JUAN PABLO GÓMEZ-MORENO*

ISSN 2665-2714

Ilegalidad en el arbitraje de inversión: la importancia de una carga de prueba flexible

DOI: http://dx.doi.org/10.19053/26652714.05.01

Resumen

En este artículo se aborda el tema de la prueba de la ilegalidad en el arbitraje de inversión y si los tribunales arbitrales deberían modificar la carga de la prueba en casos de alegaciones de ilegalidad. Aunque varios tribunales lo han planteado, aún no hay consenso sobre cómo tratar estas alegaciones. La dificultad para probar la ilegalidad es el mayor obstáculo para los Estados que alegan la comisión de un ilícito. En este sentido, en este artículo se propone que los tribunales arbitrales deben flexibilizar la carga de la prueba en casos de alegaciones de ilegalidad, para lo cual se busca delimitar el significado y alcance de estas ilegalidades, realizar un breve recuento de la aproximación de los tribunales arbitrales a esta cuestión y discutir en detalle la importancia de buscar alternativas probatorias especialmente en casos con alegaciones de ilegalidad.

Palabras clave

Ilegalidad, corrupción, arbitraje de inversión, carga de la prueba, flexibilidad probatoria.

* Abogado y filósofo de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia). Egresado de la Especialización en Derecho de los Negocios Internacionales y la Maestría en Derecho Privado de la misma institución. Actualmente, asociado en Adell & Merizalde, donde trabajo temas de arbitraje internacional comercial y de inversión; profesor de cátedra en la Universidad de los Andes y la Universidad El Bosque. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-8224-3852. Correo: jp.gomez1102@gmail.com.

Agradezco muy especialmente a quienes contribuyeron, con su paciencia y crítica constructiva, a lograr la mejor versión de este escrito. Cualquier error o imprecisión es enteramente mío. En particular, quiero agradecer a mi director de tesis en la Maestría en Derecho Privado de la Universidad de los Andes, el Dr. Juan Felipe Merizalde, y a quienes amablemente fueron jurados de este trabajo: los Dres. Alfredo Fuentes y Juan Carlos Varón.

ANUARIO DE DERECHO PRIVADO 05 – Universidad de los Andes – Facultad de Derecho – pp. 5-37 – DOI: http://dx.doi.org/10.19053/26652714.05.01

Illegalities in investment arbitration: the importance of a flexible burden of proof

Abstract

This article addresses the issue of proof of illegality in investment arbitration and whether arbitral tribunals should modify the burden of proof in cases of illegality allegations. Although several arbitral tribunals have dealt with this issue, there is still no consensus on how to treat these allegations. The difficulty of proving illegality is the biggest obstacle for states alleging the commission of an unlawful act. In this sense, this article proposes that arbitral tribunals should relax the burden of proof in cases of illegality allegations, for which it seeks to delimit the meaning and scope of these illegalities, provide a brief account of the approach taken by arbitral tribunals to this issue, and discuss in detail the importance of seeking evidentiary alternatives, especially in cases involving illegality allegations.

Keywords

Illegality, corruption, investment arbitration, burden of proof, probative flexibility.

Introducción

El problema de la ilegalidad es hoy una de las mayores preocupaciones de los Estados y de la comunidad internacional[1]. La corrupción y otras formas de actividad ilícita no sólo ponen en riesgo la legitimidad de las instituciones públicas, sino que se han convertido en uno de los peores obstáculos del desarrollo social y económico[2]. Adicionalmente, cada día, las prácticas ilegales se hacen más sofisticadas y resultan más difíciles de identificar y combatir desde la política pública[3].

Como respuesta a estos problemas, en las últimas décadas se han negociado varios instrumentos para combatir estas ilegalidades[4]. A raíz de estos fenómenos, la lucha contra la corrupción se ha vuelto un tema obligatorio en las agendas de discusión del derecho internacional, donde cada vez son más las preguntas y debates sobre cómo esta rama puede (o debe) hacer frente a este flagelo.

En este contexto, desde la primera década de este siglo los debates sobre la corrupción han tenido especial importancia en el arbitraje de inversión[5]. Estos debates se avivaron cuando los Estados demandados por supuestas violaciones a tratados bilaterales de inversión (TBI) comenzaron a argumentar, a manera de defensa, la comisión de actos ilícitos por parte de los inversionistas, que privarían a estos últimos de su derecho a recibir las protecciones sustantivas de estos acuerdos[6].

Ahora bien, como lo indica Llamzon[7], aunque desde 1959 se han suscrito más de 3.000 TBI, ninguno trata explícitamente estas cuestiones, lo que explica la falta de pautas claras para lidiar con estos asuntos, especialmente desde la perspectiva probatoria. Sin embargo, autores como Douglas[8] sostienen que este es un tema de gran relevancia en los últimos años, ya que, como se indicó, varios Estados han alegado esta defensa y varios tribunales han tenido que pronunciarse al respecto.

1 Ionescu, "The Construction of Corruption".

2 *Ibid.*

3 Jain, "Corruption: A Review".

4 El ejemplo más notorio es la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) y sus subsiguientes protocolos sobre trata de personas, contrabando de migrantes y tráfico de armas de fuego.

5 Sayed, *Corruption in International Trade Law*.

6 Halpern, "Corruption as a Complete Defense".

7 Llamzon, *Corruption in International Investment Arbitration*.

8 Douglas, "The Plea of Illegality in Investment Treaty Arbitration".

Estudiar cada arista de este problema supondría una investigación muy amplia, ya que son varias las preguntas que surgen con respecto a la relación entre la ilegalidad y el arbitraje de inversión. Algunas de las cuestiones que emergen de esta dicotomía son: la carga de la prueba, el estándar de la prueba y la jurisdicción del tribunal. Con el objetivo de agotar, al menos en parte, esta agenda de investigación, este artículo es el primero de varios productos académicos que buscan responder, entre otras, las siguientes preguntas:

i) *¿A qué parte le corresponde probar la ilegalidad y contra quién debe interpretarse la falta de prueba sobre esta? –* ***Carga de la prueba***.
ii) *¿Cuál es el estándar que debe cumplir una parte para demostrar que existió un evento de ilegalidad? –* ***Estándar de la prueba***.
iii) *¿Cuál es la consecuencia jurídica que deben implementar los tribunales cuando se ha probado una ilegalidad? –* ***Jurisdicción del tribunal***.

Aunque varios tribunales arbitrales se han pronunciado sobre este tema, aún no existe unidad de criterio sobre el tratamiento que debe darse a este tipo de alegaciones[9]. El hecho de que la ilegalidad sea una de las mayores preocupaciones de la comunidad internacional implica que el arbitraje de inversión no puede ignorar este problema. Las consecuencias de estas conductas justifican medidas para sancionarlas y prevenir que sus autores se beneficien del derecho internacional. No obstante, al revisar el historial de controversias con alegaciones de este tipo, sorprende ver que, en la inmensa mayoría de casos, las alegaciones de ilegalidad han fracasado.

Una lectura juiciosa de estas decisiones permite confirmar que el mayor obstáculo al que se enfrentan los Estados a la hora de alegar la comisión de un ilícito es la dificultad de probar estos hechos. Ante esta realidad, en este artículo se analiza la carga de la prueba y, concretamente, si un tribunal de inversión "debe" modificar el *onus probandi* en casos de ilegalidad, y se propone una respuesta afirmativa: los tribunales arbitrales deben flexibilizar el *onus probandi* entre las partes cuando se trate de la prueba de ilegalidades.

Para lograr este cometido, en la sección I se discutirá brevemente el contexto de la problemática estudiada y algunos conceptos fundamentales para esta investigación, tales como una descripción de las principales ilegalidades en arbitraje de inversión, la carga de la prueba y algunas de las alternativas procesales mediante

9 Kendra y Bonini, "Dealing with Corruption Allegations".

ANUARIO DE DERECHO PRIVADO 05 – Universidad de los Andes – Facultad de Derecho – pp. 5-37 – DOI: http://dx.doi.org/10.19053/26652714.05.01

las cuales se puede flexibilizar su prueba. Posteriormente, en la sección II, se explicará cuál ha sido la aproximación de los tribunales arbitrales a la flexibilización de la carga de la prueba en estos casos. Por último, en la sección III, se justificará por qué la flexibilización de la carga de la prueba es necesaria en el contexto del arbitraje de inversión y, sobre todo, en los casos en los que las partes han hecho alegaciones de ilegalidad.

Antes de proceder con la parte sustancial de este ensayo, es importante agregar una precisión metodológica. El lector debe tener en cuenta que, si bien en este artículo se sugiere una flexibilización de la carga de la prueba, no se centra en el método para llevar a cabo esta propuesta, lo cual será objeto de una publicación posterior. Por el contrario, el objetivo principal de este escrito es establecer los fundamentos que justifican adoptar esta posición.

I. Ilegalidades, carga de la prueba y su flexibilización

1. Delimitando el concepto de "ilegalidades" en el arbitraje de inversión

Esta subsección tiene por objeto explicar qué son y en qué consisten las alegaciones de ilegalidad en las controversias inversionista-Estado (*Investor-state dispute settlement* –ISDS). Como lo explica Kreindler[10], una ilegalidad puede referirse a distintas hipótesis, entre las cuales encontramos el pago de sobornos, las falsificaciones, el fraude y el lavado de activos. A diferencia de la literatura mayoritaria, en este artículo se considera que referirse exclusivamente a "corrupción" sería inapropiado, ya que puede haber prácticas ilegales distintas a las tradicionalmente catalogadas como corrupción. Además, sería un error tener una lista cerrada de temas considerados como "ilegalidades", pues este tipo de actos pueden cambiar en el tiempo, por lo que mantener una definición general, en lugar de un listado *numerus clausus*, resulta preferible.

Para ofrecer mayor contexto sobre estas ilegalidades, es pertinente aclarar en qué consisten algunas de ellas. Como se verá más adelante, en los casos aquí discutidos, el pago de sobornos es la ilegalidad más común, mediante beneficios como comisiones o regalos con el objetivo de obtener una ventaja indebida[11]. Las

10 Kreindler, *Competence-Competence in the Face of Illegality*.

11 Rose-Ackerman, "Bribes and Gifts".

falsificaciones y el fraude se refieren a la alteración ilícita de documentos o los actos de engaño como la entrega de información falsa o su ocultamiento[12]. Por ejemplo, en *Inceysa c. El Salvador*[13], el tribunal encontró que el inversionista había presentado información falsa a las autoridades locales para resultar victorioso en una licitación. Por último, una modalidad todavía más novedosa es el lavado de activos, que consiste en utilizar una supuesta inversión extranjera para este tipo de gestiones prohibidas[14].

Adicionalmente, resulta adecuado dar un breve contexto sobre la forma en que operan estas alegaciones. En los arbitrajes propios del ISDS, el Estado actúa como la parte demandada y uno o más inversionistas extranjeros como parte demandante[15]. En el pasado, los Estados han usado como defensa la supuesta comisión de ilegalidades para argumentar que, como estos comportamientos están excluidos de la esfera de protección del sistema, el tribunal no tiene jurisdicción o los reclamos del inversionista son inadmisibles[16]. Por ejemplo, el Estado puede alegar que, si los contratos objeto de la inversión fueron obtenidos a través de un soborno a las autoridades, las expectativas del inversionista no pueden ser protegidas porque obtuvo dicho contrato de forma ilegal. Lo fundamental aquí es comprender que, de ser probadas, las alegaciones de ilegalidad tienen por efecto privar al tribunal de jurisdicción para conocer los reclamos de los inversionistas[17].

Este artículo se ocupa, principalmente, de casos en los que la alegación de ilegalidad es planteada por el Estado. Sin embargo, esto no quiere decir que, en estos casos, los Estados no puedan también estar involucrados en conductas ilegales, las cuales, cuando se concretan, son bilaterales[18]. Para estudiar esta problemática es importante considerar, por ejemplo, la incidencia del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional (ARSIWA, por sus siglas en inglés). Aunque los ARSIWA no son un tratado formal, tienen un estatus reconocido como autoridad en el contexto del derecho internacional público[19]. Adicionalmente, los

12 Kalubanga *et al.*, "The Effects of Fraudulent Procurement Practices".

13 Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, Award, 2 Aug 2006.

14 Dragoş, "The Concept of Money Laundering".

15 Toral y Schultz, "The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration?

16 Douglas, "The plea of illegality in investment treaty arbitration".

17 Bulovsky, "Promises Unfulfilled".

18 *Ibid.*

19 Bordin, "Reflections of Customary International Law".

ANUARIO DE DERECHO PRIVADO 05 – Universidad de los Andes – Facultad de Derecho – pp. 5-37 – DOI: http://dx.doi.org/10.19053/26652714.05.01

ARSIWA resultan pertinentes para investigaciones sobre la conducta ilícita del Estado, toda vez que, por una parte, regulan este tipo de comportamientos en el marco del derecho internacional y, por otra parte, son de frecuente aplicación en el arbitraje de inversión[20].

Algunos tribunales se han manifestado en contra de la aplicación de los ARSIWA para analizar conductas ilegales de un Estado en arbitrajes de inversión, pues el propio artículo 33 de este instrumento excluye de su ámbito de aplicación la responsabilidad frente a sujetos distintos a otro Estado, como puede ser el caso de un inversionista[21]. A pesar de lo anterior, y como lo ha destacado Crawford, los tribunales de inversión tienden a aplicar los ARSIWA sin sustanciar en detalle la relación entre el contenido de estos y las circunstancias de cada caso[22]. Por otra parte, los árbitros podrán considerar en cada caso si, dado el lenguaje particular del TBI en cuestión, es posible aplicar de alguna manera los ARSIWA, como ha ocurrido en arbitrajes pasados, aunque por cuestiones diferentes[23]. En otras palabras, aunque la aplicación de este instrumento pueda no ser la alternativa más técnica para analizar conductas ilícitas de los Estados en casos de inversión, su aplicación en tales circunstancias no debe descartarse.

2. Significado e implicaciones de la carga de la prueba

La "carga de la prueba", en palabras de Skontzos[24], se refiere a la parte que debe probar un hecho alegado. Esto implica que, ante la falta de prueba sobre un hecho alegado, el tribunal decidirá contra la parte que tenía la carga de la prueba[25]. La carga de la prueba tiene, por consiguiente, dos funciones: definir qué parte debe probar un hecho y en contra de quién se tiene la falta de evidencia sobre este[26]. Al respecto se ha afirmado que, en la medida que el *onus probandi* asigna el riesgo respecto de las reclamaciones que no sean demostradas, la parte que evite tener la carga de la prueba está en una mejor posición de recibir una decisión favorable[27].

20 Crawford, "Investment Arbitration and the ILC Articles".

21 Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/14.

22 Crawford y Baetens, "The ILC Articles on State Responsibility".

23 CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8.

24 Skontzos, "The Burden and Standard of Proof".

25 *Ibid.*; Parra, *Manual de Derecho Probatorio.*

26 Rizzo, "Burden of Proof and Adverse Inferences".

27 Fitzmaurice, The Law and Procedure of the International Court of Justice, 576.

Así, la carga de la prueba es todavía más relevante en los casos en los que la evidencia es difícil de obtener, contradictoria, incompleta o inconcluyente[28].

Las implicaciones procesales de la carga de la prueba para la decisión de un caso aparecen en las distintas decisiones de los tribunales y cortes internacionales. En el caso *Gabcikovo-Nagymaros*[29], en el que Hungría argumentó que la necesidad medioambiental justificaba sus medidas respecto del incumplimiento de un tratado con Eslovaquia para la construcción de un proyecto en el río Danubio, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) desestimó esta defensa al considerar que las pruebas aportadas aún eran objeto de revisión científica y no tenían hallazgos concluyentes[30]. Igualmente, en el caso *Pulp Mills*[31], la CIJ falló en contra de Argentina debido a que esta no había presentado suficientes pruebas de que ciertas plantas de celulosa producidas en Uruguay tuvieran efectos dañinos[32].

3. Flexibilización de la carga de la prueba

Resulta útil compartir algunas consideraciones sobre cómo podría implementarse la flexibilización del *onus probandi* en los casos de inversión. En este escrito se presentan varias opciones para la consideración del lector. Por flexibilidad probatoria debemos entender la distribución o aplicación de la carga de la prueba de una manera distinta al principio *actori incumbit probatio*.

Hecha esta precisión, una primera posibilidad es la teoría de la evidencia *prima facie* o "a primera vista". Según esta teoría, si una parte que tiene la carga de la prueba logra establecer un hecho con cierto nivel de certeza, se considera que la prueba es suficiente para generar una presunción que queda en firme hasta tanto no sea refutada por la otra parte[33].

La segunda alternativa consiste en las presunciones o inferencias. Como lo explican Cross y Tapper[34], estos conceptos designan situaciones en las que un hecho se considera probado sobre la base de otro hecho que fue acreditado. Este

28 Pauwelyn, "Evidence, Proof and Persuasion".

29 *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia);* Merits, International Court of Justice (ICJ), 25 September 1997.

30 *Ibid.*

31 *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*; Merits, International Court of Justice (ICJ), 20 April 2010.

32 *Ibid.*, párrs. 264-265.

33 Georg. "The Meaning of the Term 'Prima Facie'", 394.

34 Tapper y Cross, *Cross and Tapper on Evidence,* 146.

mecanismo representa un caso especial, ya que el tribunal no decide sobre la base de pruebas concluyentes, sino que se apoya en evidencia circunstancial para tener por probados hechos que no cuentan con una prueba directa.

La tercera alternativa es la inversión de la carga de la prueba. Esto ocurre cuando, por virtud de una ley positiva o el mandato de un adjudicador[35], se cambia la regla general de *onus probandi*, de modo que no corresponde probar a la parte que alega sino a la parte que se opone a la alegación[36]. Esta es una alternativa desarrollada en el derecho probatorio moderno y que, hoy por hoy, es común en sistemas tanto de derecho civil como anglosajón.

II. Actitud de los tribunales ante la flexibilización

Como lo indican Redfern *et al.*[37], los instrumentos de arbitraje internacional, como los tratados y las reglas que regulan el procedimiento, no incluyen disposiciones expresas sobre la carga de la prueba. La excepción es el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) que, en su artículo 27(1), indica que "cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en los que se base para fundar sus acciones o defensas". Este vacío regulatorio resulta en que la carga de la prueba que los tribunales internacionales aplican por defecto sea la que sigue el principio *actori incumbit probatio*¸ según el cual la parte que afirma un hecho debe aportar las pruebas que soporten su alegación[38].

Sobre este punto, existe una larga tradición de respeto al principio general *actori incumbit probatio* o "el que alega debe probar". Como lo muestra Piquer[39], este principio se puede rastrear hasta el derecho romano y medieval en reglas del *Digesto* y los Fueros de Valencia, y ha sido replicado desde entonces en sistemas tanto de derecho continental como anglosajón[40]. De ahí que su aplicación se

35 Giannini, "New Insights on the 'Dynamic Burden of Proof' Doctrine".

36 Fernández López, *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*, 117.

37 Redfern *et al.*, "The Standards and Burden of Proof".

38 Carreteiro, "Burden and Standard of Proof in International Arbitration".

39 Piquer Mari, "A Study on the Structural Survival of the Criteria That Make up the Onus Probandi", 661.

40 Amerasinghe, "The Principle *Actori Incumbit Onus Probandi*".

extienda también al derecho internacional. Según Taruffo[41] y Alsina[42], esta regla obedece a sistemas dispositivos de la prueba, que se oponen a los sistemas inquisitivos, y en los que se considera que las partes deben ser quienes dan inicio, impulsan y llevan a la culminación del proceso, incluida la presentación de sus pruebas.

La mayoría de los tribunales de arbitraje internacional siguen el principio *actori incumbit probatio* al pie de la letra[43]. De hecho, según autores como Waincymer[44], muchos consideran que la carga de la prueba es estática[45]. Esta interpretación corresponde al concepto de derecho romano, según el cual las partes tenían la carga de probar sus respectivos reclamos y defensas porque eran "actores" (*actori*) de sus propias reclamaciones, es decir, tenían que "hacer" (*agere*) todo lo relacionado con sus pruebas[46]. Para otros, la carga de la prueba estática es importante porque incentiva a las partes a no hacer afirmaciones temerarias y, por el contrario, aportar la evidencia pertinente para soportar sus argumentos[47].

El tribunal en *Tokios Tokelès c. Ucrania* determinó que, por regla general, la carga de demostrar los efectos de las medidas del Estado la tiene el inversionista[48]. Asimismo, el Estado debe probar sus defensas[49]. En *Rompetrol c. Rumania,* el tribunal también indicó que, a diferencia del estándar de la prueba, la carga de la prueba es absoluta[50]. De forma similar, el tribunal en *Salini c. Jordania* determinó que el *actori incumbit probatio* es un "principio del derecho bien establecido"[51], dándole especial relevancia y protección a la carga de la prueba estática. Así, no cabe duda de que la mayoría de tribunales de inversión han sido reacios a permitir la flexibilización de la carga de la prueba, con independencia de las circunstancias del caso.

41 Taruffo, *La Prueba*, 112 y *ss*.

42 Alsina, Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, 105.

43 Blavi y Vial, The Burden of Proof in International Commercial Arbitration", 44.

44 Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, 763.

45 Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues*, 31.

46 Thayer, "The Burden of Proof", 56.

47 Österlund, "Revealing the Man behind the Curtain", 27.

48 *Tokios Tokelès v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Award, 26 July 2007, párr. 121.

49 Betz, *Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration*.

50 *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Award, 6 May 2013, párr. 178.

51 *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Award, 31 January 2006, párr. 70.

ANUARIO DE DERECHO PRIVADO 05 – Universidad de los Andes – Facultad de Derecho – pp. 5-37 – DOI: http://dx.doi.org/10.19053/26652714.05.01

III. Necesidad de flexibilizar el *onus probandi* ante alegaciones de ilegalidad

1. Las ilegalidades suponen una mayor dificultad probatoria

La asimetría procesal de las partes es peor en casos de ilegalidad. Los hechos objeto de prueba en estos casos no suelen quedar documentados, pues al cometer ilícitos, el objetivo de las partes es eliminar toda la evidencia[52]. Adicionalmente, la parte a la que se le acusa de una ilegalidad, en la medida que conoce las consecuencias de que se llegara a probar esto, tratará de ocultar la información que permanezca, si la hay, dificultando todavía más conocerla[53].

Como lo reconoció el tribunal en *EDF (Services) c. Rumania*[54], que decidió sobre una supuesta solicitud de soborno del Estado al inversionista para prorrogar un contrato, "la corrupción debe ser probada y *es notoriamente difícil hacerlo*, pues típicamente hay poca o ninguna evidencia física" (traducción y énfasis propios)[55]. Igualmente, en la anulación del laudo en *Glencore c. Colombia*[56], la demandada se refirió al análisis de Betz[57] sobre el caso *Spentex,* para señalar que "(…) los sobornos son notoriamente difíciles de demostrar en un arbitraje"[58] (traducción y énfasis propios).

Ante esto, cabe preguntarse cuáles son los efectos de las reglas procesales en estos contextos. En el mismo caso *Glencore*, Colombia resaltó que "(…) existe un peligro inherente de deshacerse del problema [la dificultad de probar ilegalidades] recurriendo a normas probatorias estrictas que pueden hacer que sea prácticamente imposible probar o refutar la existencia de corrupción"[59]. Así, cuando la carga de la prueba se aplica de manera estricta en estos casos, el resultado será

52 Rose, "Questioning the Role of International Arbitration".

53 *Ibid.*

54 *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 Oct 2009.

55 *Ibid*., párr. 221.

56 *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. Republic of Colombia*, ICSID Case No. ARB/16/6, Decision on Annulment (Spanish), 22 Sep 2021.

57 Betz, Proving bribery, fraud and money laundering in international arbitration, 131.

58 *Glencore v. Colombia*, Decision on Annulment, párr. 412.

59 *Ibid.*

una *probatio diabolica* a cargo de quien acusa, pues deberá probar una alegación que resulta "casi imposible para una parte demostrar"[60].

Esta consecuencia se ha probado en la realidad, pues los tribunales de inversión han adoptado en varias ocasiones una posición rígida respecto del *onus probandi*. Así, de 17 de los arbitrajes de inversión citados en este artículo, en los que se han discutido alegaciones de ilegalidad, en 11 de ellos estas alegaciones han fracasado[61]. Esto representa casi un 65 % del total de casos, lo que hace evidente que, ante la ausencia de mecanismos procesales que permitan una mayor equidad entre las partes, este tipo de controversias resultarán en la derrota de la parte que alega las ilegalidades, sea el inversionista o el Estado.

Esto no quiere decir que no existan casos en los que las partes no hayan logrado hacer una alegación de ilegalidad exitosa. Particularmente, en *Spentex* y *Metaltech*, estas reclamaciones prosperaron porque los tribunales aplicaron mecanismos de flexibilización probatoria que veremos más adelante. Sin embargo, otros casos de éxito como *World Duty Free c. Kenia*[62], son una excepción, pues el tribunal encontró actos de corrupción porque el propio demandante entregó inadvertidamente la evidencia de sus ilegalidades[63].

Adicionalmente, la actitud de las partes acusadas de ilegalidades será evitar que la evidencia contraria a sus intereses llegue a la contraparte. Por ejemplo, en *EDF (Services)*, al comparar el testimonio de uno de los testigos del inversionista ante una entidad rumana anticorrupción y ante el tribunal arbitral, este último encontró que la información era diferente[64]. En un foro, el testigo negaba conocer la identidad de una persona que había solicitado un soborno y en el otro entregaba estos datos con cierto nivel de detalle[65].

De forma similar, en *Fraport c. Filipinas*[66], el Estado alegó que el inversionista había violado su ley penal y el tribunal ordenó que se revelara el expediente de una investigación doméstica en la que este fue hallado inocente[67]. Al revisar la

60 *Glencore v. Colombia*, Decision on Annulment, párr. 412.

61 Por supuesto, estos hallazgos se basan en una muestra reducida, que corresponde a los arbitrajes de inversión que se revisaron en este trabajo y que aparecen citados en las notas correspondientes.

62 *World Duty Free Company v Republic of Kenya*, ICSID Case No. ICSID ARB/00/7, Award, 4 Oct 2006.

63 *Ibid.*, párrs. 130-132.

64 *EDF v. Romania, Award*.

65 *Ibid.*

66 *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Award, 16 Aug 2007.

67 *Ibid.*

evidencia y compararla, el tribunal encontró que las pruebas aportadas en el proceso doméstico y en el arbitraje eran diferentes, y determinó que el inversionista había violado la ley penal del Estado receptor[68]. Ambos casos reflejan la tendencia a entregar información incompleta, lo que perjudica gravemente la decisión del caso y justificaría la flexibilización de la carga probatoria.

2. El riesgo de causar asimetrías entre las partes

Aunque los instrumentos de flexibilidad del *onus probandi* sirven para mitigar o evitar asimetrías entre las partes respecto de las pruebas[69], la renuencia de los tribunales a aplicar estos mecanismos puede resultar en que se refuercen estas desigualdades[70]. Lo que es peor, algunos casos previos demuestran que esto ha sucedido incluso cuando es claro que una parte posee la evidencia y no desea compartirla, lo que tiene un efecto material en el caso.

A manera de ejemplo, en el caso *Avena*[71], en el que se discutió la nacionalidad de los sujetos involucrados, Estados Unidos argumentó que México tenía en su poder pruebas que la acreditarían, como las fechas de nacimiento y el estado civil[72]. Sin embargo, México se rehusó a aportar estas pruebas[73]. A pesar de la negativa de México y el hecho de que este estaba en mejores condiciones de aportar la prueba, la CIJ decidió que Estados Unidos no había cumplido con su *onus probandi*[74]. Esta decisión es peor para la equidad procesal que modificar el *actori incumbit probatio*, pues el derecho a obtener la prueba es un elemento esencial del debido proceso, por lo que la carga de probar y sus consecuencias deben atribuirse a la parte a la que le resulte más fácil aportar las pruebas[75].

Como muestra este caso, la aplicación de la carga de la prueba estática se centra en la exigencia de formalismos por temor a consecuencias que están fundadas

68 *Ibid.*

69 Bordalí-Salamanca, "La carga de la prueba en el proceso civil".

70 Foster, "Burden of proof in international courts and tribunals".

71 *Avena and Other Mexican Nationals, Mexico v United States*; Judgment on Jurisdiction, Admissibility and Merits (ICJ), 31 March 2004.

72 *Ibid.*

73 *Ibid.*

74 Es de anotar, sin embargo, que la CIJ destacó que Estados Unidos no había realizado esfuerzos suficientes para obtener la información de las autoridades de México, ver párrs. 41 y 55-57.

75 Parra, Manual de Derecho Probatorio.

en mitos. Esta actitud procesal promueve lo que Ferrajoli[76] llama la "indiferencia hacia las diferencias", que consiste en que el derecho ignora las distintas capacidades de las partes y su deber de balancearlas. Contrario a lo anterior, la flexibilización de la carga de la prueba busca favorecer a la parte que no tiene acceso a cierta información o fuentes de prueba[77]. Así, como lo apunta Bordalí-Salamanca[78], estos mecanismos buscan transitar de la igualdad formal de las partes a una auténtica igualdad material en el proceso.

En arbitraje de inversión, un caso interesante sobre esto es *Niko Resources c. Bangladesh*[79]. En la etapa de exhibición de documentos (*document production*), el Estado le solicitó al inversionista compartir los documentos de una investigación adelantada en su contra por una entidad doméstica anticorrupción[80]. Sin embargo, el inversionista se rehusó a aportar estas pruebas y el tribunal rechazó la solicitud del Estado por considerar que este se encontraba en una mejor posición de obtener la información[81]. Como señalan Tirado *et al*.[82], en la medida que las entidades de control suelen operar de forma autónoma al Gobierno, es probable que el Estado no tenga conocimiento de estos hechos y pruebas, por lo que, al aplicar una carga de la prueba estática, el tribunal profundizó las desigualdades entre las partes.

La aplicación rígida del *onus probandi* implica que la parte que alega un hecho tendrá que encontrar la manera de aportar evidencia que lo respalde, incluso si esto le representa dificultades extremas o absolutas[83]. Puesto que esta evidencia puede estar en custodia de la otra parte, la parte con la carga de la prueba podría no conocer la existencia de esta o no tener forma de obtenerla[84]. Adicionalmente, puede que la contraparte que tiene la evidencia se rehuse a compartirla o haga esfuerzos para ocultarla[85].

76 Ferrajoli, "Igualdad y diferencia", 8.

77 Bordalí-Salamanca, "La carga de la prueba en el proceso civil", 208.

78 *Ibid*.

79 *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited ("Bapex") and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation ("Petrobangla")*, ICSID Case No. ARB/10/11 and ARB/10/18, Decision on Jurisdiction, 19 Aug 2013.

80 *Ibid.*, párr. 395.

81 *Ibid.*, párrs. 414-421.

82 Tirado *et al.,* "Corruption Investigations", 504.

83 Gadelshina, "Burden of Proof under the 'Denial-of-Benefits'".

84 Amerasinghe, "The principle *Actori Incumbit Onus Probandi*", 61-95.

85 Sharpe, "Drawing Adverse Inferences from the Non-Production of Evidence".

ANUARIO DE DERECHO PRIVADO 05 – Universidad de los Andes – Facultad de Derecho – pp. 5-37 – DOI: http://dx.doi.org/10.19053/26652714.05.01

Según la teoría procesal, se presume que las partes se aproximan al proceso de buena fe y que revelan toda la información relevante[86]. Sin embargo, como lo apunta Taruffo[87], las partes no están interesadas en la verdad del proceso, sino en defender sus intereses. Para mitigar esto, la flexibilización de la carga de la prueba es un mecanismo con el que el juez puede evitar "legitimar el triunfo de una parte que administró la astucia a fin de que a la otra le resultara imposible probar un hecho toral del proceso"[88]. Así, la flexibilización del *onus probandi* se basa en la buena fe procesal, porque permite que las partes no se beneficien de actitudes desleales como reservarse la evidencia[89]. Es así como, desde el siglo pasado, algunos tribunales han determinado que la decisión más razonable es atribuirle la carga de la prueba a la parte con mejor acceso a la información[90].

Estas consideraciones de asimetría procesal se reflejan especialmente en el caso de la exhibición de documentos. En arbitraje internacional, la exhibición de documentos es una etapa del proceso en la que las partes intercambian solicitudes de evidencia[91]. Cada parte prepara una solicitud de documentos que no tenga en su poder y considere que están en custodia de su contraparte, la comparte con la otra parte y se responden mutuamente[92]. Si estas se oponen a entregar documentos, el tribunal decidirá el asunto[93].

Este procedimiento se surte para que las partes puedan tener acceso a la evidencia del caso sobre la que no tienen custodia directa, evitando que esta limitación en el acceso a la prueba perjudique su derecho de defensa[94]. Está inspirado en el *discovery* del derecho anglosajón[95] y sirve como un mecanismo para solucionar la asimetría de información entre las partes[96]. No obstante, tiene un alcance muy limitado, porque suele basarse en pautas que incentivan a compartir la menor cantidad de información[97]. Por ejemplo, las Reglas de la International Bar

86 Hunter Ampuero, "No hay buena fe sin interés".

87 Taruffo, Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos, 57.

88 Parra, *Manual de derecho probatorio*, 154.

89 Rambaldo, "Cargas probatorias dinámicas", 30 y *ss*.

90 Lighthouses Arbitration between France and Greece Claim No. 6, 24 July 1956 23 677, 678.

91 Marghitola, *Document Production in International Arbitration*.

92 *Ibid*.

93 *Ibid*.

94 Lotfi, "Documentary Evidence and Document Production".

95 Marghitola, Document production in international Arbitration".

96 *Ibid*.

97 PAshford, "Document Production in International Arbitration", 4.

Association (IBA) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (Reglas IBA)[98] hacen que, como el estándar para la entrega de documentos es bastante alto, cierta evidencia relevante no sea entregada[99]; el *discovery,* por su parte, busca que el intercambio de información sea amplio y la exhibición de documentos es muy restringida[100].

Adicionalmente, el ISDS carece de desincentivos contundentes para evitar la no revelación de información por las partes[101]. Mientras que en los procesos domésticos el juez puede sancionarlas cuando se resisten a entregar evidencia relevante, en el arbitraje internacional el tribunal no cuenta con estas facultades[102]. A lo sumo, este puede aplicar inferencias adversas contra la parte que no cooperó con la exhibición [103]. Sin embargo, Casey *et al.*[104] muestran que esto no es común y, por ende, los poderes de los árbitros sobre este punto son leves.

Por otra parte, consideraciones adicionales que serán revisadas a fondo en otras investigaciones incluyen la revisión de otros mecanismos procesales que tienen los árbitros para hacerle frente a la conducta de las partes sobre alegaciones de ilegalidad. Por ejemplo, si sería útil o no la condena en costas, prevista por las reglas de arbitraje internacional, frente a las partes renuentes a suministrar información relevante en materia de ilegalidades. En ese sentido, la doctrina ha destacado que, si bien los tribunales no cuentan con una autoridad inherente para coaccionar a las partes para comportarse de cierta manera, instrumentos como las Reglas de la IBA dotan a los árbitros de herramientas para hacer respetar sus órdenes y prevenir, en sentido más general, la implementación de tácticas desleales, como ocultar información relevante[105].

Ante la renuencia de las partes a presentar cierta evidencia, el tribunal puede sacar inferencias adversas, una consecuencia bien conocida tanto en sistemas de derecho civil como anglosajón, pero que tiene un alcance limitado[106]. Así lo dispone, por ejemplo, la regla 9.6 de las Reglas de la IBA. Por otra parte, la Cámara de Comercio Internacional ha indicado en sus materiales sobre arbitraje internacional

98 *Ibid*.

99 Kubalczyk, "Evidentiary Rules in International Arbitration".

100 *Ibid*.

101 Marriott, "Evidence in International Arbitration".

102 *Ibid*.

103 Sharpe, "Drawing adverse inferences from the non-production of evidence".

104 Lal *et al*., "Abuse of Document Production in International Arbitration".

105 Kankkunen, "Document Production under the IBA Rules".

106 *Ibid*.

que la condena en costas puede servir como mecanismo idóneo para tratar conductas ineficientes o "impropias" de las partes durante el procedimiento[107]. Siguiendo estos lineamientos, hay quienes han afirmado, como lo hace Erdem[108], que la condena en costas, dado su efecto monetario, puede ser un mecanismo útil para dirigir la conducta de las partes, evitando situaciones indeseables como la no revelación de documentos sustanciales para la disputa.

Autores influyentes en la literatura relevante, sin embargo, han cuestionado la idoneidad de este mecanismo, alegando que tiene poca aplicación en la práctica para este tipo de situaciones o que, en cualquier caso, su capacidad de influenciar las decisiones de las partes durante el arbitraje es, en extremo, limitada[109]. De esta forma, si bien hay algunas herramientas procesales disponibles para que los árbitros traten de conducir el procedimiento de manera tal que eviten situaciones como el ocultamiento de información sensible, la realidad es que estas parecen quedarse cortas para hacerle frente a las ilegalidades. En consecuencia, la flexibilización de la carga de la prueba resulta ser, una vez más, una alternativa que vale la pena considerar con mayor detenimiento y cautela.

3. Deberes "especiales" de los árbitros en casos de ilegalidad

El deber de los tribunales arbitrales de flexibilizar el *onus probandi* para asegurar la equidad y justicia en el proceso cobra un sentido especial en casos con alegaciones de ilegalidad. Así lo estableció el tribunal en *Inceysa*[110], en que encontró probada la defensa del Estado por la ilegalidad del inversionista. Los árbitros en este caso destacaron que el tribunal arbitral debe tener una consideración específica y cautelosa de las alegaciones de ilegalidad porque, según varios principios del derecho[111], no debe haber ninguna indulgencia con estas conductas[112].

La primera decisión en arbitraje internacional sobre estos asuntos fue el laudo del juez Gunnar Lagergren, en 1963, en el caso CCI No. 1110[113]. La controversia trataba sobre contratos celebrados por una compañía francesa con el Gobierno

107 International Chamber of Commerce, "Commission Report: Decision on Costs in International Arbitration",

108 Erdem, "Consequences of the Failure to Comply with Document Production Orders".

109 Marghitol, Document production in international Arbitration.

110 Inceysa v. Republic of El Salvador, Award.

111 *Ibid*.

112 *Ibid*., párr. 240.

113 Gillis Wetter, "Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals.

argentino para obtener equipos eléctricos[114]. En este caso, las pruebas apuntaban a que estos acuerdos se habían obtenido a través del pago de comisiones indebidas[115]. Aunque las partes no discutieron este punto ni le solicitaron al árbitro pronunciarse al respecto[116], Lagergren decidió que no tenía jurisdicción para resolver el caso[117]. Su decisión se basó en fuentes como la Convención de Nueva York y el derecho doméstico de Francia y Argentina, que indicaban conjuntamente el rechazo de plano de cuestiones contrarias a la moralidad pública[118].

Además, Lagergren destacó que era un principio del derecho de la naciones el que los contratos contrarios a las *bonos mores* son inválidos y no pueden ser protegidos[119]. Desde el punto de vista probatorio, el árbitro aclaró que, si bien algunas de las transacciones entre las partes tenían la apariencia de legalidad y podían ser legítimas, esto no desvirtuaba la "imagen general" de las ilegalidades cometidas por las partes[120]. En particular, Lagergren fue contundente al decir que "(...) es imposible cerrar los ojos a la destinación de estos dineros y al efecto destructivo de los mismos en los negocios y el desarrollo industrial", pues "[e]sta corrupción es un mal internacional, contrario a la moralidad pública"[121] (traducción propia).

Igualmente, el tribunal en *World Duty Free* destacó que es un deber de los árbitros adoptar esta posición, pues lo contrario los haría cómplices de dichas conductas[122]. Como lo explican Moloo y Khatchaturian[123], estas consideraciones se basan en la idea, aceptada de forma general por los tribunales internacionales, de que el derecho debe rechazar todas las ilegalidades. Esto también encuentra su fundamento en el concepto de "orden público internacional", que se refiere al consenso de la comunidad respecto de aquellas conductas que deben ser repudiadas[124], incluidas las ilegalidades[125].

114 *Ibi*d.

115 *Ibid*.

116 *Ibid.*, Opinion, párrs. 1-2.

117 *Ibid*.

118 *Ibid.*, párrs. 3-15.

119 *Ibid.*, párr. 16.

120 *Ibid.*, párrs. 17-18.

121 *Ibid.*, párr. 20

122 World Duty Free v. Kenia, Award, párr. 178.

123 Moloo y Khachaturian, "The Compliance with the Law Requirement".

124 Hunter y Silva, "Transnational Public Policy and its Application".

125 Kreindler, "Approaches to The Application of Transnational Public Policy by Arbitrators".

ANUARIO DE DERECHO PRIVADO 05 – Universidad de los Andes – Facultad de Derecho – pp. 5-37 – DOI: http://dx.doi.org/10.19053/26652714.05.01

De hecho, para entender el alcance del rechazo a la ilegalidad en el ISDS, resulta importante destacar brevemente la incidencia que, en términos de jurisdicción, puede tener la definición de "inversión" incluida en varios TBI. En términos generales, muchos tratados indican que una inversión protegida debe ser aquella realizada "conforme a la ley" del Estado receptor. Formulaciones como esta, en la práctica, se insertan en distintas partes de los TBI, como el preámbulo, el artículo sobre el alcance y ámbito de aplicación del acuerdo o el acápite sobre resolución de controversias[126]. Adicionalmente, la doctrina y algunos tribunales han reconocido que este requisito de legalidad es inherente a toda inversión extranjera y que, por tanto, incluso si no estuviera expresamente previsto en el tratado, deberá entenderse incluido[127].

A manera de ejemplo, el tribunal en *LESI c. Argelia* aclaró que la ausencia de este requisito —circunstancia que estaría claramente presente en un caso de inversiones ilegales— implica la pérdida de protección del ISDS a aquellas inversiones realizadas en violación de principios fundamentales[128]. De esta forma, el requisito de legalidad constituye una expresión de la (in)validez de una inversión extranjera a la luz del ISDS, pues no podría aceptarse que el sistema protegiera inversiones ilegales y sin derecho a tutela jurídica[129]. En materia de jurisdicción, la ilegalidad de una inversión resulta también relevante porque puede afectar el consentimiento del Estado receptor de la inversión, limitando el acceso del inversionista a las protecciones de este sistema de solución de controversias[130].

Aunque hay discusión en la doctrina sobre si la cuestión de la ilegalidad de la inversión se refiere a un asunto *ratione materiae* o *ratione voluntatis*[131], la realidad es que los efectos jurídicos de cualquiera de estas alternativas apuntan en una misma dirección: las protecciones sustantivas del ISDS y las conductas ilegales son incompatibles (y, por tanto, deben permanecer desligadas). Este análisis sustenta las conclusiones del presente ensayo sobre una propuesta a favor de flexibilizar la carga de la prueba, ya que demuestra que el ISDS, en general, tiene una actitud condenatoria con respecto a las ilegalidades, lo que supone un deber concomitante de los árbitros en la adopción de medidas para actuar frente a supuestas ilegalidades.

126 Salgado Levy, "La legalidad de las inversiones".

127 *Ampal-American Israel Corporation and others v. Arab Republic of* Egypt, ICSID Case No. ARB/12/11.

128 *L.E.S.I. S.p.A. and ASTALDI S.p.A. v. République Algérienne Démocratique et Populaire*, ICSID Case No. ARB/05/3.

129 Alarcón Loayza, "Repensando el requisito de legalidad".

130 Gómez-Moreno *et al*., "El requisito de legalidad de la inversión".

131 Contreras Delgado, "Inversiones ilegales en el arbitraje internacional".

Adicionalmente, como lo argumenta Cremades[132], los árbitros que deciden estos asuntos deben revisar "activamente" las alegaciones de ilegalidad, pues, a diferencia de instrumentos como la Convención de Nueva York, el artículo 52 del Convenio CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias) no contiene causales de anulación basadas en el orden público. Esto fue secundado en *F-W Oil Interests*[133], que dispuso que el tribunal "(...) está obligado a adoptar la posición más seria respecto de alegaciones de corrupción —siempre que estén respaldadas por evidencia apropiada (...)—" (traducción propia)[134]. Asimismo, esto lo justifican los "efectos perniciosos" de la ilegalidad en el desarrollo de los Estados, que es uno de los objetivos del ISDS y los TBI[135].

A manera de propuesta, resulta relevante considerar instrumentos y reglas procesales que recogen prácticas mediante las cuales los árbitros pueden promover esta tarea. El artículo 43 del Convenio CIADI, por ejemplo, establece que, a menos que las partes acuerden algo distinto, el tribunal puede, de considerarlo necesario y en cualquier punto del procedimiento, pedirles a las partes que presenten documentos u otra evidencia. Esta disposición está reflejada también en el artículo 36(3) de las reglas arbitrales del mismo Centro (Reglas CIADI), lo que demuestra claramente que los tribunales tienen amplios poderes para obtener esta información.

Por otra parte, las Reglas de Praga, que son una alternativa a las Reglas de la IBA en el caso de arbitrajes internacionales, señalan en su artículo 2.4 que el tribunal, en la conferencia preliminar con las partes o aún después, está facultado para abordar la cuestión de la distribución de la carga de la prueba. La literatura, sin embargo, ha encontrado que las Reglas de Praga serían de inusual aplicación en arbitrajes de inversión —en parte, debido a que son más estrictas de lo usual—, por lo que esto puede constituir un obstáculo para que tales disposiciones se tengan en consideración al analizar la distribución de la carga de la prueba en situaciones de ilegalidad[136].

132 Cremades, "Corruption and Investment Arbitration", s II(v).

133 *F-W Oil Interests Inc v Republic of Trinidad & Tobago, ICSID* Case No ARB/01/14, Award, 3 Mar 2006.

134 *Ibid.*, párr. 212.

135 *Ibid*.

136 Alonso y Scherpf, "Are the Prague Rules Suitable for Investment Arbitration?".

4. La rigidez del *onus probandi* afecta la legitimidad del sistema

Como lo explican Kalicki y Joubin-Bret[137], una de las críticas al ISDS es su incapacidad de ofrecer decisiones consistentes. En ese sentido, la aplicación rígida de la carga de la prueba puede afectar la legitimidad del sistema cuando los tribunales desestiman alegaciones de ilegalidad y posteriormente se encuentra que estas eran ciertas. Esto no sólo sugiere que el ISDS es incapaz de ofrecer soluciones coherentes, sino que afianza la creencia de que el arbitraje de inversión opera en paralelo al mundo real[138]. Por el contrario, en coherencia con lo antes expuesto, en este artículo se considera que los tribunales deben tener en cuenta todas las circunstancias que los rodean[139].

En el caso *Siemens AG c. Argentina*[140], un tribunal CIADI concedió al inversionista USD 237.8 millones, en el marco de una disputa por un contrato para la digitalización de documentos de identidad. Desde finales del mismo año, varios medios de comunicación compartieron investigaciones adelantadas conjuntamente por autoridades alemanas y norteamericanas contra antiguos ejecutivos de Siemens, según las cuales la compañía había otorgado millonarios sobornos para asegurarse grandes contratos en distintos países[141].

El Departamento de Justicia (DOJ) de los Estados Unidos publicó los resultados de la investigación el 15 de diciembre de 2008[142], indicando que, entre 1997 y 2007, Siemens Argentina había pagado más de USD 100 en sobornos[143]. El DOJ se pronunció sobre el caso CIADI y dijo que el tribunal "(...) carecía de jurisdicción para adjudicar reclamos basados en contratos obtenidos a través de corrupción (...)"[144] (traducción propia). Sin embargo, aunque Argentina solicitó la anulación y luego la revisión del laudo[145] por estas ilegalidades[146], esto no tuvo ningún impacto en el caso y la controversia fue descontinuada por acuerdo[147].

137 Kalicki y Joubin-Bret, *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, 2.

138 Chazournes y McGarry, "Constitutional Law and the Settlement of Investor-State Disputes".

139 Tirado et al., "Corruption investigations", 512.

140 *Siemens AG v Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/02/8, Award, 6 Feb 2007.

141 Comas, "Siemens gastó 420 millones en sobornos".

142 United States District Court for the District of Columbia, *United States of America v. Siemens S.A. (Argentina)*.

143 *Ibid.*, párr. 24.

144 *Ibid.*, párr. 27.

145 Marshall, "Siemens v. Argentina".

146 Peterson, "Argentina and Siemens Ask Annulment Panel to Suspend Proceedings".

147 Marshall, "Siemens v. Argentina".

En *Valeri Belokon c. Kirguistán*[148], el tribunal le reconoció al inversionista USD 16,5 millones, a pesar de que el Estado había alegado que este estuvo involucrado en actividades de lavado de activos[149]. A juicio de los árbitros, el Estado no cumplió con su *onus probandi* de demostrar estas ilegalidades[150]. Kirguistán cuestionó la validez del laudo a través de una anulación ante la Corte de Apelaciones de París y en 2017 esta decidió que, efectivamente, el inversionista había cometido las ilegalidades[151]. Posteriormente, a pesar de que el inversionista apeló la decisión, la Corte de Casación la reafirmó[152].

A diferencia de los arbitrajes CIADI, que deben ser anulados ante un comité constituido por la misma institución[153], el caso anterior se adelantó y decidió bajo el Reglamento de Arbitraje CNUDMI, lo que implicaba que la decisión podía ser analizada por las cortes domésticas. Esto muestra que los casos sobre ilegalidad pueden ser revisados judicialmente y los laudos dictados en estos pueden quedar sin efectos si "(...) el reconocimiento o la ejecución de la sentencia [fueren] contrarios al orden público (...)"[154].

En *Valeri Belokon*, las cortes francesas, estableciendo una práctica que es común en casos de ilegalidad[155], llegaron a una conclusión distinta a la del tribunal arbitral, porque, para los jueces, había evidencia suficiente para sugerir que el inversionista estaba implicado en actividades de lavado de activos. Puntualmente, los jueces destacaron el crecimiento desproporcional del negocio en cuestión en un período de tiempo muy corto y las relaciones personales del inversionista con varias autoridades del Estado[156].

Estas decisiones de las cortes locales muestran que, cuando los árbitros evitan tomarse en serio las alegaciones de ilegalidad o imponen estándares probatorios irracionales, es muy probable que sus decisiones sean cuestionadas más adelante[157]. Esto puede ocurrir de muchas formas, entre otras, investigaciones

148 *Valeri Belokon v. Kyrgyz Republic*, PCA Case No. AA518, Award, 24 Oct 2014.

149 *Ibid*.

150 *Ibid.*, párrs. 158-170.

151 *Cour de Appel De Paris*, sentencia 21 Feb 2017.

152 *Cour de Cassation*, sentencia 23 Mar 2022.

153 Broches, "Observations on the Finality of ICSID Awards".

154 Convención de Nueva York, artículo 5(2)(b).

155 Grant, "Arbitration, Corruption and Post-Award Control".

156 *Cour de Appel De Paris*, sentencia 21 Feb 2017; *Cour de Cassation*, sentencia 23 Mar 2022.

157 Tirado *et al.,* "Corruption investigations", 512.

públicas y anulaciones que contradicen sus hallazgos[158]. Sea cual sea el escenario, esto confirma la importancia de flexibilizar la carga probatoria en contextos de ilegalidad.

Por lo demás, la revisión y cuestionamiento constante de las decisiones emitidas por tribunales del ISDS pueden restarle legitimidad al sistema. Es por este motivo que no se debe perder de vista que, como se indicó en el caso *Himpurna c. Persero*[159], "[l]os miembros del tribunal arbitral no viven en una torre de marfil (...)"[160] (traducción propia), y los árbitros no deberían actuar como si el proceso arbitral operara en el vacío, divorciado de la realidad, sino buscar mecanismos para hacerlo efectivo.

5. El significado y carácter "público" del proceso

Por último, es necesario reflexionar sobre el significado del "proceso" hoy y su relación con el arbitraje de inversión. Como lo indica Véscovi[161], el proceso ha dejado de ser un asunto de la esfera privada de las partes para convertirse en una cuestión de interés público. Es a través del proceso que se aseguran el derecho sustancial, la paz y la justicia social[162]. De esta forma, cobran mayor relevancia conceptos como el deber de cooperación de las partes[163], que está conectado profundamente con el principio de solidaridad y la buena fe[164].

Este concepto se refiere a una transición del proceso "formal" a uno "material", que favorece la búsqueda de la verdad y la igualdad real de las partes por encima de las formalidades[165]. Dichos cambios se reflejan, por ejemplo, en reglas como la comunidad de la prueba, según la cual la prueba aportada por las partes no está al servicio de estas, sino que le pertenece al proceso[166]. De ahí que la prueba solicitada y practicada no pueda ser desistida[167]. Esto significa que el proceso es

158 *Ibid*.

159 Himpurna California Energy Ltd (Bermuda) v PT (Persero) Perusahaan Listrik Negara (Indonesia), UNCITRAL, Final Award, 4 May 1999.

160 *Ibid.*, párr. 118.

161 Véscovi, *Teoría general del proceso*.

162 *Ibid*.

163 Peña, *Prueba judicial, análisis y valoración*, 278.

164 *Ibid*.

165 Bordalí-Salamanca, "La carga de la prueba en el proceso civil".

166 Azula, Manual de derecho procesal, 5.

167 Fernández, "El juez civil y el hecho incierto", 177.

una cuestión que no concierne sólo a las partes involucradas, sino que tiene implicaciones sobre la comunidad.

En el arbitraje de inversión, autores como Urueña y Prada (2019)[168] han discutido cómo el ISDS es un ejercicio del poder público a nivel internacional, porque implica decisiones sobre aspectos regulatorios como la protección del medioambiente o los derechos humanos. De esta forma, los árbitros de inversión actúan como cuasiautoridades públicas[169]. Esto los pone en un lugar de especial importancia, ya que, más allá de resolver controversias privadas, son guardianes de los intereses de la comunidad internacional[170].

Esto comporta que, al tomar decisiones sobre la distribución de la carga de la prueba, los árbitros no pueden aproximarse al tema con desinterés. Además de su deber de mantener el equilibrio y la justicia en el proceso, deben usar sus amplios poderes respecto de la práctica de la prueba para evaluar las particularidades de una alegación de ilegalidad. Lo anterior no quiere decir que deben hacer de la flexibilización de la carga de la prueba la nueva regla por defecto, pero al menos deben considerar, de forma seria y rigurosa, las alternativas que esta noción ofrece.

Conclusiones

Las alegaciones de ilegalidad no son un tema novedoso para el arbitraje de inversión. Sin embargo, según vimos en este artículo de investigación, la flexibilización del *onus probandi* es una medida extrema para muchos tribunales arbitrales. El enfoque de este escrito fue argumentar a favor de la necesidad de tomarse en serio la flexibilización de la carga de la prueba en estos escenarios. Sobre esta base, pueden surgir nuevas agendas de investigación como, por ejemplo, un cuestionamiento a los fundamentos que hacen que los árbitros se rehusen a flexibilizar la carga de la prueba o una propuesta metodológica detallada en la que puedan darse alternativas concretas para materializar este proyecto.

De cualquier manera, la necesidad de flexibilización ya ha sido reconocida por la propia comunidad arbitral, lo que ha llevado a que, en los últimos años, se hayan desarrollado herramientas prácticas para atender la cuestión de las ilegalidades y

168 Urueña y Prada, "Constitucionalismo transformador y arbitraje de inversión", 5.

169 Bogdandy y Venzke, "On the Functions of International Courts".

170 *Ibid*.

su prueba. Dos ejemplos de esto son las teorías de las *red flags* (señales de alarma) y *connecting de dots* (conectar los puntos), elaboradas a partir de algunos casos insignia. Según Gaillard[171], estos mecanismos consisten en que, a partir de indicios de ilegalidades, el tribunal conecte los puntos entre ellos y concluya que ciertas actividades ilícitas efectivamente ocurrieron.

Esta metodología es muy similar a las alternativas de flexibilización del *onus probandi* que se describieron en este ensayo, especialmente la evidencia *prima facie*. Adicionalmente, esta teoría resalta la importancia de diseñar herramientas procesales que les permitan a las partes enfrentarse a la dificultad de probar ilegalidades y a los árbitros equilibrar el proceso, así como la viabilidad de una mayor flexibilidad probatoria en arbitraje de inversión ante circunstancias especiales como las alegaciones de ilegalidad. Si bien la efectividad de estos mecanismos es una pregunta independiente, su sola existencia demuestra que ya hay un camino por recorrer respecto de las ilegalidades en el arbitraje internacional, lo cual ocurre, precisamente, en la CCI, que cuenta con un grupo de trabajo enfocado en estas cuestiones[172].

Así, tal y como se ha discutido en este artículo, la flexibilización del *onus probandi* es una alternativa viable que no debería quitarse de la mesa automáticamente y que debe seguirse estudiando con mayor seriedad y profundidad. Por supuesto, como lo indica Sandoval[173], esto no puede responder a una arbitrariedad del tribunal y los árbitros deben ofrecer justificaciones adecuadas que le den sustento a estas medidas procesales. En otras palabras, la modificación de la carga de la prueba debe atender siempre a criterios de razonabilidad y proporcionalidad[174]. Aunque este artículo no se ocupa de cómo lograr esto, investigaciones posteriores pueden centrarse en proponer buenas prácticas en esta materia.

Para terminar, cabe decir que la flexibilización de la carga de la prueba no implica un caos probatorio ni la derogación del *actori incumbit probatio*. Estas medidas estarían justificadas sólo por circunstancias de especial necesidad, como las asimetrías entre las partes respecto del acceso a las pruebas. Además, como bien lo refleja el principio *iura novit curia*, los árbitros, en su calidad de expertos en la toma de decisiones, están en condiciones de evaluar la pertinencia de esta decisión y de determinar, libres de temores, si estas medidas son o no pertinentes.

171 Emmanuel Gaillard, "The Emergence of Transnational Responses".

172 Al respecto, *véase* ICC Commission on Arbitration and ADR, Task Force on Addressing Issues of Corruption in International Arbitration.

173 Sandoval, "La carga dinámica de la prueba", 20.

174 *Ibid.*, 22.

En la medida que pueden imponerse estas condiciones a la flexibilización de la carga de la prueba, este es un mecanismo completamente aceptable que los tribunales no deben desestimar. Ya existe una tendencia en ese sentido en el derecho probatorio moderno y en la práctica de distintas cortes nacionales e internacionales, pero además flexibilizar la carga de la prueba puede ser la decisión correcta a la luz de los principios que fundamentan el proceso y que deben guiar las acciones de los árbitros. Ante el problema mundial de la ilegalidad y las limitaciones particulares de probar ilegalidades en el arbitraje de inversión, estas alternativas suponen mecanismos útiles que sirven para proteger la legitimidad y efectividad del sistema.

Bibliografía

Alarcón Loayza, Nicolás. "Repensando el requisito de legalidad en el arbitraje internacional de inversión." *THEMIS Revista de Derecho*, núm. 77 (21 de diciembre de 2020): 429–46. https://doi.org/10.18800/themis.202001.023

Alonso, Trinidad y Georg Scherpf. "Are the Prague Rules suitable for investment arbitration?" *Kluwer Arbitration Blog* (blog), August 11, 2019. https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/08/11/are-the-prague-rules-suitable-for-investment-arbitration/.

Alsina, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. 2a ed. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editores, 1963.

Amerasinghe, Chittharajan F. "The principle *Actori Incumbit Onus Probandi*." In *Evidence in International Litigation,* 61-95. Leiden: Brill Nijhoff, 2005. https://doi.org/10.1163/9789047407775_010

Ashford, Peter. "Document production in international arbitration: A critique from 'across the pond.'" *Loyola University Chicago International Law Review* 10, núm. 1 (2012): 1–9. https://lawecommons.luc.edu/lucilr/vol10/iss1/2

Azula, Jaime. *Manual de derecho procesal:* Tomo VI Pruebas judiciales. 3a ed. Bogotá: Temis, 2008.

Baracat, Edgar. "Estado actual de la teoría de la cargas dinámica de la prueba con especial referencia a antecedentes jurisprudenciales y a la materia juzgada." En *Cargas Probatorias Dinámicas*, coordinado por Inés Lépori White. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

Ben-Ner, Avner y Louis Putterman. *Proving bribery, fraud and money laundering in international arbitration: On applicable criminal law and evidence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. https://doi.org/10.1017/9781108279260.

Blavi, Francisco y Gonzalo Vial. "The burden of proof in international commercial arbitration: Are we allowed to adjust the scales." *UC Law SF International Law Review* 39, núm. 1 (1 de enero de 2016): 41–80. https://repository.uclawsf.edu/hastings_international_comparative_law_review/vol39/iss1/2

Bogdandy, Armin von e Ingo Venzke. "On the functions of international courts: An appraisal in light of their burgeoning public authority." *Leiden Journal of International Law* 26, núm. 1 (2013): 49–72. https://doi.org/10.1017/S0922156512000647

Bordalí-Salamanca, Andrés. "La carga de la prueba en el proceso civil: Una evolución desde la igualdad formal de las partes hacia una igualdad material de las mismas." *Estudios de Derecho* 77, núm. 170 (10 de agosto de 2020): 201–25. https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n170a08

Bordin, Fernando Lusa. "Reflections of customary international law: The authority of codification conventions and ILC draft articles in international law." *International & Comparative Law Quarterly* 63, núm. 3 (1 de julio de 2014): 535–67. http://resolver.scholarsportal.info/resolve/00205893/v63i0003/535_rociltidaiil.xml

Broches, Aron. "Observations on the Finality of ICSID Awards." *ICSID Review - Foreign Investment. ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 6, núm. 2 (1 de octubre de 1991): 321–80. https://doi.org/10.1093/icsidreview/6.2.321

Bulovsky, Andrew. "Promises unfulfilled: How investment arbitration tribunals mishandle corruption claims and undermine international development." *Michigan Law Review* 118, núm. 1 (1 de enero de 2019): 117–48. https://doi.org/10.36644/mlr.118.1.promises.

Carreteiro, Mateus Aimoré. "Burden and Standard of Proof in International Arbitration: Proposed Guidelines for Promoting Predictability." *Revista Brasileira de Arbitragem* 13, núm. 49 (1 de abril de 2016): 82–109. https://kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\RBA\RBA2016004.pdf .

Chazournes, Laurence Boisson de y Brian McGarry. "Constitutional law and the settlement of investor-State disputes: Some interplays." In *Shielding Humanity*, edited by Charles Chernor Jalloh y Olufemi Elias, 230–41. Brill Nijhoff, 2015. https://doi.org/10.1163/9789004293137_015

Comas, José. "Siemens gastó 420 millones en sobornos." *El País*, el 10 de febrero de 2007, sec. Economía. https://elpais.com/diario/2007/02/11/economia/1171148401_850215.html.

Contreras Delgado, Santiago Andrés. "Inversiones ilegales en el arbitraje internacional de inversiones, su abordaje casuístico y sus efectos." Universidad Externado de Colombia, 2021. https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/f827e9a9-e33d-42db-8256-f2fa9b7af1b0

Crawford, James. "Investment arbitration and the ILC articles on State responsibility." *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 25, núm. 1 (March 1, 2010): 127–199.

Crawford, James y Freya Baetens. "The ILC articles on State responsibility: more than a 'plank in a shipwreck'?" *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 37, núm. 1–2 (1 de junio de 2022): 13–19. https://doi.org/10.1093/icsidreview/siab048.

Cremades, Bernardo. "Corruption and Investment Arbitration." In *Global reflections on international law, commerce and dispute resolution: Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, edited by Gerald Aksen, Karl Heinz Bockstiegel, Michael Mustill, Paolo Patocchi, and Anne Marie Whitesell. Filadelfia: Worlters Kluwer, 2005. https://jusmundi.com/en/document/publication/en-corruption-and-investment-arbitration

Douglas, Zachary. "The plea of illegality in investment treaty arbitration." *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 29, núm. 1 (5 de marzo de 2014): 155–86. https://doi.org/10.1093/icsidreview/sit040.

Dragoş, Rădulescu. "The concept of money laundering in global economy." *International Journal of Trade, Economics and Finance* 1, núm. 4 (2010): 354–60. https://doi.org/10.7763/IJTEF.2010.V1.63

Erdem, Ercüment. "Consequences of the failure to comply with document production orders in international arbitrations." *Erdem & Erdem* (blog), September 2018. https://www.erdem-erdem.av.tr/en/insights/consequences-of-the-failure-to-comply-with-document-production-orders-in-international-arbitrations

Fernández, Mercedes. "El juez civil y el hecho incierto. Un estudio desde la perspectiva de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria." *Derecho y Sociedad,* núm. 38 (3 de julio de 2012): 176–84. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13117.

Fernández López, Mercedes. *La carga de la prueba en la práctica judicial civil*. La Ley, 2006.

Ferrajoli, Luigi. "Igualdad y Diferencia." En *Igualdad y diferencia de género*, editado por Luigi Ferrajoli y Miguel Carbonell, 7–34. México D.F.: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2008.

Fitzmaurice, Gerald. *The Law and Procedure of the International Court of Justice* (1995) Vol. II.

Foster, Caroline E. "Burden of proof in international courts and tribunals." *Australian Yearbook of International Law* 29 (1 de enero de 2010): 27-86. https://doi.org/10.22145/aybil.29.3

Gadelshina, Elvira R. "Burden of proof under the 'denial-of-benefits' Clause of the Energy Charter Treaty: Actori Incumbit Onus Probandi?" *Journal of International Arbitration* 29, núm. 3 (1 de junio de 2012): 269-84. https://kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\JOIA\JOIA2012017.pdf

Gaillard, Emmanuel. "The emergence of transnational responses to corruption in international arbitration." *Arbitration International* 35, núm. 1 (1 de marzo de 2019): 1–19. https://doi.org/10.1093/arbint/aiz004

Giannini, Leandro J. "New insights on the 'dynamic burden of proof' doctrine." *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, núm. 9 (1 de enero de 2019): 255–66. https://www.academia.edu/40898032/NEW_INSIGHTS_ON_THE_DYNAMIC_BURDEN_OF_PROOF_DOCTRINE

Grant, Thomas D. "Arbitration, corruption and post-award control in french and english courts." *International & Comparative Law Quarterly* 71, núm. 2 (abril de 2022): 481–96. https://doi.org/10.1017/S0020589322000070

Gómez-Moreno, Juan Pablo, Karen Tatiana Trujillo Najar y David Reyes Hincapié. "El requisito de legalidad de la inversión como espada y escudo de las medidas medioambientales en el marco del arbitraje inversionista-Estado." *Revista Arbitraje Alumni*, núm. 3 (1 de enero de 2022): 22–67. https://www.academia.edu/96497812/El_requisito_de_legalidad_de_la_inversi%C3%B3n_como_espada_y_escudo_de_las_medidas_medioambientales_en_el_marco_del_arbitraje_inversionista_Estado

Halpern, Michaela. "Corruption as a complete defense in investment arbitration or part of a balance." *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution* 23, núm. 2 (2016): 297–318. https://www.jstor.org/stable/26209971

Hunter Ampuero, Iván. "No hay buena fe sin interés: la buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración." *Revista de Derecho (Valdivia)* 21, núm. 2 (diciembre de 2008): 151–82. https://doi.org/10.4067/S0718-09502008000200007

Hunter, Martin y Gui Silva. "Transnational public policy and its application in investment arbitrations." *The Journal of World Investment & Trade* 4, núm. 3 (January 1, 2003): vii–378. https://doi.org/10.1163/221190003X00014

International Chamber of Commerce. "Commission report: Decision on costs in international arbitration." ICC Dispute Resolution Bulletin, Issue 2, 2015.

Ionescu, Luminiţa. "The construction of corruption as a global problem." *Contemporary Readings in Law and Social Justice* 3, núm. 1 (2011): 166–71. https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/conreadlsj3&id=166&div=&collection=

Jain, Arvind K. "Corruption: A Review." *Journal of Economic Surveys* 15, núm. 1 (2001): 71–121. https://doi.org/10.1111/1467-6419.00133

Kalicki, Jean E, y Anna Joubin-Bret. *Reshaping the investor-State dispute settlement system: Journeys for the 21st century*. Nijhoff International Investment Law Series. Leiden: Brill Nijhoff, 2015. https://doi.org/10.1163/9789004291102

Kalubanga, Matthew, Patrick Kakwezi y Denise Kayiise. "The effects of fraudulent procurement practices on public procurement performance." *International Journal of Business and Behavioral Sciences* 3, núm. 1 (2013): 17–27. https://www.academia.edu/21187841/The_Effects_of_Fraudulent_Procurement_Practices_on_Public_Procurement_Performance

Kankkunen, Juho. "Document production under the IBA rules on the taking of evidence in international arbitration." Master's Thesis, University of Helsinki, 2014.

Kazazi, Mojtaba. *Burden of proof and related issues: A study on evidence before international tribunals*. Leiden, The Netherlands: Brill Nijhoff, 1996.

Kendra, Thomas y Anna Bonini. "Dealing with corruption allegations in international investment arbitration: Reaching a procedural consensus?" *Journal of International Arbitration* 31, núm. 4 (1 de agosto de 2014). https://kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\JOIA\JOIA2014019.pdf

Kreindler, Richard. *Competence-competence in the face of illegality in contracts and arbitration agreements*. Leiden; Boston: Brill, 2013.

Kreindler, Richard H. "Approaches to the application of transnational public policy by arbitrators." *The Journal of World Investment & Trade* 4, núm. 2 (1 de enero de 2003): 239–50. https://doi.org/10.1163/221190003X00354

Kubalczyk, Anna. "Evidentiary rules in international arbitration – a comparative analysis of approaches and the need for regulation." *Groningen Journal of International Law* 3, núm. 1 (29 de mayo de 2015): 85–109. https://doi.org/10.21827/5a86a88ce5edd

Lal, Hamish, Josephine Kaiding, Léa Defranchi y Brendan Casey. "Abuse of document production in international arbitration: remedies when the adverse inference falls short." *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management* 86, núm. 4 (1 de diciembre de 2020): 394–411. https://kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\AMDM\AMDM2020033.pdf

Lépori White, Inés y Jorge Peyrano. *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

Llamzon, Aloysius P. *Corruption in international investment arbitration*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2014.

Lotfi, Courtney. "Documentary evidence and document production in international arbitration." *Yearbook on International Arbitration*, núm. 4 (2015): 99–108. https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ybinar4&id=99&div=&collection=

Marghitola, Reto. *Document production in international Arbitration*. Arbitration Law Library / editd by Julian D. M. Lew ; Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2015.

Marriott, Arthur L. "Evidence in international arbitration." *Arbitration International* 5, núm. 3 (1 de septiembre de 1989): 280–90. https://doi.org/10.1093/arbitration/5.3.280.

Marshall, Fiona. "Siemens v. Argentina." *Investment Treaty News* (blog), October 18, 2018.

Moloo, Rahim y Alex Khachaturian. "The compliance with the Law Requirement in International Investment Law." *Fordham International Law Journal* 34, núm. 6 (2011): 1473–1501.

Nils, Georg. "The meaning of the term 'Prima Facie.'" *Louisiana Law Review* 55, núm. 2 (1994): 391–408.

Österlund, Johanna. "Revealing the Man behind the Curtain: Proving Corruption in International Commercial Arbitration." LLM Thesis, Uppsala University, 2015.

Parra, Jairo. *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2000.

Pauwelyn, Joost. "Evidence, proof and persuasion in WTO dispute settlement: Who bears the burden?" *Journal of International Economic Law Journal of International Economic Law* 1 (1 de enero de 1998): 227–58. https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/1509

Peña, Jairo Iván. *Prueba judicial, análisis y valoración*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial, Rodrigo Lara Bonilla, 2008.

Peterson, Luke Eric. "Argentina and Siemens ask Annulment Panel to suspend proceedings, so original arbitrators can look at bribes evidence." *IA Reporter* (blog), July 28, 2008.

Piquer Mari, Jose Miguel. "A study on the structural survival of the criteria that make up the Onus Probandi in classic roman law in the Furs and Les Costums de Tortosa." *GLOSSAE: European Journal of Legal History* 14 (2017): 661.

Rambaldo, Juan Alberto. "Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico." En *Cargas Probatorias Dinámicas*, editado por Inés Lépori White y Jorge Peyrano. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

Redfern, Allan, Claude Reymond, Andreas Reiner, Bernard Hanotiau, Edward Eveleigh y Ian W. Menzies. "The standards and burden of proof in international arbitration." *Arbitration International* 10, núm. 3 (1 de septiembre de 1994): 317–64. https://doi.org/10.1093/arbitration/10.3.317

Rizzo, Guilherme. "Burden of proof and adverse inferences in international arbitration: Proposal for an inference chart." *Journal of International Arbitration* 35, núm. (1 de febrero de 2018): 1–30. https://kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\JOIA\JOIA2018001.pdf

Rose, Cecily. "Qquestioning the role of international arbitration in the fight against corruption." *Journal of International Arbitration* 31, núm. 2 (1 de abril de 2014): 183-264. https://kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\JOIA\JOIA2014010.pdf (April 1, 2014).

Rose-Ackerman, Susan. "Bribes and Gifts." In *Economics, values, and organization*, edited by Avner Ben-Ner y Louis Putterman, 296–328. Cambridge: Cambridge University Press, 1998. https://doi.org/10.1017/CBO9781139174855.013

Salgado Levy, Claudia Helena. "La legalidad de las inversiones como un requisito para la protección de los tratados internacionales de inversiones (Tema Central)." *Revista de Derecho*, núm. 18 (2012): 105–35.

Sandoval, Helber Mauricio. "La carga dinámica de la prueba. Entre el desafío y la realidad." *Revista Jurídica Piélagus* 17, núm. 2 (27 de julio de 2018): 59–70. https://doi.org/10.25054/16576799.1925.

Sayed, Abdulhay. *Corruption in International Trade Law and Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2004. https://lrus.wolterskluwer.com/store/product/corruption-in-international-trade-and-commercial-arbitration/

Sharpe, Jeremy K. "Drawing adverse inferences from the non-production of evidence." *Arbitration International* 22, núm. 4 (1 de diciembre de 2006): 549–72. https://doi.org/10.1093/arbitration/22.4.549

Skontzos, Athanassios V. "The burden and standard of proof in model international procedural law: dealing with the burden and standard of proof in international disputes." *Uniform Law Review* 23, núm. 3–4 (1 de diciembre de 2018): 569–92. https://doi.org/10.1093/ulr/uny024.

Tapper, Colin y Rupert Cross. *Cross and Tapper on evidence*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Taruffo, Michele. *La prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

Taruffo, Michele. *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 2010.

Thayer, James B. "The burden of proof." *Harvard Law Review* 4, núm. 2 (Mayo 15, 1890): 45–70.

Tirado, Joe, Matthew Page y Daniel Meagher. "Corruption investigations by governmental authorities and investment arbitration: an uneasy relationship." *ICSID Review* 29, núm. 2 (2014): 493–513. https://doi.org/10.1093/icsidreview/sit046

Toral, Mehmet y Thomas Schultz. "The State, a perpetual respondent in investment arbitration? Some unorthodox considerations." In *The backlash against investment arbitration: perceptions and reality*, edited by Michael Waibel, 577–602. Kluwer Law International B.V., 2020.

Urueña, René y María Angélica Prada. "Constitucionalismo transformador y arbitraje de inversión: elementos para un estándar de revisión constitucional estricto." MPIL Research *Valeri Belokon v. Kyrgyz Republic*

Véscovi, Enrique. *Teoría general del proceso*. Bogotá: Temis, 1984.

Waincymer, Jeffrey. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Kluwer Law International, 2012.

Wetter, Gillis. "Issues of corruption before international arbitral tribunals: the authentic text and true meaning of judge Gunnar Lagergren's 1963 award in ICC case no. 1110." *Arbitration International* 10, núm. 3 (1994): 277–94.