que se considera de mayor gravedad¹. La Organización no Gubernamental de Transparencia Internacional prepara anualmente, desde 1995, un «Índice de percepción de la corrupción», en virtud del cual se evalúa el nivel de corrupción existente en distintos países y se otorga a cada uno un puntaje que va de 0 (altamente corrupto) a 100 (muy limpio). En el 2012, dos tercios de los 176 países clasificados obtuvieron una puntuación inferior a 50². Según Transparencia Internacional, Perú está dentro de los 20 primeros países cuyo grado de percepción de corrupción es alto.

Como podemos advertir, la corrupción es un tema que preocupa a más de un gobierno, y nuestro país no es la excepción. ¿Pero qué sucede cuando relacionamos la palabra «corrupción» con «arbitraje»? Quizá la primera idea que nos viene a la mente es el análisis en el actuar del árbitro, un árbitro que sin duda ha sido objeto de numerosos trabajos y propuestas normativas para evitar, o al menos controlar, su grado de corrupción. Incluso podemos advertir que la normativa en contratación pública ha tratado –de manera paulatina y sin mucho éxito– controlar el grado de corrupción que lamentablemente algunos árbitros han estado generando. No obstante nos preguntamos: ¿Es el único actor que el arbitraje debe regular cuando hablamos de corrupción?

Coloquémonos por un momento en el supuesto que una empresa privada logra obtener la buena pro de un determinado concurso público o licitación, pero a través de actos de corrupción de funcionarios. Ante este escenario, podríamos afirmar que estamos ante un contrato público que ha sido celebrado con «vicios de ilegalidad», entre dos agentes que han sido parte de un mismo acto: Corrupción.

Nos queda la duda entonces si esta empresa, quien ha obtenido un contrato con el Estado de manera ilícita, conserva el derecho de acudir a un tribunal arbitral para realizar cualquier reclamo derivado de dicho contrato; o por el contrario, pierde tal derecho considerando que su reclamo deviene de un acto revestido de corrupción (el contrato ilícito), y por lo tanto, corresponde al

Estado, a través de su Poder Judicial, pronunciarse sobre el particular al encontrarnos ante un hecho que vulneraría el orden público.

Esta teoría no es un invento de los autores, pues en el arbitraje internacional se practica la denominada «*Clean Hands Doctrine*» o «*Doctrina de las Manos Limpias*», cuyo desarrollo y posible aplicación al contexto nacional, será analizado en el presente trabajo. Es pertinente señalar que el análisis de la aplicación de esta doctrina no es un ejercicio meramente académico, puesto que hoy en día, en algunos arbitrajes con el Estado, entidades y empresas estatales están utilizando dicho argumento (invocando «*Clean Hands Doctrine*») para declarar la inarbitrabilidad de la materia por ser el reclamo contrario al orden público.

2. «*Clean hands doctrine*» o «doctrina de las manos limpias»

«*Clean Hands Doctrine*» o «Doctrina de las Manos Limpias» es una antigua teoría perteneciente al Derecho Internacional, bajo la cual un tribunal arbitral podría –discrecionalmente– negar la tutela arbitral a un demandante «*cuya conducta haya sido impropia en directa relación a la materia a arbitrase*»³. Sobre la base de ello, un tribunal podría expresamente «*negar asistencia al demandante que pretenda proteger cualquier derecho que éste haya podido adquirir o conservar a causa de su conducta arbitraria*»⁴.

En más de una ocasión, los tribunales internacionales han rechazado la admisión de demandas cuya materia arbitral –consideraban– se encontraba contaminada e infectada por la conducta ilegal (es decir, por actos corruptos y contrarios a la Ley) del(os) demandante(s), apoyándose en la aplicación de la denominada «Doctrina de las Manos Limpias», como un principio general del derecho internacional público.

Esta teoría deviene de un concepto considerablemente antiguo –originario del sistema jurídico del Derecho Anglosajón o *Common Law*– cuyo sentido se puede resumir en la siguiente frase: «*no habrán manos contaminadas que puedan tocar las puras fuentes de la justicia*»⁵. Es decir, el o los demandantes que pretendan solicitar la defensa de un derecho violentado o la

1 Véase: http://www.bbc.co.uk/pressoffice/pressreleases/stories/2010/12_december/09/corruption.shtml

2 <http://cpi.transparency.org/cpi2012/results/>

3 «*Diversion of Water from the Meuse*» (n 21) en 77 (opinión individual del Juez Hudson); *S&E Contractors, Inc. vs. Estados Unidos de América*, 92 S. Ct. 1411, 1419 (Suprema Corte de EE.UU. 1972) (EE.UU.) («*Patents obtained with unclean hands and contracts that are based on those patents are similarly tainted and will not be enforced*»).

4 «*International News Service vs. The Associated Press*», 248 U.S. 215 (Suprema Corte de los EE.UU. 1918) (EE.UU.).

5 «*Precedents of Pleading at Common Law*» o «*Precedentes Procesales en el Derecho Anglosajón*» (con anotaciones), compendio dirigido a los estudiantes de la Escuela de Derecho de la Universidad Nacional de Washington. Página 45. Autor: Profesor Charles A. Keigwing (Profesor de Derecho Anglosajón en la Universidad Nacional de Washington). Washington, 1910.

reparación un daño, deberán hacerlo ostentando conducta transparente o presentándose con las «*manos limpias*», pues, caso contrario, no cabría la protección o tutela⁶.

2.1 La «Doctrina de las Manos Limpias» y su aplicación en el Derecho Internacional

Tal como se señaló, la aplicación de la «*Doctrina de las Manos Limpias*» ha sido aplicada únicamente en determinadas ramas del Derecho, y adicional a ello, ha sido aplicada solo a nivel del Derecho Internacional, teniendo presencia sobre todo en materia de derecho de inversiones, derecho humanitario, derecho del mar y protección diplomática.

Podemos asumir entonces, de manera preliminar, que la aplicación de la teoría en cuestión solo podría tener real sentido en la medida que sean utilizadas dentro de las mencionadas ramas jurídicas y en un contexto internacional, en el cual las partes indefectiblemente deban: tener una relación interestatal (entre Estados), o involucrar la violación de derechos fundamentales, o la inobservancia de tratados internacionales. No obstante, ¿podría ser aplicada a un arbitraje dentro del marco de la contratación pública? Antes de contestar a esta pregunta, consideramos necesario desarrollar algunos ejemplos de la aplicación de la teoría de las «*manos limpias*» en algunas ramas del Derecho Internacional, a fin de entender su real naturaleza.

2.2 «Clean Hands Doctrine» en el Derecho de Inversiones

Según Federico Godoy:

«La corrupción debe ser analizada en la etapa de jurisdicción por aplicación de la «doctrina de las manos limpias»⁷, según la cual un sujeto no puede interponer un reclamo cuando ha cometido actos ilícitos con relación a su materia⁸. En virtud de ello, se considera que el inversor que ha cometido actos de corrupción pierde el derecho a aceptar el consentimiento al arbitraje otorgado anticipadamente por el Estado: Al no poder aceptar dicho consentimiento, no hay acuerdo arbitral ni arbitraje»⁹.

Si siguiendo este razonamiento, y en relación al Derecho de Inversiones, la aplicación de esta doctrina sería congruente únicamente con las particularidades que implica la formación del acuerdo arbitral en el arbitraje de inversiones, en cuyo ámbito el Estado realiza una oferta abierta de arbitraje a través de tratados o legislación interna, y el inversor la acepta al presentar su solicitud de arbitraje.

La «*Doctrina de las Manos Limpias*» es claramente aplicada en el caso ICC N° 1110 del año 1963, el cual surgió a raíz del reclamo planteado por un ingeniero argentino exigiendo el pago de las comisiones que había acordado con una empresa inglesa con oficinas en Buenos Aires, respecto de los contratos que eventualmente se le adjudicaran a ésta para la provisión de equipamiento para el suministro de energía eléctrica.

La demandada reconoció que había celebrado el acuerdo por las conexiones políticas y las influencias en círculos comerciales e industriales que poseía el actor¹⁰. El árbitro elegido para resolver este conflicto fue Gunnar Karl Lagergren, quien decidió examinar la cuestión referida a su propia jurisdicción sobre la materia, en tanto que consideraba que el contrato cuyo incumplimiento había motivado el reclamo era contrario a la moral.

En esa ocasión, Lagergren señaló que:

«El acuerdo celebrado entre las partes contemplaba el soborno de funcionarios argentinos con la finalidad de conseguir el negocio deseado», y que las comisiones a pagarse se utilizarían «en su mayor parte para el pago de sobornos.» Adicional a ello, indicó que ningún tribunal –fuera arbitral o judicial– podía entender un caso de estas características, debido a que «los contratos que implican una violación grave a la moral («bonos mores») y al orden público internacional son inválidos o al menos no pueden ejecutarse y, en consecuencia, tampoco pueden ser sancionados por jueces o árbitros»¹¹.

Es preciso señalar que, en relación a la decisión que tomó el árbitro Lagergren respecto al caso relatado, el laudo arbitral en cuestión generó muchos comentarios y principalmente críticas

6 Tanto así, que el más reciente «Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos» de 2001 no lo considera como uno de los requisitos para la procedencia del mecanismo (artículo 44). Disponible en la siguiente dirección web: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/478/00/PDF/N0147800.pdf?OpenElement>.

7 CREMADES, Bernardo, «Corruption and Investment Arbitration», en *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*, Liber Amicorum in honour of Robert Briner, ICC Publication, 2005, página 216.

8 Rahim Moloo, A comment on the clean hands doctrine in International Law, TDM 1 (2011), página 1.

9 GODOY, Federico, «BA Arbitration Review». Edición N° II - Junio 2013, titulada «El Tratamiento de las Denuncias de Corrupción en el Marco del Arbitraje de Inversiones Extranjeras».

10 J. Gillis Wetter, «Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals; The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case N° 1110» (1994) Vol. 10, N° 4 *Arbitration International*, página 227.

11 J. Gillis Wetter, «Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals; The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case N° 1110» (1994) Vol. 10, N° 4 *Arbitration International*, página 294.

12 *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje* N° 01 – 2015, página 11.

durante todos estos años, debido a que, en primer lugar, se consideró que no aplicó correctamente el principio de separabilidad de la cláusula arbitral –el cual establece que todo convenio arbitral que forme parte de un contrato principal, se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo¹²–. En suma, los comentaristas del tema sugirieron que Legergren se había equivocado en interpretar y aplicar el principio de separabilidad en mención, pues consideró que la aplicación de dicho principio no era viable en materia de arbitraje de inversiones¹³.

No obstante, y a pesar de lo señalado por algunos juristas, es preciso resaltar que la «*Doctrina de las Manos Limpias*» ha tenido muy poca utilización en el arbitraje de inversiones, al menos expresamente. De hecho, su aplicación en derecho internacional ha sido poco frecuente y ha recibido numerosos cuestionamientos¹⁴.

2.3 «*Clean Hands Doctrine*» en relación con la Protección Diplomática

En el contexto de la protección diplomática, la «*Doctrina de las Manos Limpias*» es invocada a fin de limitar a un Estado de ejercer protección diplomática en el supuesto en el cual, la persona natural del Estado en mención a la cual busca proteger, hubiese sufrido algún tipo de perjuicio ocasionado por la inapropiada conducta del particular¹⁵.

Siguiendo el razonamiento del profesor John Dugard, es importante señalar que el vago concepto de «*Manos Limpias*» no era muy diferente al principio general de la buena fe en el contexto de relaciones entre Estados, en tanto que, en primer lugar, no tenía consecuencias autónomas y, adicional a ello, tenía un efecto muy poco práctico en el marco de las reglas generales de responsabilidad internacional. Sin embargo, en el contexto de la protección diplomática –la cual involucraba relaciones entre Estados y particulares–, el concepto cobró funcionalidad, en tanto que, frente a la ausencia de las denominadas «*manos limpias*», el ejercicio de la protección diplomática se veía paralizada.

Por ello, en el supuesto en el cual un particular que gozaba de protección diplomática violara, ya sea el derecho local del Estado protector –y es preciso resaltar que el derecho local no jugaba ningún rol en lo absoluto en casos que involucraran relaciones entre Estados– o el derecho internacional, entonces el particular ya no podía recurrir al Estado protector, situándonos en el contexto de una demanda¹⁶.

Por su parte, el profesor John Dugard considera que, en caso la «*Doctrina de las Manos Limpias*» fuese efectivamente aplicable a las demandas relacionadas a protección diplomática, podría dar la impresión de que esta doctrina sea más apropiada para ser invocada durante la etapa de pruebas, en tanto que guarda relación con algunas figuras destinadas a la atenuación o exoneración de responsabilidad más que como un requerimiento de admisibilidad¹⁷.

No obstante, en el contexto diplomático la «*Doctrina de las Manos Limpias*» también ha generado algunos cuestionamientos. Por ejemplo, la Comisión Internacional de Derecho de la Asamblea de las Naciones Unidas también se ha pronunciado a través del Segundo Informe de Responsabilidad Estatal, correspondiente a la Sesión N° 51 de la Comisión, mediante la cual el profesor James Crawford señala que, aún dentro del contexto de la protección diplomática, para las autoridades que apoyan la existencia de la doctrina de las «*Manos Limpias*», sea como una causal de admisibilidad o de algún otro modo, ésta se encuentra –citando a J.J. A. Salmon¹⁸– «difusa y dividida».

Siendo así, y por los motivos ya expuestos, el Profesor Crawford considera que no existe sustento suficiente para considerar a la doctrina de las «*Manos Limpias*» como una nueva «*figura que limite la ilicitud*», siendo completamente distinta de la figura del «*exceptio*» u otras contramedidas similares. En concordancia con las afirmaciones del profesor Crawford, la conclusión a la que llegó Charles Rousseau –en su libro titulado «Derecho Público Internacional»– continúa siendo válida, siendo la siguiente: «*no es posible considerar a la teoría de las 'manos limpias' como una institución general de derecho consuetudinario*»¹⁹.

13 Jason Webb Yackee, *Investment treaties and investor corruption: an emerging defense for host states*, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52:723, páginas 728 y 729.

14 Véase las consideraciones vertidas respecto de esta doctrina por el Tribunal Arbitral de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar a fin de resolver una disputa entre Guyana y Surinam, laudo del 17 de septiembre de 2007, párrafo 417 y siguientes. Disponible en la siguiente dirección web: <http://www.pca-cpa.org/upload/files/Guyana-Suriname%20Award.pdf>

15 «Sexto Informe de Protección Diplomática» - GAOR - Sesión N° 57 - 2005 A/CN.4/546 de la Comisión Internacional de Derecho de las Naciones Unidas. Publicado el 11 agosto de 2004. Autor: Profesor Christopher John Dugard.

16 Ver «Yearbook ...2004», volumen I, 2793era. reunión, párrafo 5.5.

17 «Sexto Informe de Protección Diplomática» - GAOR - Sesión N° 57 - 2005 A/CN.4/546 de la Comisión Internacional de Derecho de las Naciones Unidas. Publicado el 11 agosto de 2004. Autor: Profesor Christopher John Dugard. Página 05.

18 J. J. A. Salmon, «Des 'mains propres' comme condition de recevabilité des réclamations internationales», *Annuaire français de droit international*, vol. 10, año 1965, páginas 225 a la 249.

19 ROUSSEAU, Charles, «Droit international public», Tomo V, «Les rapports conflictuels», 5ta. Edición (Paris, Sirey, 654 1983), Página 177.

En vista de los argumentos expresados en la doctrina en materia de protección diplomática –en especial en base a los juicios de Salmon y Rousseau–, se observa que la comunidad internacional no ha adoptado una posición clara frente a la doctrina de «*Clean Hands*» en materia de protección diplomática; por el contrario, no hay fuentes realmente concluyentes y las que existen son bastante antiguas (los pasajes citados por Salmon datan del siglo XIX²⁰) e inciertas.

2.4 Orígenes de la teoría de «*Clean Hands*» y su relación con otras figuras similares

Tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional han establecido que la teoría de «*Clean Hands*» data del siglo XIX, proveniente del Derecho Anglosajón o *Common Law*. En tal sentido, entendemos que aunque constituye una doctrina bastante antigua, no ha sido frecuentemente utilizada y no tiene gran aceptación entre la comunidad jurídica internacional; no obstante, de manera adicional a sus orígenes en el Derecho Internacional, guarda relación con otras instituciones jurídicas, las cuales, aunque originadas en distintas fechas y latitudes, representan una evolución.

A propósito de la relación de la «*Clean Hands Doctrine*» con otras figuras de su mismo género, la Dra. Mariana Bernal señala que el «*Deber de Coherencia*» se manifiesta a través de una serie de figuras, tales como: la Doctrina de los Actos Propios, el Estoppel, la Doctrina de Clean Hands, la *Verwirkung*, y el Deber de Coherencia propiamente dicho, siendo que todas comparten un fundamento en común: la buena fe y la confianza legítima.

Sobre el particular, es importante precisar que aunque todas estas instituciones comparten fundamentos y propósitos similares, responden a las particularidades de sus propios ordenamientos y respectivas latitudes (*Common Law*, Derecho Alemán, Derecho Francés)²¹. De esta manera, podemos observar como la teoría de las Manos Limpias viene a ser una manifestación del deber de coherencia, en el sentido en que se fundamenta en la buena fe.

2.5 La Teoría de «*Clean Hands*» y su estrecha relación con la Doctrina de los Actos Propios y el Estoppel

Tal como se ha señalado, la teoría de «*Manos Limpias*», la doctrina de los Actos Propios, y el Estoppel, se encuentran fundamentadas en el principio general de la Buena Fe y el Deber de Coherencia, por lo que la jurisprudencia internacional se ha pronunciado frente a la relación existente entre dichas instituciones jurídicas. Por su parte, la jurisprudencia argentina ha tenido a bien interpretar la doctrina de los Actos Propios como doctrina constitutiva y continuadora de la antigua teoría de «*Clean Hands*», en el sentido de que esta última prohíbe a una de las partes ir en contra de los actos o de la línea de conducta que ha venido mostrando, a fin de asegurar la vigencia de la buena fe en ejercicio de todo derecho^{22/23}.

Como podemos advertir, la doctrina de los Actos Propios (la cual, a su vez, nació de la figura anglosajona del Estoppel) fue originada en base a la antigua teoría de «*Clean Hands*»; siendo que todos estos conceptos comparten los fundamentos de la Buena Fe y el Deber de Coherencia y han sido aplicados de distintas formas a lo largo de los años, en el contexto del derecho internacional.

2.6 Pronunciamientos de la Jurisprudencia Internacional en Arbitraje

Si bien es cierto que la jurisprudencia arbitral internacional no ha utilizado la «*Doctrina de las Manos Limpias*» con frecuencia, sí podemos señalar que muchos de los laudos existentes han precisado de manera clara que no existe suficiente doctrina ni jurisprudencia acerca de esta teoría que realmente pueda sustentar y apoyar su utilización. Es así que, a través del Laudo Arbitral correspondiente al Proceso Arbitral entre el Estado de *Guyana* y *el Estado de Surinam*²⁴, la Corte Permanente de Arbitraje señaló que no ha sido elaborada una definición generalmente aceptada respecto a la «*Doctrina de las Manos Limpias*» en materia de derecho internacional.

En efecto, de acuerdo a los Comentarios de los Artículos Preliminares elaborados por dicha Corte,

20 J. J. A. Salmon, «Des 'mains propres' comme condition de recevabilité des réclamations internationales», *Annuaire français de droit international*, vol. 10, año 1965.

21 «El Deber de Coherencia en el Derecho Colombiano de los Contratos», Mariana Bernal Fandiño, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, Mayo 2013 (1era. edición), página 13.

22 CNCiv., Sala A, E.D. 114-553. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la República de Argentina, Sala A, E.D. 114-553.

23 Pertenece la obra titulada «Intervención de Terceros y Tercerías - Doctrina y Jurisprudencia», dirigida por la Dra. Angelina Ferreyra de la Rúa, AA.VV, 1ra. edición, mayo 2011, Ed. Advocatus, p. 65, ISBN 978-987-551-186-6.

24 «Laudo Arbitral correspondiente al Proceso Arbitral entre el Estado de Guyana y el Estado de Surinam resuelto por la Corte Permanente de Arbitraje», 17 de setiembre de 2007, disponible en la siguiente dirección web: <http://www.pca-cpa.org/upload/files/Guyana-Suriname%20Award.pdf>

en materia Responsabilidad Estatal, reconocen que la doctrina ha sido escasamente aplicada²⁵, y cuando alguna parte la ha invocado, ha sido expresada y utilizada de maneras muy diversas. En numerosas ocasiones, la ICJ (Corte Internacional de Justicia) ha rechazado siquiera tomar en consideración la aplicación de esta doctrina²⁶, y jamás se ha basado en ella para denegar la admisibilidad de una demanda o una restitución.

De igual modo, en relación con el caso arbitral llevado a cabo entre *la República Democrática del Congo vs. Bélgica*, aunque el árbitro Van den Wyngaert indicó que la República del Congo no había solicitado el arbitraje en condición de «*manos limpias*», es importante precisar que el fallo que Van den Wyngaert, mediante el cual aplicó la doctrina de «*Clean Hands*», no tenía un carácter siquiera dispositivo, en tanto que apenas fue incluido en el argumento de Van den Wyngaert sobre inmunidad en materia de derecho internacional, además de que dicho argumento no incluía delitos de guerra o delitos de lesa humanidad.

En ese orden de ideas, se extrae de ambos laudos que la «*Doctrina de las Manos Limpias*» no fue utilizada ni como un límite a la admisibilidad de la demanda interpuesta por la República del Congo, ni como motivo suficiente para negar la restitución que solicitaban. Este tipo de casos señalan que el uso de la doctrina de Manos Limpias ha sido bastante escaso, y su aplicación en las instancias en las cuales fue invocada, ha sido inconsistente²⁷.

3. La posible aplicación de «*Clean Hands Doctrine*» al arbitraje en contratación pública

Desarrollada esta interesante doctrina aplicada al ámbito del arbitraje internacional, analizaremos si en nuestro contexto nacional resulta procedente su aplicación, y sobre todo, si es que colisiona con la regulación arbitral que existe actualmente en nuestro país.

En primer lugar, debemos tener en claro que la «*Clean Hands Doctrine*» parte de declarar la inarbitrabilidad de la materia a partir de delitos de corrupción debidamente acreditados, y no ante presunciones o investigaciones. Siendo ello así, en

el supuesto que se pretenda aplicar dicha doctrina a un arbitraje en contratación pública, somos de la opinión que el tribunal arbitral debería analizar en primer lugar si estamos ante actos de corrupción debidamente comprobados.

Consideramos que pretender que un tribunal arbitral se declare incompetente o declare la no arbitrabilidad de la controversia en base a presunciones, iría en contra de lo pactado por las partes, es decir, del convenio arbitral, mediante el cual las partes han otorgado competencia al tribunal arbitral para resolver cualquier controversia patrimonial. Ello sin dejar de mencionar que declarar la no arbitrabilidad de la controversia en base a presuntos delitos de corrupción, iría también en contra de la presunción de inocencia. Por ello, la aplicación de esta doctrina debe ser tratada con sumo cuidado.

Debemos tomar en cuenta que las pocas veces que se ha aplicado la «*Clean Hands Doctrine*» en el ámbito internacional, ha sido aplicada cuando las partes han declarado expresamente que han cometido delitos de corrupción, es decir, existía una real certeza de la comisión de un delito.

En segundo lugar, consideramos que la «*Clean Hands Doctrine*» colisiona con un concepto básico en el arbitraje: La separabilidad del convenio arbitral. En efecto, el numeral 2 del artículo 41° del Decreto Legislativo N° 1071, señala que:

«El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral.»

Como se puede apreciar, el convenio arbitral es un acuerdo independiente del contrato y,

25 CRAWFORD, James, «The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries», página 162 (2002).

26 «Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion», I.C.J. Reports 2004, página 136, párrafo 63; «Oil Platforms (República Islámica de Irán vs. Estados Unidos de América)», Judgment, I.C.J. Reports 2003, página 161, párrafo 100; «Legality of Use of Force (Serbia y Montenegro vs. Bélgica)», Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2004, p. 279; in this case Belgium raised the question of clean hands in its preliminary objections (Preliminary Objections of the Kingdom of Belgium, Legality of Use of Force (Serbia y Montenegro vs. Bélgica), (5 July 2000), available at <http://www.icj.org/docket/files/105/8340.pdf>), but the Court did not address the argument in its judgment.

27 Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v. Belgium), Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, at para. 35 (Dissenting Opinion of Judge ad hoc Van den Wyngaert).

por lo tanto, cualquier cuestionamiento sobre la validez del mismo sea en su formación o en su ejecución, no implica la invalidez del convenio arbitral. Este argumento es quizá la principal contradicción en que incurre la «*Clean Hands Doctrine*», y así también lo advierte la doctrina internacional. Ello se pudo advertir al comentar la actuación del árbitro Legergren, quien fue duramente criticado por declarar la inarbitrabilidad de la materia por estar ante un contrato que implicaba una violación a la moral y al orden público (lo que lo tornaba inválido). Consideramos que dicho juicio no debería guardar relación con la posibilidad de poder someter la disputa a arbitraje, y nuestra ley de arbitraje peruana va en ese sentido.

4. Reflexiones finales

Dado el creciente desarrollo del arbitraje en nuestro país, y sobre todo la especialización internacional de los practicantes del arbitraje que enriquece el litigio arbitral, en más de una ocasión se ha tratado, a veces con éxito, a veces no, de introducir figuras y conceptos del arbitraje internacional al ámbito local lo cual no siempre resulta del todo eficiente.

Por ejemplo, hace unos años nos parecía algo novedoso la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias cuya práctica se encontraba dentro del contexto internacional, lo cual con el tiempo se volvió una regla positiva y que se encuentra plasmada en el artículo 14° de nuestra Ley de Arbitraje, hoy práctica común y que resulta eficiente aplicarla, sin duda.

No obstante la importación de figuras del arbitraje internacional como «*Clean Hands Doctrine*», no siempre resultarán eficientes para el sistema arbitral peruano, pues pueden, e incluso lo hacen, colisionar con conceptos básicos y prácticos en el arbitraje que no generan un avance para el arbitraje nacional.

Somos de la opinión que la importación de conceptos y prácticas del arbitraje internacional a nuestro país resultará positivo, siempre y cuando sea aplicado correctamente a nuestra realidad normativa y a la lógica de un arbitraje local, cuyas características, en varias aristas, son distintas a un arbitraje internacional (sea de inversión o comercial). Esta tarea está encomendada a quienes practican el arbitraje en el país, quienes deben apuntar, siempre, a colaborar que esta institución se fortalezca positivamente. ☒