

La aplicación de la política global anticorrupción en el Derecho Internacional de Inversiones

Rodrigo Jijón Letort*
Macarena Bahamonde Villafuerte**

Recibido/Received: 16/08/2021
Aceptado/Accepted: 11/10/2021

SUMARIO: 1. Introducción 2. Las iniciativas transnacionales para combatir la corrupción 3. La relación entre la corrupción y las inversiones 4. La necesidad de incluir cláusulas anticorrupción en los Tratados de Inversión modernos 5. Conclusiones.

RESUMEN: Varios casos de corrupción que vinculan a compañías nacionales y extranjeras han salido a la luz en los últimos años, revelando la vulnerabilidad de las instituciones públicas. Al mismo tiempo, Ecuador ha demostrado su interés en atraer inversión extranjera a través de distintas iniciativas. Este artículo expone y sugiere la necesaria relación que debe existir entre la política nacional de atracción de inversión extranjera y la política mundial anticorrupción como un posible mecanismo que fomenta el desarrollo económico y social del país.

PALABRAS CLAVE: Corrupción, Inversión Directa Extranjera, Ley anticorrupción, Tratados Bilaterales de Inversión, Arbitraje de Inversión, Ecuador.

* Socio de Pérez, Bustamante & Ponce. Árbitro CAM-CCQ, AMCHAM CAM y CIAC. Profesor de la Universidad San Francisco de Quito. Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Máster en Derecho por la Escuela de Derecho de la Universidad de Tulane.

** Asociada Internacional en Three Crowns LLP. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito. Máster en Derecho por la Universidad de Londres. Máster en Derecho por la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard.



The implementation of global anticorruption policy through International Investment Law

ABSTRACT: In the last couple of years, several corruption cases involving domestic and foreign companies have been subject to public scrutiny and have revealed how weak Ecuadorian government agencies are. Simultaneously, Ecuador has expressed its interest in attracting foreign investment by launching numerous programs. This article describes and suggests the essential link that must exist between a domestic public policy regarding foreign investment and the international efforts against corruption as a possible means to foster social and economic development in the country.

KEYWORDS: Corruption, Foreign Direct Investment, Anticorruption laws, Bilateral Investment Treaties, Investment Arbitration, Ecuador.

1. INTRODUCCIÓN

Entre 1970 y 1975, la compañía aeronáutica norteamericana, Lockheed Aircraft Corporation, sobornó a diferentes autoridades en Indonesia, Irán, Filipinas, Arabia Saudita, Japón, Italia, Alemania y Países Bajos con el objeto de conseguir contratos para la venta de aviones comerciales¹. En febrero de 1978, Lockheed confesó el pago de más de 38 millones de dólares en coimas realizadas a nivel mundial, incluso admitió haber entregado un “regalo” a un miembro de la familia real Holandesa². Este fue uno de los 56 casos de corrupción que se detectaron en la década de los 70’s³. A partir de entonces, se emprendieron numerosas acciones contra la corrupción.

El 31 de octubre de 2003, el entonces Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, Kofi Annan, en referencia a la

-
1. D. LEIGH Y R. EVANS. The BAE files: The Lockheed scandal, <<https://bit.ly/3m0qbYY>> (08/06/2021).
 2. J. GONZÁLES. La Lockheed se declara culpable de sobornos a funcionarios japoneses, <<https://bit.ly/2VRD7oV>> (08/06/2021).
 3. Ver Securities and Exchange Commission, Report of the Securities and Exchange Commission on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices (1976), 37-39, <<https://bit.ly/3AF5A0t>> (05/06/2021).

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción notó los efectos adversos que la corrupción tiene en los derechos humanos, el funcionamiento de los mercados, la calidad de vida humana, el crimen organizado y el terrorismo⁴. En esta misma línea, Annan concluyó que:

[e]ste perverso fenómeno se encuentra en todos los países, grandes y pequeños, ricos y pobres, pero es en el mundo en desarrollo donde sus efectos son más destructivos. La corrupción afecta desproporcionadamente a los pobres al desviar fondos destinados al desarrollo, disminuyendo la capacidad de un gobierno para proporcionar servicios básicos, alimentando la desigualdad e injusticia y desalentando la ayuda e inversión extranjera⁵.

Ecuador ocupa el puesto 92 de 180 en el *Corruption Perceptions Index 2020*. De acuerdo a *Transparency International*, Organización no Gubernamental encargada de realizar el análisis, el Índice de Percepción de Corrupción Global Promedio para el año 2020 es de 43, sin embargo, el puntaje de Ecuador es de 39/100⁶. El análisis utiliza una escala de 0 a 100, en el que 0 equivale a “altamente corrupto” y 100 equivale a “no tener rastros de corrupción”; el puntaje de Ecuador es inferior al promedio mundial. Además de este índice, acontecimientos recientes demuestran la vulnerabilidad de la institucionalidad ecuatoriana⁷ y la consecuente necesidad de adoptar medidas urgentes en relación a la lucha contra la corrupción.

Por otra parte, decisiones arbitrales publicadas dentro de los últimos años revelan que los Estados han recurrido a defensas de corrupción en arbitrajes de inversión iniciados bajo un Tratado Bilateral de Inversión (TBI). El tratamiento dado por tribunales arbitrales a este tipo de alegaciones ha sido, por lo general, muy distinto.

4. K. ANNAN. *Statement on the Adoption by The General Assembly Of The United Nations Convention Against Corruption*, <<https://bit.ly/3ABUCJa>> (08/06/2021).

5. Ídem.

6. *Transparency International, Corruption Perceptions Index 2020*, <<https://bit.ly/3ABUCJa>> (01/05/2021).

7. Hasta el 18 de agosto de 2020, la Fiscalía General del Estado inició al menos procesos de investigación en contra de más de 40 asambleístas. *Ver más en El Universo*, hay al menos 58 procesos de investigación en contra de asambleístas, <<https://bit.ly/3sbnZik>> (31/07/2021).

Luego de que Ecuador denunció todos los TBIs, Ecuador ha mostrado su disposición para negociar nuevos contratos de inversión, e incluso ha preparado un modelo que ha circulado en la comunidad internacional⁸. A la fecha, excepto por el Tratado suscrito con Brasil, se desconoce si hay negociaciones fructíferas adelantadas por el Gobierno del Ecuador y otros países sobre la base del nuevo modelo de tratado elaborado por el gobierno ecuatoriano⁹. Más allá de los cuestionamientos o la viabilidad que pueda tener el nuevo modelo es interesante destacar que el modelo hace especial referencia a que la inversión obtenida mediante corrupción no se beneficia de las protecciones y garantías del tratado en línea con el marco global anticorrupción al que nos referimos en este artículo. El vacío normativo sobre esta materia en los TBIs vigentes a nivel mundial ha hecho más difícil y menos previsible la actuación de los árbitros en casos donde se alega la existencia del prácticas de corrupción.

Este artículo no pretende hacer un recuento sobre los cuerpos que regulan las prácticas anticorrupción a nivel mundial y su aplicación en casos de arbitraje de inversión. Al contrario, sugiere una medida por medio de la cual se pretende incorporar la política global anticorrupción en el Derecho Internacional de Inversiones. Para ello, la primera sección analiza las iniciativas transnacionales para combatir la corrupción. La segunda sección explica la relación entre la corrupción y el Derecho de Inversiones, así como el tratamiento que tribunales arbitrales han dado al asunto. Finalmente, la tercera sección analiza la necesidad de incluir cláusulas anticorrupción en los instrumentos internacionales de protección de inversión modernos.

-
8. La Cancillería, en conjunto con otras instituciones, presentó un nuevo modelo de tratado de inversión como “la base en la que [Ecuador] sustenta su posición negociadora” frente a otros Estados. *Ver más* en Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, Informe de Rendición de Cuentas 2018, p. 28, <<https://bit.ly/2XgacM2>> (31/05/2021); J. JARAMILLO Y D. MOLINA. *El nuevo CBI modelo propuesto por el Ecuador: ¿Es el remedio peor que la enfermedad?*, <<https://bit.ly/3g0zfJE>> (21/05/2021).
 9. De acuerdo a Cancillería, Ecuador inició diálogos con Chile, Qatar, Canadá, Estados Unidos, Corea, Japón y Perú. Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, N. 8.

2. LAS INICIATIVAS TRANSNACIONALES PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN

Las investigaciones sobre el escándalo de *Watergate* relacionado con el Presidente de Estados Unidos, Richard Nixon¹⁰, dieron lugar a una serie de indagaciones respecto a pagos hechos en el exterior por parte de compañías norteamericanas¹¹. Al investigar acerca del financiamiento de campañas políticas en el extranjero, también se examinaron pagos y contribuciones a funcionarios públicos extranjeros¹². El reconocimiento por parte de multinacionales de haber pagado coimas permitió a la *Securities and Exchange Commission* de Estados Unidos ('SEC' por sus siglas en inglés) iniciar su propia búsqueda para determinar la existencia de fondos – comúnmente destinados para sobornos en el exterior – que no habían sido reportados a las autoridades estadounidenses.

El 12 de mayo de 1976, la SEC presentó al Comité del Senado sobre Banca, Vivienda y Asuntos Urbanos su reporte sobre Pagos y Prácticas Corporativas Cuestionables e Ilegales. Para este reporte, la Comisión examinó información de 96 compañías, de las cuales: 59 estuvieron involucradas en pagos irregulares a autoridades; 17 compañías estaban vinculadas con contribuciones por temas políticos; 29 compañías estuvieron involucradas en comisiones por ventas y 27 compañías se relacionaron con otros asuntos en el extranjero que incluían desembolsos en otros países¹³. El monto total de pagos “cuestionables” fue de cerca de \$250 millones¹⁴. Así, este reporte publicó una serie de sobornos en los que estuvieron involucradas compañías estadounidenses con el objeto de obtener beneficios en negocios en el extranjero.

La solución legislativa a estos problemas fue la promulgación de la Ley contra las Prácticas Corruptas en el Extranjero ('FCPA' por sus siglas en inglés). Con su adopción, el Congreso optó por

10. El escándalo *Watergate* tuvo lugar en 1972 con la detención de cinco personas que irrumpieron la sede del Democratic National Committee en Washington con el fin de robar documentos del partido. Ver más F. KARIMI. *Watergate scandal: A look back at crisis that changed US politics*, <<https://cnn.it/37C4eab>> (20/06/2021).

11. A. POSADAS. “Combating Corruption under International Law,” *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 10, No. 2, Spring/Summer 2000, p. 348.

12. Ídem.

13. *Securities and Exchange Commission*. N. 3.

14. Ídem, p. 16-41.

una postura estricta contra los actos de corrupción para evitar que se repitan escándalos como los sucedidos después del caso *Watergate*. La FCPA es la primera ley nacional que penaliza el soborno a autoridades estatales extranjeras y, además, con el objeto de hacer que las empresas multinacionales sean más transparentes, les impone obligaciones contables¹⁵. Mediante la aplicación de la FCPA y la influencia que este tuvo en distintos cuerpos normativos nacionales y transnacionales, el Congreso estadounidense logró, en gran medida, su objetivo de lucha contra la corrupción.

Las investigaciones de la SEC tuvieron efectos fuera de Estados Unidos. Las repercusiones políticas en Honduras, Japón, Costa Rica, Italia, Bolivia y Países Bajos demostraron que los escándalos de corrupción no se limitaban a países en desarrollo¹⁶. Al contrario, servidores públicos de Estados de países desarrollados también se encontraban involucrados en todo tipo de actos de corrupción. A pesar de ello, como se verá a continuación, ningún país adoptó medidas similares al FCPA de manera inmediata. Ciertos Estados contrajeron obligaciones internacionales relacionadas con la lucha contra la corrupción antes de implementarla como una política pública.

La política global anticorrupción es un hecho. En general, sus lineamientos se ven claramente plasmados en tres instrumentos internacionales vinculantes: (i) la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; (ii) la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE; y, (iii) la Convención Interamericana Contra la Corrupción¹⁷. Si bien estos han influido de

15. *Foreign Corrupt Practices Act* (1977), 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq. La FCPA ha sido reformada dos veces desde 1976. La primera vez fue en 1988 por medio del *Omnibus Trade and Competitiveness Act*. La segunda vez fue reformada en 1998 a través del *International Anti-Bribery and Fair Competition Act*, cuyo objeto fue adoptar obligaciones internacionales adquiridas en el Convenio de la OCDE.

16. La FCPA ha tenido un efecto supra nacional. Muchos de los casos de corrupción en Ecuador surgen a raíz de investigaciones de investigaciones iniciadas en Estados Unidos en aplicación de la FCPA. El más reciente es el caso de lavado de dinero relacionado con Petroecuador. Ver más en Department of Justice, Miami-Based Businessman Pleads Guilty to FCPA and Money Laundering Violations in Scheme Involving Petroecuador Officials, <<https://bit.ly/2XoPuKa>> (05/08/2021).

17. Si bien estos son los cuerpos normativos internacionales más influyentes, la política global anticorrupción comprende numerosos instrumentos, entre ellos: Convención Interamericana Contra la Corrupción (29/03/1996); Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de

forma positiva en el ordenamiento jurídico interno de la mayoría de los Estados parte, su incorporación tuvo un largo camino de negociaciones e instrumentos previos que debe ser analizado a efectos de comprender los obstáculos que pueden presentarse al incorporar la política global anticorrupción en el derecho de inversiones.

2.1. Los esfuerzos de las Naciones Unidas en la lucha contra la Corrupción

Cuando los países en desarrollo ganaron mayoría numérica en la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1970, incluyeron como parte de la agenda de la ONU el Nuevo Orden Económico Internacional ('NIEO' por sus siglas en inglés)¹⁸. Sin embargo, no fue hasta 1974 que la Asamblea General adoptó la Declaración para el establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional¹⁹ y su programa de acción²⁰.

Debido a la preocupación de varios Estados en desarrollo respecto al creciente poder de compañías transnacionales y su posible influencia en asuntos internos, tal como las políticas públicas vinculadas con sus actividades, la Declaración enfatizó la necesidad de regular y supervisar las actividades de las compañías²¹. Para ello, se estableció la Comisión de Compañías Transnacionales ('CTC' por sus siglas en inglés) en 1974 con el objeto de elaborar un Código de Conducta para compañías transnacionales ('TNCs' por sus siglas en inglés)²². Después de quince años de trabajo y elaboración de

la Unión Europea (26/05/1997); Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (21/11/1997); Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo Europeo (27/01/1999); Convenio Civil sobre la Corrupción del Consejo Europeo (4/11/2008); Convención de la UA para Prevenir la Corrupción (12/06/2003).

18. J. BAIR. "Corporations at the United Nations: Echoes of the New International Economic Order?", *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development*, Vol. 6, No. 1, 2015, p. 159-162.
19. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 3201 (S-VI), U.N. Doc. A/RES/S-6/3201 (1974).
20. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3202 (S-VI), U.N. Doc. A/RES/S-6/3202 (1974).
21. Muchos de los países que apoyaron la iniciativa del NIEO estaban preocupados por el incremento de los poderes de las compañías y su capacidad y disposición para intervenir en asuntos internos de los países en desarrollo por el simple deseo de incrementar sus ganancias, o bien por intereses políticos de sus países nacionales.
22. Ver ECOSOC, Resolución 1908 (LVII) (02/08/1974) y Resolución 1913 (LVII) (05/12/1974).

borradores, el desacuerdo entre los Estados impidió que este Código sea aprobado en 1990²³.

Por otra parte, el 1 de diciembre de 1975, la Asamblea General aprobó su Resolución 3514 en la que condena todos los actos de corrupción, incluyendo específicamente los sobornos a funcionarios públicos²⁴. Esta resolución recogió la potestad de los Estados de emprender acciones legales en contra de TNCs e insta a los Estados a procesar legalmente en su jurisdicción a quienes incurran en actos de corrupción. Asimismo, prevé el intercambio de información entre gobiernos y promueve la prevención de los actos de corrupción. Los esfuerzos por regular la conducta de las TNCs se mantuvieron hasta 1988, momento en el que hubo un cambio de perspectiva por cuanto ya no se buscaba estandarizar la conducta de compañías, sino, por el contrario, fijar estándares de tratamiento por parte de los Estados hacia las compañías — estándares de protección de inversiones²⁵.

Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la “Declaración de las Naciones Unidas sobre la Corrupción y el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales”²⁶. Este instrumento, tal como lo hizo el FCPA, distinguió la perspectiva pasiva –funcionario público– de la perspectiva activa –quien paga el soborno– en un acto de corrupción²⁷. A pesar de su carácter no vinculante, la Declaración instaba a los Estados a desarrollar estándares y códigos que ayuden a combatir la corrupción y los sobornos. De la misma manera, sugirió a los Estados estudiar “la necesidad de tipificar como delito el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos o representantes electos”²⁸.

23. Draft Code of Conduct. UN Doc. E/1990/39/Add 1. Debe tomarse en cuenta también que, en 1976, la ECOSOC también estableció un Grupo de Trabajo Intergubernamental Ad Hoc para que trate los Actos de Corrupción y se encargue de elaborar un proyecto de un acuerdo internacional para prevenir y eliminar los pagos ilícitos en transacciones internacionales. Este grupo no tuvo mayor aceptación en la ONU por considerarse que se estaban duplicando esfuerzos al elaborar a la par el Código de Conducta de TNCs

24. Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3514, U.N. Doc. A/10467 (1975).

25. J. SALACUSE. “The Treatification of International Investment Law”, *Law and Business Review of the Americas*, Vol. 13, No. 1, 2007, p. 159.

26. Declaración de las Naciones Unidas sobre la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 51/191, U.N. Doc. A/RES/51/191 (1996).

27. Ídem, párr. 3.

28. Ídem.

A partir del año 2000, la ONU incrementó sus esfuerzos con el fin de adoptar un instrumento jurídico internacional de carácter vinculante y, finalmente, el 31 de octubre de 2003 la Asamblea General adoptó la Resolución 58/4 a través de la cual aprobó la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” (‘CNUCC’)²⁹. La CNUCC entró en vigor el 14 de diciembre de 2005 y, hasta el 11 de agosto de 2021, cuenta con 188 Estados Parte³⁰.

Entre los objetivos de la CNUCC se encuentra prevenir y combatir la corrupción; fomentar la cooperación internacional y asistencia técnica en la lucha contra la corrupción; y, promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos³¹. Para alcanzar estos fines, la CNUCC divide sus disposiciones en cuatro secciones: prevención, criminalización, cooperación internacional y recuperación de activos. La CNUCC cataloga a la lucha contra la corrupción como una política de Estado que debe ser desarrollada a nivel doméstico por cada gobierno, motivo por el cual su artículo 5 establece el deber de formular, aplicar y mantener en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción³².

Este convenio es el único tratado internacional en materia de corrupción negociado por los miembros de las Naciones Unidas. Las materias que cubre son relativamente parecidas a las cubiertas por otros instrumentos regionales. Si bien la CNUCC prevé mecanismos de cooperación internacional, su impacto a nivel global podría ser significativamente mayor mediante la formación de órganos internacionales de control y juzgamiento. Por ejemplo, al establecer Tribunales Internacionales contra la Corrupción que estén desvinculados de las cortes nacionales y entidades de investigación que normalmente, al menos en los países en desarrollo, se ven influenciadas por los poderes políticos.

En 2019, dentro del marco de Asamblea General No. 74 de las Naciones Unidas, Colombia propuso la creación de un Corte

29. El Ecuador ratificó la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (14/12/2005) mediante Decreto Ejecutivo No. 340, publicado en el Registro Oficial No. 76 (05/08/2005).

30. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Estado de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (2005), <<https://bit.ly/3CNMYgz>> (12/08/2021).

31. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (2005), Artículo 1.

32. Ídem, Artículo 5.

Internacional anticorrupción³³. Como alternativa se ha propuesto la ampliación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional para incluir crímenes de corrupción³⁴. Sin embargo, ninguna de estas propuestas será suficiente para reducir la corrupción sin antes promover una cultura de integridad en el sector público y en el sector privado.

2.2. Los esfuerzos dentro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

Después de la aplicación del FCPA en Estados Unidos, varias agrupaciones de compañías presentaron quejas relativas a la pérdida de contratos ante sus competidores europeos debido a la diferencia que existía en los estándares de obligaciones anticorrupción entre las compañías constituidas en Europa y aquellas constituidas en Estados Unidos³⁵. Compañías constituidas en Francia o Alemania podían entregar “cortesías” a las autoridades públicas sin ningún tipo de responsabilidad civil o penal, e incluso podrían deducirse de sus impuestos aquellos montos³⁶.

Resultaba evidente, en el contexto internacional, que las diferentes formas para combatir la corrupción y la delimitación de su concepto, ocasionaba problemas no solamente a nivel comercial, pero en cuestiones de desarrollo económico y de responsabilidad política. Ello ocasionó que Estados Unidos emprenda una campaña agresiva dentro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) con el propósito de ampliar los conceptos y la forma de combatir la corrupción, principalmente replicando las medidas adoptadas en el FCPA. El resultado se vio reflejado en la Recomendación sobre el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE de 1994, 1996 y 1997 (‘Recomendaciones’)³⁷.

33. J. SALAZAR. *El Régimen Internacional Anticorrupción*, <<https://bit.ly/3g6zmTZ>> (14/08/2021).

34. Ídem.

35. A. POSADAS. N. 11, p. 379.

36. Ídem.

37. Ver Recomendación del Consejo de la OCDE [C(94)75/FINAL] sobre el Cohecho en Transacciones Comerciales Internacionales (27/05/1994) y Recomendación Revisada [C(97)123/FINAL] para Combatir el Cohecho en las Transacciones (23/05/1997).

Las Recomendaciones, en general, solicitaban a los Estados: la tipificación penal y sanción del cohecho de un funcionario público extranjero en su ley penal; la disposición de medios fiables para detectar tal delito y aplicar la ley; la inclusión de normas de carácter no penal sobre prevención, transparencia global y cooperación entre países; y, la prohibición de la deducción fiscal de los sobornos³⁸. Sin embargo, su carácter no vinculante seguía siendo un problema para implementar estas medidas. Consecuentemente, en un esfuerzo liderado por Estados Unidos, una comisión especializada redactó un instrumento vinculante que recoja las disposiciones contenidas en las Recomendaciones³⁹.

Tras estos esfuerzos, la “Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE” (“Convención de la OCDE”) fue aprobada por la Conferencia Negociadora en noviembre de 1997 y entró en vigor en 1999. Actualmente cuenta con 44 partes signatarias de las cuales 37 son Estados parte de la OCDE y 7 no lo son⁴⁰. No obstante, esta convención tiene importantes desventajas en comparación con instrumentos de idéntica jerarquía que cubren la misma materia. En primer lugar, la Convención de la OCDE solamente cubre el ofrecimiento de sobornos –corrupción activa– y no trata el problema de requerir o aceptar un soborno –corrupción pasiva. Adicionalmente, la definición de corrupción no cubre sobornos hechos a servidores extranjeros de partidos políticos o a candidatos a puestos públicos.

El rol de la OCDE en la lucha contra la corrupción no ha terminado con la entrada en vigor de la Convención. Además de que este instrumento establece su propio mecanismo de monitoreo para la implementación y cumplimiento, la actuación de la OCDE se manifiesta a través de su Grupo de Trabajo sobre la materia y una serie de instrumentos internacionales, como

38. OCDE, “Represión del cohecho en las transacciones comerciales internacionales”, *Síntesis OCDE*, 2004, p. 2.

39. International Monetary Fund, *OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, 2001, p. 3-7, <<https://bit.ly/3m0uUdb>> (13/08/2021).

40. *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* (1997).

Recomendaciones y Líneas Directrices⁴¹, los cuales complementan la función que cumple la Convención de la OCDE.

2.3. La Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos

Los esfuerzos a nivel regional empezaron con el trabajo realizado por la Organización de Estados Americanos (OEA) desde 1994, año en el que los Estados Americanos decidieron abordar el tema de corrupción y sobornos a funcionarios públicos. Los Estados parte de la OEA reconocieron que la corrupción constituye un tema altamente vinculado a las aspiraciones de la región en materia política y económica, en particular, al desarrollo y a la democracia en la sociedad⁴².

En efecto, la Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos ('CICC') fue el primer instrumento internacional vinculante en la materia. El texto aprobado en 1996 incentiva a los Estados parte a desarrollar de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, así como regular la cooperación internacional.

Desde 2001, la OEA estableció un Mecanismo de Seguimiento para la implementación de la CICC (MESICIC) el cual tiene carácter intergubernamental y se encuentra conformado por la Conferencia de los Estados Parte, el Comité de Expertos y la Secretaría⁴³. Este mecanismo está compuesto por un proceso de evaluaciones recíprocas, a partir de las cuales se formulan recomendaciones a los

41. *Ver* Recomendación del Consejo para Fortalecer la Lucha Contra el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales; Recomendación del Consejo Sobre Medidas Fiscales para Combatir más a Fondo el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales; Recomendación del Consejo Sobre Cohecho y Créditos Oficiales para la Exportación; Recomendación del Comité de Ayuda para el Desarrollo Sobre Propuestas Anticorrupción para las Adquisiciones con Ayuda Bilateral.

42. La Declaración de Principios y el Plan de Acción de la OEA fueron firmados por Antigua y Barbuda, Argentina, Las Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, San Kitts y Nevis, Saint Lucia, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Estados Unidos, Uruguay, y Venezuela. Cumbre de las Américas: Declaración de Principios y Plan de Acción, 34 I.L.M. 808, 1995.

43. Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción. AG/RES. 1784 (XXXI-O/01), (5/06/2001).

Estados miembros con relación a las áreas en las que existan vacíos o se requieran avances. Asimismo, a partir de su cuarta ronda, el MESICIC incorporó la práctica de visitas in situ⁴⁴.

La mayoría de los Estados adoptó una política internacional anticorrupción al comprometerse internacionalmente a combatir este fenómeno. Los esfuerzos por parte de la ONU, OCDE y OEA evidencian la necesidad que, desde 1970, han tenido los Estados afectados por actos de corrupción. Tanto es así, que gobiernos como el de Estados Unidos detectaron el perjuicio que la corrupción podría causar en su desarrollo económico. El más claro ejemplo de la preocupación de los Estados fue dentro de la OEA, cuando se expusieron los posibles efectos que la corrupción puede tener en el desarrollo y la democracia de los países americanos.

Sin embargo, cabe preguntarse si estas convenciones han sido efectivas y si son suficientes para combatir la corrupción. A nivel regional, eventos recientes demuestran que no. El Índice de Percepción de Corrupción (IPC) del 2020 de *Transparency International* demuestra que estos Convenios tienen un impacto reducido en los países catalogados como “altamente corruptos”⁴⁵ los cuales, lamentablemente, coinciden con los países menos desarrollados. Asimismo, el IPC demuestra que la corrupción es dominante en los países menos equipados para manejar crisis globales como la pandemia de COVID-19⁴⁶. El efecto inmediato de esta situación se refleja en el desarrollo y, de manera más específica, en la disminución de inversión extranjera directa en ese Estado.

3. LA RELACIÓN ENTRE LA CORRUPCIÓN, LOS INVERSIONISTAS Y LAS INVERSIONES

Puede relacionarse a la corrupción y a los inversionistas en, al menos, cuatro escenarios distintos. En el primer escenario, un inversionista se involucra en un acto de corrupción en el país receptor de la inversión. En el segundo escenario, un inversionista

44. Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, Guía para el manejo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción, CICC, <<https://bit.ly/3jYCNai>> (20/05/2021).

45. Transparency International, Corruption Perceptions Index 2020, pp. 6-7, <<https://bit.ly/3iO1U6J>> (08/07/2021).

46. Ídem.

decide invertir en un país con menor índice de percepción de corrupción. En el tercer escenario, un inversionista se rehúsa a pagar sobornos en el país receptor de la inversión, pero su competidor si lo hace. Finalmente, en el cuarto escenario, un inversionista que se rehúsa a pagar sobornos, cortesías o regalos, sufre retaliaciones como auditorías contractuales, laborales o administrativas que pueden inclusive terminar con su inversión. En cualquiera de estas situaciones el Estado receptor de la inversión se ve perjudicado, más allá del beneficio ilícito que puedan tener ciertos funcionarios.

Los IPCs de los cinco últimos años demuestran que muchos de los países ricos en recursos naturales son “altamente corruptos”, no obstante, estos países continúan atrayendo mucha inversión extranjera en proyectos de gran valor económico. Muchas de las áreas en las que se realizan estas inversiones –explotación y extracción de recursos, concesiones para el desarrollo y operación de distintas actividades del proyecto– involucran tres elementos: inversiones en áreas de alta rentabilidad y muy regulados; concentración del poder público y de las cortes; dificultad de detectar o perseguir los actos de corrupción. Casos ecuatorianos recientes demuestran que la mayoría de los actos de corrupción ocurren durante etapas de adjudicación de contratos.

Denolf se refiere a la corrupción en el contexto de la inversión extranjera como “el requerimiento, el ofrecimiento o la aceptación de cualquier tipo de pago ilícito, durante las interacciones entre funcionario público y un inversionista extranjero, con el propósito de ganar una ventaja indebida en la realización de un negocio internacional”⁴⁷. De ello se desprenden dos facetas de la corrupción: activa y pasiva. Existe corrupción activa “cuando una persona acuerda o promete ventajas a un agente o funcionario público con el fin de que tal agente público realice un acto propio de la función pública”⁴⁸. Por otra parte, existe corrupción pasiva “cuando un agente o funcionario público acepta ventajas o se hace prometer

47. B. DENOLF. “The Impact of Corruption on Foreign Direct Investment”, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 9, No. 3, 2008, p. 251. Traducción no oficial de: “*The solicitation, offer or acceptance of any kind of unlawful payment in interactions between public employees and foreign direct investors for the purpose of gaining an improper advantage in the conduct of international business.*”

48. D. DÖLLING. “La corrupción y los delitos emparentados con ella en las transacciones comerciales internacionales”, *Revue internationale de Droit Pénal*, 2001, p. 708.

ventajas por la ejecución de un acto perteneciente a la función pública”⁴⁹.

Estudios económicos que analizan ambos fenómenos han concluido que la inversión extranjera directa es ventajosa para el crecimiento económico, mientras que la corrupción perjudica el crecimiento económico⁵⁰. La corrupción en un país debilita las instituciones democráticas y, por lo mismo, incrementa el riesgo de la inversión. De ello se desprende que, mientras el índice de corrupción sea más alto en un Estado, menos inversionistas estén dispuestos a invertir en el mismo⁵¹.

Además, la corrupción perjudica tanto a inversionistas como a los ciudadanos. Por ejemplo, los inversionistas que no aceptan sobornar se enfrentan a desventajas competitivas frente a aquellos que deciden hacerlo. Por otra parte, los ciudadanos se ven perjudicados por la deficiencia en la administración pública y el desvío de fondos destinados para el desarrollo de la sociedad. Por otra parte, la corrupción facilita el ingreso de inversionistas que se adaptan a un régimen de investigación y juzgamiento de la corrupción menos exigente, un factor relevante para considerar la calidad de la inversión.

Cualquier complemento en la lucha transnacional contra la corrupción tiene enormes beneficios. Sin embargo, una iniciativa que permita disminuir la corrupción en un país y que, paralelamente, constituya una herramienta de promoción y atracción de inversiones, es particularmente deseable. La lucha contra la corrupción puede ser implementada en el derecho de inversiones de modo que (i) los inversionistas se vean impedidos de ofrecer o acceder a realizar cualquier tipo de pago indebido a favor de un agente estatal; y (ii) el Estado se comprometa fortalecer sus instituciones para crear un ambiente libre de corrupción.

49. Ídem, p. 715.

50. Ver B. TURKAN et al., “How Does FDI and Economic Growth Affect Each Other? The OECD Case”, *International Conference on Emerging Economic Issues in A Globalizing World*, 2008; y K. GRÜNDLER Y N. POTRAFKE. “Corruption and economic growth: New empirical evidence”, *European Journal of Political Economy*, 2019.

51. Ídem.

3.1. La lucha anticorrupción en el Derecho Internacional de Inversiones

Como se sostuvo en secciones anteriores, la corrupción no es un problema reciente. Sin embargo, a partir de 1990 la percepción de corrupción incrementó alrededor del mundo, convirtiéndose en un problema de una fuerza revolucionaria global⁵². La fuente de este crecimiento abrupto fue la globalización del flujo de capital y la nueva actitud de los países en desarrollo frente a la inversión extranjera⁵³. A partir de las interacciones entre TNCs y gobiernos extranjeros, parecería que el problema de corrupción internacional en el contexto de inversión extranjera es uno estrechamente vinculado a la ética empresarial y a la estabilidad de las instituciones gubernamentales.

El régimen transnacional anticorrupción interactúa con las inversiones y el Derecho Internacional de Inversiones de dos maneras. Primero, a través de los efectos e influencia que este régimen internacional tiene en leyes domésticas que regulan la inversión tanto en el lado del país inversor como en el del país receptor. Segundo, el régimen anticorrupción provee una fuente de principios, conceptos y definiciones que pueden integrar de manera directa e indirecta ciertos TBIs. Así, los instrumentos internacionales anticorrupción pueden influir en la toma de decisiones por parte de tribunales arbitrales⁵⁴.

Más allá del beneficio económico que representaría para el Estado receptor de la inversión, la importancia de abordar la corrupción de manera directa en un TBI o en otro instrumento de Derecho Internacional, se evidencia por la diversidad de criterios contenidos en decisiones de tribunales arbitrales y las diferentes formas en las que han abordado alegaciones de corrupción. No son pocos los Estados que han invocado una defensa de corrupción cuando un inversionista presenta un reclamo en su contra fundado en un TBI. En estos casos, la dificultad que enfrentan tribunales arbitrales al decidir sobre una defensa de corrupción es su limitada

52. H. RAESCHKE-KESSLER Y D. GOTTWALD. "Corruption in Foreign Investment - Contracts and Dispute Settlement between Investors, States, and Agents", *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 9, No. 1, 2008, p. 6.

53. Ídem.

54. *Ver Sistem Mühendislik In aat Sanayi ve Ticaret A. c. República de Kyrgyz*, Caso CIADI No. ARB(AF)/06/1, Laudo de 09/09/2009, p. 41. En este caso, el Tribunal Arbitral se remitió a la definición de "cohecho" contenida en el Art. 1 de la Convención de la OCDE considerándola una definición "razonable y útil".

jurisdicción para determinar la existencia y los efectos de actos de corrupción dentro del marco de un tratado que no regula de manera específica la materia al aplicar el Derecho Internacional de Inversiones, una categoría que permanece en constante evolución.

3.2. El tratamiento de la corrupción en el arbitraje internacional de inversiones

El Derecho Internacional ha creado varias herramientas indirectas para controlar la corrupción. Probablemente, uno de estos mecanismos es el arbitraje Inversionista-Estado. Tribunales arbitrales han empezado a crear una base para lo que “potencialmente podrá ser el principal mecanismo de control para combatir, o al menos sancionar, la corrupción transnacional”⁵⁵. Por una parte, se ha establecido que la lucha contra la corrupción no es un deber de un tribunal de arbitraje de inversión debido a su falta de poder coercitivo⁵⁶. Sin embargo, un tribunal puede enfrentarse a alegaciones de corrupción, sobre las que necesariamente debe pronunciarse para determinar la validez de un reclamo y dictar un laudo ejecutable⁵⁷.

En efecto, resulta aún más complicado hallar el nivel de protección que debería recibir un inversionista en un ambiente propenso a prácticas de corrupción, en el cual tanto las compañías internacionales como los Estados operan e interactúan en varios niveles⁵⁸. La jurisprudencia del CIADI y de casos UNCITRAL revela que los tribunales han abordado alegaciones sobre corrupción, esencialmente, mediante la aplicación de tres análisis legales: (i) la obligación de invertir de acuerdo a las leyes y regulaciones del Estado; (ii) el orden público transnacional; y, (iii) la doctrina de las manos limpias.

55. A. LLAMZON. *Corruption in International Investment Arbitration*, Oxford, 2014, p. 1.04.

56. D. BAIZEAU Y T. HAYES. “The Arbitral Tribunal’s Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte”, en Andrea Menaker (Ed.), *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity*, ICCA Congress Series, Vol. 19, 2017, p. 247.

57. A. LLAMZON. “The Control of Corruption through International Investment Arbitration: Potential and Limitations”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 102, 2008, p. 208.

58. Ídem, p. 209.

3.2.1. La obligación de invertir de conformidad con las leyes del país receptor de la inversión

Algunos TBIs estipulan que solamente las inversiones realizadas cumpliendo la ley del país receptor se encuentran cubiertas por el tratado. Por ejemplo, el Art. 1(g) del Convenio entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno del Ecuador para el fomento y la protección de inversiones de 1997 señala:

(g) “inversión” significa cualquier clase de activo que pertenezca o esté controlado directamente o indirectamente por un inversionista de un tercer Estado, por un Inversionista de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante **a tenor de las leyes aplicables de esta última**; (...) ⁵⁹. [*El énfasis nos pertenece*].

Del mismo modo, el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador de 1997, en su artículo 1.2, señala:

A efectos del presente Acuerdo: (...) 2. Por inversiones se designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, **adquiridos de acuerdo con la Legislación del país receptor de la inversión** (...) ⁶⁰. [*El énfasis nos pertenece*].

En la decisión del caso *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistan*, el tribunal arbitral conformado por Gabrielle Kaufmann-Kohler, John M. Townsend, y Claus von Wobeser, decidió que no tiene competencia para conocer los reclamos de las partes traídas bajo el TBI Israel-Uzbekistán, debido a los actos de corrupción vinculados con la inversión de Metal-Tech. El tribunal concluyó que, si bien el derecho internacional rige la carga de la prueba y, conforme a ello, cada parte debe probar sus alegaciones, en este caso la existencia de corrupción fue notada por el tribunal de los hechos del caso y, en ejercicio de sus poderes *ex officio*, solicitó explicaciones a las partes. La decisión reconoce la dificultad de probar la existencia de corrupción, por lo que concede que sea probada por medio de evidencia circunstancial. Consecuentemente, el tribunal determinó

59. Convenio entre el Gobierno de Canadá y el Gobierno del Ecuador (1997), Artículo 1.

60. Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador (1997), Artículo 1.

que se probó con certeza razonable que la inversión no fue realizada, desde su inicio, de conformidad con las leyes de Uzbekistán.

El tribunal consideró que los pagos realizados por Metal-Tech a varios funcionarios del gobierno de Uzbekistán al momento de realizar la inversión constituían un acto ilegal bajo la ley doméstica de Uzbekistán que prohibía el pago de coimas a funcionarios públicos. El tribunal declaró que no tenía jurisdicción fundamentándose en el requisito de legalidad de la inversión contenido en el TBI, de acuerdo con el cual el consentimiento de Uzbekistán para acudir a arbitraje se refiere únicamente a inversiones realizadas de acuerdo con las leyes y reglamentos del país receptor⁶¹.

En *Inceysa c. El Salvador*, El Salvador manifestó que la inversionista obtuvo su contrato después de cometer fraude en el proceso de adjudicación del contrato y, por lo tanto, la inversión no fue realizada de acuerdo con su ley doméstica, tal como lo requería el TBI España-El Salvador⁶². En esta misma línea, el Estado sostuvo que, bajo su ley, las inversiones fraudulentas no pueden beneficiarse de la protección de la ley y del tratado y, en consecuencia, el tribunal no podría asumir jurisdicción sobre la controversia⁶³. El tribunal determinó que Inceysa falsificó la información financiera que presentó en el proceso de licitación⁶⁴ y ocultó información crucial para la adjudicación⁶⁵. En consecuencia, el tribunal concluyó que no tenía jurisdicción para conocer la controversia ya que la inversionista incumplió la ley de El Salvador y violó el principio de buena fe al momento de hacer su inversión en el Estado receptor y, por lo mismo, no puede beneficiarse de la protección del TBI⁶⁶.

La jurisprudencia del CIADI revela que no toda violación de la ley del Estado receptor conlleva a la ilegalidad de una inversión, solamente una grave violación podría generar este efecto⁶⁷. El

61. *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, Caso CIADI No. ARB/10/3, Laudo de 04/10/ 2013.

62. *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Laudo de 2/08/2006, pár. 45.

63. Ídem, pár. 239.

64. Ídem, pár. 103-110.

65. Ídem, pár. 119-122; 111-113.

66. Ídem, pár. 239.

67. K. BETZ. *Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration: On Applicable Criminal Law and Evidence*, Cambridge University Press, 2017, pár. 18.

tribunal de *L.E.S.I.-DIPENA c. Algeria* señaló que la disposición del TBI respecto a la conformidad de la inversión con las leyes domésticas solamente “busca excluir de la protección aquellas inversiones realizadas que sean contrarias a principios fundamentales”⁶⁸. El requisito de legalidad de la inversión ha sido considerado incluso cuando no está contenido expresamente en el texto del TBI. Ello sucede particularmente cuando la posible ilegalidad concierne a la “esencia de la inversión”⁶⁹.

Remitirse a la ley nacional para definir el ámbito de aplicación de un TBI puede presentar dos dificultades. Primero, salvo que el TBI lo estipule expresamente, de este tipo de provisiones no queda claro si la disposición se refiere al cumplimiento de la ley al momento de realizar la inversión –momento inicial– o a lo largo de la ejecución y operación de esta en el Estado receptor⁷⁰. Segundo, permitir la determinación de una inversión sobre la base del ordenamiento jurídico doméstico podría incentivar de forma negativa el ejercicio de la potestad de legislar del Estado⁷¹. Aunque el requisito de legalidad ha sido de utilidad para tribunales arbitrales que conocen defensas de corrupción, este no ha sido interpretado de forma uniforme debido a la variación en el texto de cada tratado.

3.2.2. El orden público transnacional

El orden público transnacional tiene un ámbito de aplicación restringido, sin embargo, parece ser universalmente utilizado por cortes domésticas y tribunales arbitrales internacionales⁷². Si bien este concepto refleja los Principios del Derecho Internacional Público, no forma parte de este, ni del derecho interno de un Estado. Al respecto se ha manifestado:

68. *Conorzio Groupment L.E.S.I.-DIPENA c. República Democrática de Algeria*. Caso CIADI No. ARB/03/08, Laudo de 10 enero 2005, párr. 24(iii).

69. K. BETZ. N. 67, p. 17. *Ver también Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/11/12, Laudo de 10/12/2014, párr. 332 y *Gustav F W Hamester GmbH & Co KG c. República de Ghana*, Caso CIADI No. ARB/07/24, Laudo de 18/06/2010, párr. 124.

70. *Ver Fraport c. Filipinas II*, N. 59, en donde el Tribunal determinó que el requisito de cumplimiento de la ley debe observarse en el momento inicial, al realizar la inversión, mas no durante su ejecución.

71. *Ver Opinión disidente del Laudo de Fraport c. Filipinas II* del Dr. Bernardo Cremades.

72. K. BETZ. N. 67, p. 30.

El orden público transnacional no forma parte de ningún ordenamiento jurídico, ni de Derecho Internacional Público, ni de un orden jurídico nacional, siendo el último (el más restringido) orden público de un Estado aplicado a sus transacciones internacionales. Al contrario, el orden público transnacional es el “núcleo común” del orden público de muchos Estados, lo cual por su propia naturaleza refleja los principios fundamentales del Derecho Internacional Público⁷³.

En *World Duty Free c. Kenia* la compañía reconoció que donó \$ 2 millones al Presidente Kenyano, Daniel Arap Moi, en relación al contrato para la construcción, mantenimiento y operación de complejos *duty free* en los aeropuertos de Kenia⁷⁴. Kenia argumentó que el contrato no era ejecutable debido al acto de corrupción que permitió a la demandante obtenerlo. En consecuencia, al amparo de la ley inglesa y la de Kenia, el tribunal concluyó que el contrato era ilegal y violaba el orden público. Si bien este arbitraje no tuvo como fuente un TBI, el pronunciamiento del tribunal frente al soborno realizado es de suma importancia, pues demuestra que no es absolutamente necesario contar con cláusulas específicas anticorrupción para lidiar con situaciones como esta.

El tribunal sostuvo que, incluso si este tipo de donaciones fuera una práctica común en Kenya, este acto es “contrario al orden público internacional de la mayoría, si no de todos, los Estados, o para usar otra fórmula, al orden público transnacional”⁷⁵. El tribunal estableció que el orden público protege “no a los litigantes, pero al público; o en este caso, a la comunidad que paga impuestos y otros ciudadanos que conforman uno de los países más pobres del mundo”⁷⁶. Asimismo, en su decisión, el tribunal citó la decisión del año 1963 del Juez Lagergren en un caso de la Cámara de Comercio Internacional en el que afirmó que la “corrupción es un mal

73. CAIRNS citado en K. BETZ. N. 67, p. 30.

74. A. LLAMZON. N. 55, pp. 211-212.

75. *World Duty Free Company Ltd. c. República de Kenia*, Caso CIADI No. ARB/00/7, Laudo de 04/10/2006. Ver también *Wena Hotels Ltd. c. Egipto*, Caso CIADI No. ARB/98/4, Laudo de 8/12/2000 y *EDF (Services) Limited c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo 8/10/2009.

76. Ídem, pár. 180- 181.

internacional; es contrario a la moral y al orden público internacional común a la comunidad de todas las naciones”⁷⁷.

Lo que resulta interesante en este caso es la omisión por parte de Kenia en exonerar al Presidente Moi de procesos legales en su contra a pesar de que su defensa en el arbitraje se basó en la coima pagada a Moi⁷⁸. Esto deja pensar que Kenia, en última instancia, se benefició de su propia corrupción. Ello típicamente sucede en países en donde los controles contra la corrupción son insuficientes y aquellos en los que los gobiernos son deliberadamente corruptos. A manera de ejemplo, el ranking de Kenia por *Transparency International* es 124 de 180⁷⁹.

Como lo han notado varios tribunales arbitrales, la corrupción no puede favorecer al Estado, el cual generalmente se beneficia de la defensa de corrupción. Al respecto, en su laudo final, el tribunal de *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán* reconoció que el resultado de casos que involucran corrupción podría parecer que exonera a demandados que podrían estar involucrados en los actos de corrupción, dándoles una ventaja injusta frente a su contraparte⁸⁰. Sin embargo, la idea “no es penalizar a una parte a costo de la otra, al contrario, se trata de promover el ‘rule of law’, que exige que un tribunal no asista a aquella parte que ha incurrido en un acto de corrupción”⁸¹.

El análisis de temas de corrupción desde la perspectiva del orden público toma mayor importancia en casos CIADI. A diferencia de arbitrajes con sede en un determinado país, en los que el laudo no está sujeto a revisión por parte de las cortes de la sede del arbitraje, los laudos emitidos en casos CIADI no son revisados por ninguna corte y son directamente ejecutables de conformidad con el Convenio CIADI. A pesar de que existe un proceso de anulación disponible en la Convención, la violación al orden público no es una causal de anulación. En consecuencia, es

77. I. ODUMOSU. “International Investment Arbitration & Corruption Claims: An Analysis of World Duty Free v. Kenya”, *Law and Development Review*, Vol. 4, No. 3, 2011, p. 108.

78. J. VASAGAR. “Moi to escape corruption charges”, *The Guardian*, <<https://bit.ly/37GBzkz>> (12/08/2021).

79. *Transparency International*, N. 43.

80. *Metal-Tech Ltd. c. República de Uzbekistán*, N. 58, párr. 389.

81. Ídem.

necesario que, al menos en casos CIADI, los tribunales analicen las cuestiones de orden público durante el procedimiento⁸².

El caso de *Siemens c. Argentina* demuestra “el poder disruptivo que pueden tener las pruebas de la existencia de corrupción sobre procedimientos arbitrales activos”⁸³. Después de que el tribunal dictó su laudo final a favor de Siemens, Argentina solicitó la anulación del laudo al amparo del Convenio CIADI⁸⁴. Sin embargo, investigaciones en Alemania hicieron pública una admisión del presidente de la compañía respecto a una coima pagada a autoridades argentinas para obtener el contrato en cuestión en el arbitraje⁸⁵. Después de que Argentina solicitó la revisión del laudo sobre la base de estos nuevos hallazgos, investigaciones por parte de Estados Unidos bajo la FCPA conllevaron a la admisión de culpabilidad por parte de Siemens⁸⁶. Frente a ello, la compañía llegó a un acuerdo transaccional con Argentina que dio por terminado los procesos de revisión y anulación del laudo⁸⁷.

3.2.3. La doctrina de las manos limpias

En el caso de *Adler c. República Federal de Nigeria*, la Corte de Apelación del Noveno Circuito de Estados Unidos aplicó la doctrina de las manos limpias para declarar la ilegalidad de un contrato que se había ejecutado parcialmente, cuyo objeto era el soborno y la defraudación del gobierno de Nigeria. De este modo, se impidió que la parte actora recupere el dinero que había entregado a su contraparte. La Corte define a la doctrina de las manos limpias como un mecanismo para impedir que una parte presente un reclamo de mala fe, y cerrar las puertas de una corte de justicia para un reclamo

-
82. S. WILSKE, Y W. OBEL. “The ‘corruption Objection’ to Jurisdiction in Investment Arbitration: Does It Really Protect the Poor?”, en K. NADAKAVUKAREN SCHEFER (Ed.), *Poverty and the International Economic Legal System: Duties to the World’s Poor*, Cambridge University Press, 2013, p. 183.
83. A. LLAMAZON. N. 55, párr. 6.58.
84. Ídem.
85. L. PETERSON. “Argentina and Siemens Asks Annulment Committee to Suspend Proceedings”, *Investment Arbitration Reporter*, 2008.
86. Department of Justice, *Eight Former Senior Executives and Agents of Siemens Charged in Alleged \$100 Million Foreign Bribe Scheme*, <<https://bit.ly/3kbReOL>> (12/08/2021).
87. A. LLAMAZON. N. 55, párr. 6.61.

proveniente de una conducta injusta, incluso si la conducta del demandado es impropia⁸⁸.

Se ha sostenido que la doctrina de las manos limpias tiene su origen en el principio de la buena fe⁸⁹ y que su aplicación impediría a un inversionista que ha incurrido en actos de corrupción relacionados con su reclamo, presentarlo ante un tribunal arbitral y esperar que este prospere. En el mismo sentido, un tribunal arbitral que se enfrenta a una defensa de corrupción por parte de un Estado, aplicando la doctrina de las manos limpias impediría que este cometa un ilícito –a través de sus funcionarios públicos– y se beneficie de ello al evitar su responsabilidad.

La doctrina de las manos limpias ha tenido amplia aplicación en las cortes domésticas, pero su aceptación no es general en el contexto internacional. En *Guyana c. Suriname*, el tribunal conformado al amparo de la Convención de los Derechos del Mar confirmó que “el uso de la doctrina de las manos limpias ha sido escaso y su aplicación por parte de otros tribunales ha sido inconsistente”⁹⁰. Incluso en el laudo del caso *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa*, el tribunal, refiriéndose a la doctrina de las manos limpias, sostuvo que “no ha sido persuadido sobre la existencia del principio como un principio general del Derecho reconocido por las naciones civilizadas”⁹¹.

El tribunal en *Niko Resources Ltd c. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation* se basó en decisiones que expresan la duda respecto a la existencia de la doctrina de las manos limpias en derecho internacional. Adicionalmente, concluyó que, incluso si esta regla existiera en Derecho Internacional, su aplicación sería relevante solamente en casos en los que el demandante invoque una ilegalidad parte del demandando en la que el demandante también haya estado involucrado⁹².

88. *Adler c. República Federal de Nigeria*, 219 F.3d 869 (9th Cir. 2000).

89. *Niko Resources Ltd c. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation*, Caso CIADI No. ARB/10/18, Laudo de Jurisdicción, 19/08/2013, pág. 476.

90. *Guyana c. Suriname*, Permanent Court of Arbitration, ICGJ 370 (PCA 2007), Award, 17 septiembre 2007, pág. 418.

91. *Yukos Universal Limited (Isle of Man) c. Federación Rusa*, Caso PCA No AA 227, ICGJ 481 (PCA 2014), Laudo de 18/06/2014, pág. 1358.

92. A. LLAMZON. N. 55, pág. 6.288.

Adicionalmente, en casos más recientes se ha visto una tendencia más favorable al reconocimiento de la doctrina de las manos limpias como un fundamento para las objeciones de corrupción que presentan los Estados ante los reclamos de un inversionista. En *Hesham Talaat M Al-Warraq c. Indonesia*, el tribunal aplicó la doctrina de las manos limpias para declarar la inadmisibilidad del reclamo de la demandante⁹³.

4. LA NECESIDAD DE INCLUIR CLÁUSULAS ANTICORRUPCIÓN EN LOS TRATADOS DE INVERSIÓN MODERNOS

A inicios de los noventa, durante las negociaciones de tratados de inversión no se consideró de ninguna manera que la corrupción pueda ser un tipo de reconvencción u objeción dentro de un arbitraje inversionista-Estado. Como se vio al inicio de este artículo, en aquella época las normas transnacionales contra la corrupción eran pocas. El silencio de los tratados respecto a los temas de corrupción son el más claro ejemplo de esta situación. En la actualidad, resulta necesario que los TBIs se pronuncien sobre temas de corrupción por dos razones: (i) la posibilidad de disminuir índice de corrupción al desmotivar este tipo de conductas y (ii) al impulsar la inversión y disminuir la corrupción, un TBI cumple uno de sus fines principales: potenciar el desarrollo económico y social del Estado.

Primero, la necesidad de impulsar el desarrollo económico y social en los países motiva a los gobiernos a mantener una política pública de atracción de inversiones. En consecuencia, los Estados y los inversionistas –empresas multinacionales– se ven en una interacción constante. La historia ha demostrado que este tipo de interacción en países en desarrollo, además de ser beneficiosa para la sociedad, también puede ser un riesgo. La adopción de medidas que desmotiven, tanto a inversionistas como a funcionarios públicos, a involucrarse en actos de corrupción permitiría fomentar la inversión y disminuir este tipo de riesgos. Estas medidas son el contenido de la disposición que se incluya sobre corrupción en un TBI.

Segundo, de acuerdo con una serie de estudios, se ha afirmado que la corrupción es perjudicial para el desarrollo y el crecimiento

93. Ver *Hesham Talaat M Al-Warraq c. República de Indonesia*, UNCITRAL, Laudo de 15/12/2014, pág. 646.

de un Estado⁹⁴. Además, si bien la inversión tiende a impulsar el crecimiento y el desarrollo de la economía, se ha comprobado que incluso en situaciones en las que existe inversión, pero acompañada de un índice alto de corrupción, los efectos de crecimiento y desarrollo tienden a reducirse sustancialmente⁹⁵.

Si en este último contexto, adicionalmente existen condiciones de confrontación política, gobernanza deficiente, ineficiencia del sistema judicial y en general un estado de derecho débil, el impacto de la corrupción en la inversión empeora cada vez más⁹⁶. Ello quiere decir que los beneficios recibidos disminuyen trascendentalmente en un país receptor de inversión si la corrupción afecta a muchos, o la mayoría, de sus negocios. Una política de atracción de inversión debe necesariamente ir acompañada de una política anticorrupción, pues solamente de esta manera la inversión extranjera tendrá los efectos deseados en un Estado.

La política anticorrupción y la política de promoción de inversiones tienen un objetivo común, el desarrollo de un país. Por ello, algunos países ya han tomado medidas para hacer explícita la necesidad de que sus TBIs sean un mecanismo para reducir los actos ilícitos y corruptos⁹⁷.

4.1. Las nuevas tendencias en la negociación de Tratados de Inversión

La inclusión de una disposición cuyo objetivo sea la eliminación de la corrupción es una muestra de la postura de ciertos Estados frente a este fenómeno que, en la última década, se ha presentado en todos los países en mayor o menor medida. Los Estados han optado por dos tipos de disposiciones: aquellas mediante las cuales los Estados se comprometen a adoptar medidas para combatir la corrupción y aquellas que obligan a los inversionistas a no incurrir en actos de corrupción –una obligación de no hacer.

94. N. JOHNSON et al., “Corruption Is Bad for Growth (Even in the United States)”, *Public Choice*, Vol. 147, No. 3/4, 2011, p. 391.

95. P. MÉON Y K. SEKKAT. “Does Corruption Grease or Sand the Wheels of Growth?”, *Public Choice*, Vol. 122, 2005, p. 91.

96. Ídem.

97. K. BETZ. N. 65, p. 5.

4.1.1. Disposiciones que obligan al Estado a combatir la corrupción

Ciertos Estados han optado por comprometerse a garantizar la existencia de un marco legal e institucional para enfrentar la corrupción. El lenguaje empleado en la mayoría de los tratados es amplio y da flexibilidad a los Estados para incorporar las medidas que considere adecuadas en su normativa. Por ejemplo, el Art. 8 del Acuerdo de Cooperación Económica entre Japón y Filipinas señala:

Art. 8.- Medidas contra la corrupción.

Cada Parte se asegurará que se adopten las medidas y los esfuerzos necesarios para combatir la corrupción en relación con las materias que forman parte de este Acuerdo en concordancia con sus leyes y reglamentos. (...)⁹⁸.

Otros tratados han optado por incluir más detalles en sus cláusulas anticorrupción, requiriendo conductas específicas por parte de ambos Estados, por ejemplo, al definir en qué casos existe un delito en el contexto del comercio y la inversión. Este es el caso del Art. 18.5 del Tratado de Libre Comercio entre Marruecos y Estados Unidos que establece:

Artículo 18.5: Anticorrupción.

1. Las partes reafirman su intención de eliminar el cohecho y la corrupción en el comercio y la inversión internacional.
2. Cada parte adoptará o mantendrá las medidas legislativas, o de cualquier otro tipo, que sean necesarias para establecer que bajo su ley doméstica, en el contexto del comercio y la inversión, constituye un delito penal cuando:
 - (a) una autoridad pública o una persona que ejerce potestades públicas para una de las Partes, intencionalmente solicita o acepta, directa o indirectamente, cualquier artículo de valor monetario u otro beneficio (...);
 - (b) cualquier persona sujeta a la jurisdicción de una Parte ofrece o asegura intencionalmente, de forma directa o

98. Agreement between Japan and The Republic of Philippines for an Economic Partnership (2006), Artículo 8. *Ver también* Protocolo al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (2014), Artículo 8.15.

indirecta, a una autoridad pública o a una persona que ejerce potestades públicas cualquier artículo de valor monetario u otro beneficio (...)»⁹⁹.

Estos y muchos otros tratados internacionales de comercio y de inversiones abordan la corrupción desde la perspectiva de la obligación estatal de contar con una normativa que penalice y sancione este tipo de prácticas¹⁰⁰. Otros instrumentos internacionales, como por ejemplo el Protocolo al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico, lo abordan también desde la perspectiva privada. En este último caso, los Estados parte se comprometieron a fomentar las prácticas de responsabilidad social corporativa, pero recordando a las empresas la importancia de incorporar estándares de lucha contra la corrupción en sus operaciones¹⁰¹. Aunque estas obligaciones y deberes ya se veían contenidos de manera general en otros instrumentos que desde 1997 se suscribieron a nivel internacional, en el contexto del comercio y las inversiones, representa un gran avance.

99. United States and Morocco Free Trade Agreement (2006). Traducción no oficial. ARTICLE 18.5: ANTI-CORRUPTION 1. The Parties reaffirm their continuing resolve to eliminate bribery and corruption in international trade and investment. 2. Each Party shall adopt or maintain the necessary legislative or other measures to establish that it is a criminal offense under its law, in matters affecting international trade or investment, for: (a) a public official of the Party or a person who performs public functions for the Party intentionally to solicit or accept, directly or indirectly, any article of monetary value or other benefit, such as a favor, promise, or advantage, for himself or for another person, in exchange for any act or omission in the performance of his public functions; (b) any person subject to the jurisdiction of the Party intentionally to offer or grant, directly or indirectly, to a public official of the Party or a person who performs public functions for the Party any article of monetary value or other benefit, such as a favor, promise, or advantage, for himself or for another person, in exchange for any act or omission in the performance of his public functions; (c) any person subject to the jurisdiction of the Party intentionally to offer, promise, or give any undue pecuniary or other advantage, directly or indirectly, to a foreign official, for that official or for another person, in order that the official act or refrain from acting in relation to the performance of official duties, in order to obtain or retain business or other improper advantage in the conduct of international business; and (d) any person subject to the jurisdiction of the Party to aid or abet, or to conspire in, the commission of any of the offenses described in subparagraphs (a) through (c). 3. Each Party shall make the commission of an offense described in paragraph 2 liable to sanctions that take into account the gravity of the offense. 4. Each Party shall strive to adopt or maintain appropriate measures to protect persons who, in good faith, report acts of bribery described in paragraph 2. 5. The Parties recognize the importance of regional and multilateral initiatives to eliminate bribery and corruption in international trade and investment. The Parties shall work jointly to encourage and support appropriate initiatives in relevant international fora.

100. *Ver* Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (2016) y J. ROBBINS. “A Secret Weapon, But for Whom?: Investment Disputes Under the Trans-Pacific Partnership’s Anti-Corruption Chapter”, <<https://bit.ly/3g3UfPP>> (10/08/2021).

101. Protocolo al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (2014), Artículo 10.30.2.

Una disposición que proporcione elementos a un árbitro para pronunciarse sobre una alegación de corrupción deberá, además de requerir la adopción de medidas legislativas contra la corrupción, obligar a los Estados a aplicar las medidas adoptadas con el fin de crear y mantener un ambiente libre de corrupción. No es suficiente tener un marco legislativo anticorrupción si las instituciones públicas no lo aplican o ejecutan cuando existe un acto de corrupción. De esta manera, un tribunal podrá verificar que existen normas que, al inobservarlas, tienen un mecanismo de aplicación y sanción que funciona correctamente.

4.1.2. Disposiciones que obligan a inversionistas a abstenerse de incurrir en actos de corrupción

El segundo tipo de disposiciones limitan el alcance de protección de un tratado al restringir su cobertura únicamente a las inversiones que no se encuentren vinculadas con corrupción. En este sentido, la posibilidad de un inversionista de recurrir a un mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado se ve condicionada a su cumplimiento con las normas anticorrupción.

El Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de Inversiones entre Brasil y Ecuador, además de requerir a los Estados a adoptar medidas para prevenir y combatir la corrupción, el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo en relación con el comercio y las inversiones, también da la posibilidad a los Estados de limitar la protección de inversiones vinculadas con corrupción. En este sentido, el artículo 16.2 establece:

Nada de lo dispuesto en este Acuerdo obligará a cualquier de las Partes a proteger inversiones realizadas con capitales o activos de origen ilícito o inversiones en cuyo establecimiento u operación se comprobaron actos de corrupción u otros ilícitos para los cuales la legislación nacional prevea la punición por pérdida de activos¹⁰².

El Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre Marruecos y Nigeria recoge este tipo de provisiones

102. Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República del Ecuador (2019), Artículo 16.

en su Art. 17. Este acuerdo, además de obligar a las Partes a adoptar las medidas necesarias para prevenir y combatir la corrupción, prevé que los inversionistas y sus inversiones no pueden involucrarse en actos de corrupción, directa o indirectamente.

El incumplimiento de esta obligación, de acuerdo con el Tratado, será considerado un quebrantamiento de la ley doméstica en el establecimiento y la ejecución de la inversión¹⁰³. El efecto de esta consecuencia es que la inversión no se encontrará cubierta por la protección del Acuerdo al no cumplir con el requisito de conformidad con la ley, prescrito en su Art. 1¹⁰⁴.

Varios Estados han incluido disposiciones similares en sus tratados modelos. Por ejemplo, el Tratado de Inversión Modelo de la Comunidad Sudafricana para el Desarrollo incorpora una obligación común para los inversionistas y los Estados al señalar:

Art. 10.1. Obligación común contra la Corrupción

Los inversionistas y sus inversiones no podrán, antes del establecimiento de su inversión o después, ofrecer, prometer o dar ningún pago u otra ventaja, directa o a través de intermediarios, a un servidor público del Estado Anfitrión, o a un miembro de su familia, o a un asociado en el negocio o

103. Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria (2016), Article 17: “Anti-Corruption. 1) Each Contracting Party shall ensure that measures and efforts are undertaken to prevent and combat corruption regarding matters covered by this Agreement in accordance with its laws and regulations 2) Investors and their Investments shall not, prior to the establishment of an Investment or afterwards, offer, promise or give any undue pecuniary or other advantage, whether directly or through intermediaries, to a public official of the Host State, or a member of an official’s family or business associate or other person in close proximity to an official, for that official or for a third party, in order that the official or third party act or refrain from acting in relation to the performance of official duties, in order to achieve any favour in relation to a proposed investment or any licenses, permits, contracts or other rights in relations to an investment. 3) Investors and their Investments shall not be complicit in any act described in Paragraph 1 above, including incitement, aiding and abetting, and conspiracy to commit authorization of such acts. 4) A breach of this article by an investor or an investment is deemed to constitute a breach of the domestic law of the Host State Party concerning the establishment and operation of an investment. 5) The States Parties to this Agreement, consistent with their applicable law, shall prosecute and where convicted penalize persons that have breached the applicable law implementing this obligation.”

104. Ídem, “Art.1 (...)” Investment” Investment means an enterprise within the territory of one State established, acquired, expanded or operated, in good faith, by an investor of the other State in accordance with law of the Party in whose territory the investment is made taken together with the asset of the enterprise which contribute sustainable development of that Party and has the characteristics of an investment involving a commitment of capital or other similar resources, pending profit, risk-taking and certain duration.”

a cualquier otra persona que tenga una relación cercana con un servidor, destinado para el servidor público o a un tercero, con el fin de que el servidor o la tercera parte actúe o se abstenga de actuar en relación al ejercicio de sus potestades, con el objeto de obtener cualquier favor en relación a dicha inversión o cualquier licencia, permiso, contrato u otros derechos en relación a la inversión¹⁰⁵.

La inserción de este tipo de cláusulas en Tratados Bilaterales de Inversión es un mecanismo que parece adecuado para disuadir a los actores involucrados en corrupción. Su objetivo principal se enfocaría en evitar que inversionistas que han incurrido en actos de corrupción para beneficiar su inversión, acudan a un mecanismo de solución de controversias con el fin de que esta misma inversión goce de una serie de protecciones¹⁰⁶.

Al mismo tiempo, requiere al Estado mantener un ambiente libre de corrupción y proporcionar las herramientas para investigar y sancionar actos de corrupción. Las conductas que se busca evitar son contrarias tanto a la política anticorrupción como a la política de atracción de inversiones, y por tanto contrarias a su objetivo común: el desarrollo económico y social del país receptor de la inversión. Por lo tanto, el efecto de la corrupción es un factor transversal que se vería directamente reflejado en el desarrollo de un país.

5. CONCLUSIONES

Desde 1970 se ha intentado adoptar medidas efectivas contra la corrupción, lo que ha conllevado a la suscripción de numerosos instrumentos internacionales multilaterales con el objetivo de combatir la corrupción. Ecuador forma parte de dos instrumentos de suma importancia para este objetivo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

Adicionalmente, a nivel regional, la Decisión Andina 668 que contiene el Plan Andino de Lucha Contra la Corrupción (PALCC)

105. Southern African Development Community Model Bilateral Investment Treaty and Commentary (2011).

106. J. YACKEE. "Investment Treaties and Investor Corruption: An Emerging Defense for Host States", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52, No. 3, 2012, pp. 745-746.

también forma parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano. No obstante la aplicación de estos instrumentos internacionales, el índice de percepción de corrupción no ha disminuido en Ecuador.

Por otra parte, la corrupción ha sido utilizada con frecuencia como una defensa de los Estados en un arbitraje de inversión cuando un inversionista incurre en este tipo de prácticas. Tomando en consideración la cantidad de acciones iniciadas por Fiscalía en los últimos tres años, no sorprendería que en los próximos años el Estado ecuatoriano invoque esta defensa en arbitrajes internacionales. Se ha evidenciado que un Tribunal puede abordar esta defensa de múltiples maneras. Ello sugiere que una alegación de corrupción requerirá que su fundamento, límites y consecuencias sean delineados de forma detenida con el fin de evitar interpretaciones contradictorias.

Entre 2016 y 2017, uno de los escándalos más grandes de corrupción en la región y en el país salió a la luz. Desde entonces, se ha emprendido una campaña de erradicación de corrupción en las instituciones públicas ecuatorianas, liderada por la Fiscalía General del Estado y el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. A la par de estos acontecimientos, el Ecuador ha mostrado su política de atracción de inversión como una prioridad a través de una serie de sucesos, tales como: la Resolución de la Asamblea Nacional solicitando la reinterpretación constitucional del artículo 422 —por el cual se denunciaron más de 25 Tratados Bilaterales de Inversión¹⁰⁷; la firma de varios Contratos de Inversión desde junio de 2018¹⁰⁸; la reforma al Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones a través de Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal; y la reciente firma del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI)¹⁰⁹.

La política anticorrupción y la política de atracción de inversiones deben vincularse estrechamente. Un mecanismo para

107. Ver Caso 0002-18-IC. Corte Constitucional. Disponible en <<https://bit.ly/3CGbf8t>> (08/08/2021).

108. D. PÉREZ. “Ecuador firma convenios de inversión”, *Comunidad de comercio exterior*, <<https://bit.ly/37Ho5F2>> (07/08/2021).

109. Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, Registro Oficial Suplemento 309, (21/08/2018).

lograr esta relación es la inclusión de una sección específica sobre corrupción en los nuevos Tratados de Inversión que se pretenda negociar. El compromiso de varios países con este objetivo se evidencia en la variedad de convenios internacionales suscritos y ello permite inferir que ningún país comprometido con combatir la corrupción en su territorio se inclinaría por rechazar este tipo de medidas.

Esta es uno de los mecanismos que deben implementarse con el fin de erradicar la corrupción en el ámbito de las inversiones extranjeras. Indudablemente existen otras que requieren mayor análisis y esfuerzos para ser implementadas, pero que, bajo ningún supuesto, deben dejarse de lado; entre ellas, mecanismos eficientes para erradicar la corrupción pasiva – aquella que proviene del funcionario público que solicita o acepta una coima.

Un punto que debe considerarse al momento de negociar un Tratado de Inversión es el equilibrio necesario entre ambas políticas, anticorrupción y de atracción de inversión. En primer lugar, ambas políticas tienen como fin fomentar el desarrollo económico y social del país. En segundo lugar, la erradicación de la corrupción hace que el Estado sea más atractivo para la inversión extranjera, por lo tanto, al impulsar la política anticorrupción, indirectamente se impulsa la atracción de inversiones¹¹⁰. Finalmente, la inclusión de provisiones que eviten que aquella inversión vinculada a actos de corrupción sea objeto de protección del Tratado, sin duda, será una herramienta para un tribunal arbitral al momento de decidir casos al amparo de un TBI.

110. J. Woo. “The Impact of Corruption on a Country’s FDI Attractiveness: A Panel Data Analysis, 1984-2004.”, *Journal of International and Area Studies*, Vol. 17, No. 2, 2010, pp. 71–91.

