

INVERSIONES INTERNACIONALES Y CORRUPCIÓN EN AMÉRICA LATINA: LA FUNCIÓN DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES EN EL AVANCE DE LA INSTITUCIONALIDAD DEMOCRÁTICA

Katia FACH GÓMEZ*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La lucha anticorrupción y la defensa de la institucionalidad en América Latina: agentes endógenos y exógenos.* III. *La actitud del arbitraje de inversiones ante la corrupción internacional.* IV. *El papel del arbitraje de inversiones en la lucha anticorrupción y en la defensa de la institucionalidad: propuestas jurídicas.*

I. INTRODUCCIÓN

Las últimas cifras ofrecidas por el Banco Mundial en materia de corrupción son sobrecogedoras: al año se abonan 1,5 billones de USD en sobornos, llegando a constituir la corrupción aproximadamente el 2% del producto interior bruto mundial.¹ Este trabajo va a centrar su atención en la corrupción en el contexto de las inversiones internacionales que se realizan en Latinoamérica. La trama

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Zaragoza (España) y miembro del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) de la Universidad Complutense de Madrid. La elaboración de este artículo se enmarca dentro de un proyecto de investigación financiado por la *Humboldt Stiftung (Forschungsstipendium für erfahrene Wissenschaftler)*. La autora también es miembro de los proyectos de investigación DER2016-80568-R, DER2017-85585-P, LegMIBIO S12_17R DGA. Dirección de contacto: katiafachgomez@gmail.com. En espera de la publicación de la presente obra colectiva, una versión anterior de este capítulo fue publicada como documento de trabajo en Fach, Katia, *Inversiones internacionales y corrupción en América Latina: la función del arbitraje de inversiones en el avance de la institucionalidad democrática*, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper núm. 2017-23, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3052228.

¹ Banco Mundial, *Combating Corruption*, 26 de septiembre de 2017, disponible en: <http://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/anti-corruption>.

Odebrecht, que lleva meses copando las portadas de los periódicos de todo el mundo, es un triste exponente de cómo la corrupción es un tema crucial en América Latina. Tras exponer cómo en esta región confluyen los esfuerzos anticorrupción de agentes muy diversos, el presente estudio analiza la actitud que hasta el momento ha adoptado el arbitraje de inversiones respecto de la corrupción internacional. El objetivo final de dicho análisis es presentar de forma argumentada una serie de propuestas jurídicas que hagan del arbitraje de inversiones una herramienta más eficaz en la lucha contra la corrupción en Latinoamérica. Al ir desgranándose este análisis, el hilo conductor del derecho económico internacional se va a ir entrecruzando con diversas hebras pertenecientes a la esfera del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL).

II. LA LUCHA ANTICORRUPCIÓN Y LA DEFENSA DE LA INSTITUCIONALIDAD EN AMÉRICA LATINA: AGENTES ENDÓGENOS Y EXÓGENOS

En el contexto anglosajón, las definiciones de la compleja noción de *rule of law* siempre incluyen el elemento de la ausencia de corrupción.² En el contexto latinoamericano, la no menos compleja noción de —falta de— institucionalidad también aparece vinculada al factor de la —existencia de— corrupción.³ Esta sección va a centrar su atención en la figura de la corrupción en Latinoamérica, sin perder de vista su conexión con los conceptos jurídicos recién mencionados.

1. *La corrupción en América Latina*

Los grandes retos que el fenómeno de la corrupción plantea en Latinoamérica requieren que la lucha anticorrupción se articule desde distintos frentes

² McCorquodale, Robert T., “Defining the International Rule of Law: Defying Gravity”, *International Comparative Law Quarterly*, vol. 65, núm. 2, 2016, pp. 277-304, especialmente pp. 280-282.

³ La falta de institucionalidad se ejemplifica como “la falta de diferenciación entre un cargo público y su titular”, siendo la corrupción “una expresión evidente de un fenómeno que, cuando alcanza a ser sistémico, corroe el Estado de derecho. El núcleo del concepto de institución puede resumirse de la siguiente manera: una institución se compone de prácticas sociales firmemente establecidas, prácticas que transcurren en su mayor parte independientemente de los individuos que ocupan el cargo”. von Bogdandy, Armin, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, enero-junio de 2015, p. 22.

y con la participación de múltiples agentes. Un análisis completo de los perfiles, estrategias y efectividad de los diversos agentes anticorrupción haría imprescindible un estudio multidisciplinar. En él, aparte de la faceta jurídica, tendrían que abordarse también numerosos aspectos estudiados por las ciencias políticas, la economía, la sociología y, en general, por las ciencias sociales.⁴

La temática del presente capítulo, así como sus limitaciones formales, conducen a que este apartado se centre en ofrecer —únicamente desde la perspectiva jurídica— unas pinceladas respecto de los principales agentes endógenos y exógenos en la lucha anticorrupción y en la defensa de la institucionalidad en Latinoamérica. Los principales agentes endógenos de la lucha anticorrupción a los que va a aludir esta sección (entendidos en el presente contexto como agentes que forman parte de las naciones latinoamericanas) son el Estado, el sector empresarial, la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales (ONG). Tres reseñables agentes exógenos en la pugna anticorrupción que serán abordados en la parte final de esta sección (entendidos en el presente contexto bien como agentes supranacionales o bien como agentes no pertenecientes al contexto latinoamericano) son los organismos regionales, las organizaciones financieras internacionales y países como Estados Unidos.

Al comenzar este análisis es necesario realizar una puntualización inicial, subrayando que Latinoamérica no debe concebirse como una región homogénea. Esta premisa es también aplicable en materia de institucionalidad y corrupción,⁵ ya que son una multiplicidad de factores jurídicos y extrajurídicos (naturaleza del régimen político, nivel de descentralización

⁴ Para una muestra de las apasionantes conexiones entre las ciencias jurídicas y el resto de ciencias sociales en materia de corrupción, véase por ejemplo, Zalpa, Genaro *et al.*, “El que a buen árbol se arrima. Intercambio de favores y corrupción”, *Cultura y Representaciones Sociales*, vol. 9, núm. 17, 2014, pp. 173 y 174, “el problema que representa involucrar a la población en la lucha contra algo que la mayoría no considera corrupción... lo que tenemos es un problema cultural, que no se resuelve con medidas administrativas o legales sino con estrategias culturales... La significación que tiene para la sociedad el intercambio de favores y su relación con la corrupción se presenta, precisamente, como una problemática cultural. Si el intercambio de favores, más que como corrupción se ve como una obligación social que no solo no es reprochable sino encomiable, difícilmente se podrá combatir. E igual consideración debe hacerse acerca de la corrupción burocrática, la que no involucra en cada transacción grandes cantidades de dinero”. Explicando cómo las características de la sociedad latinoamericana inciden en el grado de éxito de las convenciones internacionales anticorrupción, Husted, Bryan W., “Culture and International Anti-Corruption Agreements in Latin America”, *Journal of Business Ethics*, vol. 37, núm. 4, 2002, pp. 413-422.

⁵ Reflejando algunos datos estadísticos en la materia, Singer, Matthew M. *et al.*, “Corruption in the Americas”, en Zechmeister, Elizabeth J. (ed.), *The Political Culture of Democracy in the Americas. 2014: Democratic Governance Across 10 Years of the Americas Barometer*, Vander-

administrativa,⁶ grado de independencia de las instituciones respecto del Poder Ejecutivo, momento del ciclo económico y parámetros macroeconómicos, variables de naturaleza social, etcétera) los que confluyen para perfilar las características propias de cada país latinoamericano.

Estas diferencias quedan bien reflejadas en los distintos indicadores internacionales que abordan la cuestión de la corrupción. Mientras que la edición de 2015 del Índice de Percepción de Corrupción elaborado por la ONG Transparencia Internacional sitúa a Estados como Venezuela, Nicaragua y Honduras entre los países más corruptos del planeta, otros países como Uruguay y Chile⁷ obtienen por el contrario resultados más positivos que muchos países considerados como democracias consolidadas del primer mundo.⁸ Otros indicadores como los *World Governance Indicators*,⁹ el *Rule of Law Index* elaborado por el *World Justice Project*¹⁰ o *Trace Matrix*¹¹ ratifican asimismo altos niveles de corrupción en muchos países latinoamericanos, apuntando no obstante la buena salud en esta materia de algunos otros.¹² Es por ello que aunque en este trabajo se puedan incluir alusiones genéricas a América Latina, se hace a sabiendas de que la corrupción no afecta a todos sus países por igual.

bilt University, 2014, pp. 139-159, disponible en: https://www.vanderbilt.edu/lapop/ab2014/AB2014_Comparative_Report_English_V3_revised_011315_W.pdf.

⁶ Se apunta que la descentralización política en países latinoamericanos ha ayudado a alcanzar una mejor prestación de servicios y bienes públicos, incrementando el desarrollo territorial y reduciendo desigualdades entre regiones; Ruiz-Duran, Clemente, “Decentralization and Democracy in Latin America: Reshaping the Development Paradigm”, en Cuadrado-Roura, Juan R. y Aroca, Patricio (eds.), *Regional Problems and Policies in Latin America*, Berlín, Springer, 2013, p. 447.

⁷ Mizrahi, Dario, “Cómo hicieron Chile y Uruguay para ser los países menos corruptos”, *Infobae*, 13 de abril de 2014, disponible en: <http://www.infobae.com/2014/04/13/1556812-como-hicieron-chile-y-uruguay-ser-los-paises-menos-corruptos/>.

⁸ Transparencia Internacional, *Table of results: Corruption Perceptions Index 2015*, disponible en: <http://www.transparency.org/cpi2015#results-table>.

⁹ El Banco Mundial realiza mediciones respecto de seis indicadores de gobierno, siendo uno de ellos el control de la corrupción, véase <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#countryReports>.

¹⁰ Uno de los factores analizados por este índice es la ausencia de corrupción, disponible en: http://worldjusticeproject.org/sites/default/files/roli_2015_0.pdf.

¹¹ Véase <http://traceinternational.org/trace-matrix>.

¹² Compárense, por ejemplo, las diferencias abismales que muestran los informes nacionales de los *World Governance Indicators* de Chile (por encima de 90 en 2014) y Venezuela (por debajo de 5 en el mismo año) en materia de control de corrupción. El *Rule of Law Index* coloca a Venezuela como el último país latinoamericano en el ranking regional de ausencia de corrupción, mientras que Uruguay es el primero de dicho ranking.

Actualmente es incuestionable que los efectos que la corrupción provoca en el Estado son adversos.¹³ Fundamentalmente, la corrupción debilita la estructura estatal, provocando graves daños en la maquinaria gubernamental, y asimismo degrada la confianza de la ciudadanía en el Estado.¹⁴ Esto es, la corrupción frena el desarrollo de la institucionalidad, ahondando en los déficits sistémicos que se les achacan a los países latinoamericanos (hiper-presidencialismo, débil normatividad de las disposiciones legales, exclusión de grupos sociales desfavorecidos, etcétera).¹⁵ En situaciones extremas, la corrupción sistémica puede incluso derivar en desórdenes y conflictos civiles.¹⁶

Los tres poderes del Estado se ven afectados negativamente por la corrupción. En relación con el Poder Judicial, las diferentes características, *status quos* y herramientas legislativas¹⁷ disponibles en los diversos países latinoamericanos traen consigo, como consecuencia lógica, que el Poder Judicial de la región tampoco se enfrente de una forma homogénea a los casos de corrupción que ha de juzgar. Igualmente, la corrupción del propio estamento judicial está influenciada por el grado de lozanía del Estado de derecho en cada país.¹⁸ Doctrina especializada en la materia incide en la importancia

¹³ Por el contrario, se afirma que hasta los años sesenta, muchos economistas alegaban que la corrupción potenciaba la eficiencia de países débiles y con un pobre nivel de funcionamiento; Kulick, Andreas, *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, especialmente p. 307.

¹⁴ Muy ilustrativo en este sentido es el preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción: “Convencidos de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos, considerando que la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio; persuadidos de que el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita las distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social; reconociendo que, a menudo, la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la finalidad de materializar sus propósitos...”; Convención Interamericana contra la Corrupción, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corruptcion.asp.

¹⁵ von Bogdandy, Armin, *op. cit.*

¹⁶ Fiscal Affairs and Legal Departments of the International Monetary Fund, *Corruption: Costs and Mitigating Strategies*, IMF Staff Discussion Note. SDN/16/05, 2016, disponible en: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2016/sdn1605.pdf>.

¹⁷ Véase una reflexión sobre el “derecho fallido” de Latinoamérica en Nwaburzor, Augustine, “Corruption and Development: New Initiatives in Economic Openness and Strengthened Rule of Law”, *Journal of Business Ethics*, vol. 59, núms. 1-2, 2005, pp. 121-138.

¹⁸ Blake, Charles H. y Morris, Stephen D., *Corruption & Democracy in Latin America*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2009.

del estamento judicial en Latinoamérica, cuya fortaleza institucional es un elemento clave en la lucha contra la corrupción.¹⁹ No obstante, el panorama actual del Poder Judicial en Latinoamérica no es valorado de forma demasiado esperanzadora.²⁰ Tal vez los déficits que se le imputan al estamento judicial latinoamericano sean uno de los motivos que justifique, como más adelante expondrá el presente trabajo, la necesidad de que los árbitros internacionales adopten un posicionamiento activo en la lucha contra la corrupción.

Es bien sabido que la corrupción no es una pandemia propia únicamente del ámbito estrictamente político. Los tentáculos de la corrupción también alcanzan con mucha frecuencia el mundo empresarial. En este ámbito, son abundantes los casos de contratos de obras públicas, infraestructuras o explotación de recursos naturales en los que se convocan concursos públicos de adjudicación y sobre cuya consecución planea la oscura sombra de la corrupción.²¹ Este tipo de negocios suelen tener un componente internacional, al ser una empresa con participación extranjera la que lleva a cabo la inversión. En ocasiones se sospecha que esa empresa ha incentivado o llevado a cabo el acto calificado como corrupto, haciendo beneficiario de él a un funcionario del Estado de acogida de la inversión, o a un político o a una persona cercana a estos. La doctrina apunta a que la corrupción supone una barrera de entrada al mercado, que reduce la competencia e incentiva conductas colusorias. Además, el coste de la corrupción se repercute, bien en los precios finales más elevados que pagan los consumidores, o bien en la reducción de la calidad del producto o servicio.²²

¹⁹ Bohn, Simone R., “Corruption in Latin America: Understanding the Perception-Exposure Gap”, *Journal of Politics in Latin America*, vol. 4, núm. 3, 2012, pp. 67-95.

²⁰ Kapiszewski, Diana y Taylor, Matthew M., “Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America”, *Perspectives on Politics*, vol. 6, núm. 4, 2008, pp. 741-767; Steinitz, Maya y Gowder, Paul A. Jr., “Transnational Litigation As A Prisoner’s Dilemma”, *North Carolina Law Review*, vol. 94, núm. 3, 2016, pp. 751-867; Basabe-Serrano, Santiago, “Explicando la corrupción judicial en las cortes intermedias e inferiores de Chile, Perú y Ecuador”, *Perfiles Latinoamericanos*, vol. 21, núm. 42, 2013, pp. 79-108, disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-76532013000200004.

²¹ Quiroga Anticona, Danny, “Imputación de actos de corrupción en la contratación pública y su implicancia en el arbitraje de contrataciones con el Estado”, partes I y II, *Enfoque Derecho*, 31 de enero de 2017 y 1 de febrero de 2017, respectivamente, disponibles en: <http://enfoquederecho.com/civil/imputacion-de-actos-de-corrupcion-en-la-contratacion-publica-y-su-implicancia-en-el-arbitraje-de-contrataciones-con-el-estado/> y <http://enfoquederecho.com/procesal/imputacion-de-actos-de-corrupcion-en-la-contratacion-publica-y-su-implicancia-en-el-arbitraje-de-contrataciones-con-el-estado-parte-ii/>.

²² Boehm, Frédéric y Olaya, Juanita, “Corruption in Public Contracting Auctions: The Role of Transparency in Bidding Processes”, *Annals of Public and Cooperative Economics*, vol. 77, núm. 4, 2006, pp. 431-452.

Existen estudios doctrinales que analizan los factores que inciden en la decisión de inversores extranjeros de acceder al mercado latinoamericano, apuntándose que en la recepción de inversión extranjera directa (IED) influyen circunstancias como la situación del Estado de derecho y la solidez del Poder Judicial.²³ También se subraya la importancia que las libertades económicas tienen para el inversor extranjero.²⁴

En este punto, ha de tenerse en cuenta que Latinoamérica posee una muy relevante industria extractiva, siendo la explotación de recursos naturales —petróleo, gas y minerales— uno de los principales motores económicos de países como Venezuela, Colombia, Perú o Argentina. En este sector industrial, en el que suele haber una alta participación del Estado, es frecuente que se destapen casos de corrupción. En el plano doctrinal se han sugerido algunas reformas estructurales para Latinoamérica, con el fin de hacer frente a la conocida como “maldición de los recursos”.²⁵ Así, se ha propuesto la creación de organismos de control autónomos y la privatización de la industria extractiva, afirmándose que dichas medidas reducirían el número de arbitrajes de inversiones,²⁶ aumentarían la productividad y harían decrecer el riesgo de corrupción²⁷ —reformas que no obstante parecen poco plausibles en algunos contextos nacionales actuales.²⁸ En este ámbito son

²³ Staats, Joseph L. y Biglaiser, Glen, “Foreign Direct Investment in Latin America: The Importance of Judicial Strength and Rule of Law”, *International Studies Quarterly*, vol. 56, núm. 1, 2012, pp. 193–202. Estos resultados no son contradictorios con el hecho de que algunas empresas busquen justamente países con un “*poor governance environment*” para llevar a cabo sus inversiones; Subasat, Turán y Bellos, Sotirios, “Governance and Foreign Direct Investment in Latin America: A Panel Gravity Model Approach”, *Latin America Journal of Economics*, vol. 50, núm. 1, 2013, p. 127.

²⁴ Mathur, Aparna y Singh, Kartikeya, “Foreign Direct Investment, Corruption, and Democracy”, *Applied Economics*, vol. 45, núm. 8, 2011, pp. 991-1002; Okada, Keisire y Samreth, Sovannroeun, “How Does Corruption Influence the Effect of Foreign Direct Investment on Economic Growth?”, 2010, disponible en: https://mpra.ub.uni-muenchen.de/27572/1/MPRAPaper_27572.pdf.

²⁵ Bonniticha, Jonathan, “Foreign Investment, Development and Governance. What International Investment Law Can Learn from the Empirical Literature on Investment”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7, núm. 1, 2016, pp. 37-40.

²⁶ Dupont, Cédric *et al.*, “Types of Political Risk Leading to Investment Arbitration in the Oil and Gas Sector”, *Journal of World Energy Law and Business*, vol. 8, núm. 4, 2015, pp. 337-361.

²⁷ Wren-Lewis, Liam, “Do Infrastructure Reforms Reduce the Effect of Corruption? Theory and Evidence from Latin America and the Caribbean”, *The World Bank Economic Review*, vol. 29, núm. 2, 2013, pp. 353-384; Nwaburzor, Augustine, *op. cit.*, p. 121.

²⁸ Fach Gómez, Katia, “Legal Obstacles to International Investments in Venezuela and Anti-Corruption Policy”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 50, núm. 149, mayo-agosto de 2017.

también reseñables proyectos como la Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas (EITI), que ha sido implementada por los gobiernos de Perú y Guatemala.²⁹ El objetivo de dicha iniciativa —de origen exógeno— es incrementar la transparencia respecto del origen de los pagos e ingresos que se generan en el contexto de las industrias extractivas.³⁰

La corrupción afecta a la totalidad de la ciudadanía, ralentizando el crecimiento económico inclusivo³¹ que tanto se anhela en Latinoamérica. Para implantarse en la región una cultura anticorrupción, se argumenta que es necesario contar con una sociedad civil informada, organizada e involucrada en la lucha anticorrupción.³² En este empoderamiento de la sociedad civil latinoamericana han desempeñado un papel crucial las ONG —nacionales e internacionales— con subsele en Latinoamérica.³³

2. Algunas iniciativas jurídicas contra la corrupción

Entre los diversos agentes exógenos que inciden en el *statu quo* de la corrupción en Latinoamérica, el presente trabajo va a centrar su atención en los tres siguientes: entes supranacionales que han elaborado convenciones anticorrupción en vigor en la región; instituciones financieras internacionales que han puesto en marcha diversas iniciativas anticorrupción en los países la-

²⁹ Véase el estado de implementación, disponible en: <https://eiti.org/es/node/3383>.

³⁰ EITI, *Manual de la Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas*, 2005, disponible en: <https://eiti.org/sites/default/files/documents/sourcebookspanishapril06.pdf>.

³¹ Fiscal Affairs and Legal Departments of the International Monetary Fund, *op. cit.*

³² Maldonado, Patricio y Berthin, Gerardo D., “Transparency and Developing Legal Frameworks to Combat Corruption in Latin America”, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 10, núm. 2, 2004, p. 101.

³³ Boswell, Nancy Zucker, “The Contribution of the Civil Society/NGO Sector”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 92, 1998, pp. 165-172. Una defensa de los beneficios de implementar normas que regulen las actividades de los grupos de interés —*lobbies*—, ya que ello contribuye a incrementar la transparencia y la cultura anticorrupción, se recoge en Dos Santos, Luiz Alberto y Teixeira da Costa, Paulo Mauricio, “The Contribution of Lobby Regulation Initiatives in Addressing Political Corruption in Latin America”, *Journal of Public Affairs*, vol. 14, núm. 3, 2014, pp. 379-391; Guertzovich, Florencia, *Effectiveness of International Anticorruption Conventions on Domestic Policy Changes in Latin America*, 2012, disponible en: <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/international-anticorruption-conventions-20120426.pdf>. Desde la perspectiva de los derechos humanos, véase Peters, Anne, *Corruption as a Violation of International Human Rights*, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper núm. 2016-18, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2805099>.

inoamericanos; y países no latinoamericanos cuya legislación anticorrupción produce efectos extraterritoriales en América Latina.

La Organización de los Estados Americanos (OEA) es un buen ejemplo del agente exógeno recién citado en primer lugar. La OEA es el organismo regional más antiguo del mundo y ostenta también el honor de haber auspiciado el primer tratado multilateral en materia de corrupción. La Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)³⁴ de la OEA entró en vigor en el año 1997 y se considera un hito en la materia, siendo fuente de inspiración para textos posteriores,³⁵ tales como la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción,³⁶ la Convención de la OCDE para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales³⁷ y el Convenio Penal del Consejo de Europa sobre la corrupción.³⁸ La CICC se encuentra actualmente en vigor en 33 países del continente americano,³⁹ y a través de sus 28 artículos —algunos con un enfoque prioritariamente interno y otros internacional— se abordan tres

³⁴ Kulick, Andreas, *op. cit.*

³⁵ Existen otros textos internacionales que abordan la cuestión de la corrupción desde otras perspectivas jurídicas, como sucede con el Convenio Civil sobre la corrupción del Consejo de Europa. En relación con los efectos civiles que la corrupción provoca en contratos comerciales —cuestión que excede el objeto del presente trabajo—, véase Bonell, Michael Joachim y Meyer, Ola (eds.), *The Impact of Corruption on International Commercial Contracts*, Berlín, Springer, 2015; Raeschke-Kessler, Hilmar y Gottwald, Dorothee, “Corruption in Foreign Investment-Contracts and Dispute Settlement between Investors, States and Agents”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 9, núm. 1, 2008, pp. 1-33. También existen diversos textos de naturaleza no vinculante en la materia, como las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) para combatir la corrupción, disponible en: <http://www.iccwbo.org>. Vinccke, François, “Emerging Control of and Sanctions against Corruption: The International Chamber of Commerce”, en Manacorda, Stefano *et al.* (eds.), *Preventing Corporate Corruption: The Anti-Bribery Compliance Model*, Berlín, Springer, 2014, pp. 295-307.

³⁶ Entre los 140 Estados parte de esta Convención —de carácter global y con un contenido más extenso y completo que la CICC— se encuentra la inmensa mayoría de los países latinoamericanos —salvo Belice, Surinam, San Vicente y las Granadinas y San Cristóbal y Nieves—, disponible en: <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>. Comparando esta Convención con la CICC, Vargas, Edmundo, “La lucha contra la corrupción en la agenda regional e internacional”, *Nueva Sociedad*, núm. 194, 2004.

³⁷ Son Estados parte de esta Convención algunos países latinoamericanos como Chile, México, Argentina, Brasil, y Colombia, disponible en: https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf. Un análisis de este texto y el de Naciones Unidas aparece recogido en Rose, Cecily, *International Anti-Corruption Norms: Their Creation and Influence on Domestic Legal Systems*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

³⁸ Véase lista de los tratados del Consejo de Europa, disponible en: <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list>.

³⁹ Estado de firmas y ratificaciones, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanas_B-58_contra_Corrupcion_firmas.asp.

frentes fundamentales de la lucha contra la corrupción: la prevención de la corrupción —presentándose medidas como el establecimiento de normas de conducta adecuadas para el cumplimiento de las funciones públicas, protección a funcionarios que revelen actos de corrupción, estimulación de la participación de la sociedad civil, etcétera—; la criminalización de determinadas conductas —actos de corrupción, soborno transnacional y enriquecimiento ilícito—; y el fortalecimiento de la cooperación entre los Estados partes en determinadas áreas —asistencia y cooperación jurídica y técnica, autorización de extradición y confiscación de bienes, eliminación del secreto bancario, etcétera.⁴⁰

No todos los preceptos de la CICC tienen carácter obligatorio, existiendo disposiciones —como el listado de medidas preventivas del artículo 3— de naturaleza meramente programática (“*aspirational*”).⁴¹ Esta circunstancia es alegada por quienes cuestionan el grado de efectividad de la CICC, afirmándose asimismo que la Convención no ha sido capaz de crear en los corruptos una amenaza eficiente de sanciones.⁴² La postura oficial, hecha pública por representantes de la Secretaría General de la OEA en una conferencia internacional celebrada en 1999, es que la Convención es una buena carta de navegación, pero no es una solución mágica contra la corrupción.⁴³

En consonancia con ello, la OEA ha desarrollado diversas iniciativas para evaluar y complementar la CICC de 1997. Por un lado, la labor de evaluación se está llevando a cabo desde 2011 a través del Mecanismo de Seguimiento de la Convención (MESICIC). Muy someramente, este mecanismo está conformado por la Conferencia de Estados Parte, el Comité de Expertos y la Secretaría Técnica; favoreciendo también la participación en él de la sociedad civil. MESICIC ha puesto en funcionamiento un sistema en el que, a

⁴⁰ Jiménez, Luis F., “The Inter-American Convention against Corruption”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 92, 1998, pp. 157-162.

⁴¹ Algunas voces doctrinales hacen una clasificación más detallada de la diversa naturaleza de dichos preceptos: “*certain articles are binding on state parties, others are conditional, still others are subject to progressive development and a fourth category are aspirational*” (“ciertos artículos son vinculantes para los Estados parte, otros son condicionales, otros están sujetos a un desarrollo progresivo y una cuarta categoría son programáticos”). Low, Lucinda A. *et al.*, “The Inter-American Convention Against Corruption: A Comparison with the United States Foreign Corrupt Practices Act”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 38, núm. 3, 1998, pp. 247 y 269-271; García-González, Jorge, *The OAS and the Fight Against Corruption in the Americas*, disponible en: <http://www.oecd.org/corruption/ethics/2731127.pdf>.

⁴² Altamirano, Giorleny D., “The Impact of the Inter-American Convention against Corruption”, *University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 38, núm. 3, 2007, pp. 487-547.

⁴³ Véase presentación en PowerPoint, *IX Conferencia Internacional contra la corrupción*, disponible en: giacc.org/papers/day1/ws3/dnld/d1ws3_garcia-sp.ppt.

través de una serie de rondas, los distintos países latinoamericanos se evalúan mutuamente respecto del nivel de implementación de la CICC y, sin jerarquizar ni sancionar, se emiten una serie de recomendaciones —normativas o estructurales— que puedan ayudar a los países a solventar sus déficits de implementación de la CICC.⁴⁴ Por otro lado, la CICC se ve complementada por diversas iniciativas respaldadas por la OEA, como la redacción por parte de la organización de varias leyes modelo en el ámbito de la anticorrupción.⁴⁵

En segundo lugar, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) es también un actor institucional relevante en la lucha contra la corrupción en Latinoamérica.⁴⁶ El BID vincula la reducción de la pobreza y la desigualdad en la región con la lucha contra la corrupción y la implantación de una mayor transparencia. En pos de dichos objetivos, el BID viene desarrollando dos macro-líneas de actuación. Por un lado, coopera con los países latinoamericanos en el fortalecimiento de la gobernabilidad, la consolidación del imperio de la ley y la lucha contra la corrupción en los distintos niveles de gobierno.⁴⁷ Las diversas iniciativas que el BID está implementando se centran en reforzar la transparencia y la rendición de cuentas de los gobiernos

⁴⁴ Reglamento de la Conferencia de los Estados Parte del MESICIC y Reglamento del Comité de Expertos del MESICIC, disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic_docs_sp.htm; véase asimismo Herrera Solís, Moisés, “El mecanismo de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC)”, disponible en: http://iacconference.org/documents/WS12_MOISES_HERRERA.pdf.

⁴⁵ Ley Modelo sobre Declaración de Intereses, Ingresos Activos y Pasivos de Quienes Desempeñan Funciones Públicas y Ley Modelo para facilitar e incentivar la denuncia de actos de corrupción y proteger a sus denunciantes y testigos, disponibles en: http://www.oas.org/juridico/spanish/leyes_modelo.htm; véase también Baragli, Nestor, “La Convención Interamericana contra la Corrupción como instrumento de cooperación entre los Estados”, *La Trama. Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*, núm. 44, 2015, disponible en: http://www.revistalatrama.com.ar/contenidos/larevista_articulo.php?id=306&ed=44; Pérez González, Carmen, “On Transparency, Good Governance and the Fight against Corruption: Some Lessons (and Questions) from an International Law Perspective”, *Spanish Yearbook of International Law*, núm. 19, 2015, pp. 143-165.

⁴⁶ Existen, asimismo, otras organizaciones financieras internacionales, como el Grupo Banco Mundial, cuyas iniciativas legales y políticas también inciden en territorio latinoamericano.

⁴⁷ BID, *Transparencia y Rendición de Cuentas. Condiciones para un Mejor Gobierno*, disponible en: <http://www.iadb.org/es/temas/transparencia/apoyo-a-los-paises/apoyo-a-los-paises-en-la-transparencia-y-anticorrupcion,1164.html>. Véase asimismo Biebesheimer, Christina, “The Impact of Human Rights Principles on Justice Reform in the Inter-American Development Bank”, en Alston, Philip y Robinson, Mary (eds.), *Human Rights and Development. Towards Mutual Reinforcement*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 269-296.

respecto de los ciudadanos.⁴⁸ Para ello se hace especial hincapié en el diseño de políticas públicas en la materia, en la capacitación de los funcionarios públicos y en el fortalecimiento de las instancias de control, administrativas y legislativas. Un proyecto especialmente atractivo, que ha conseguido el apoyo económico de multinacionales y de países no latinoamericanos, es el Fondo Fiduciario de Transparencia (TTF). A través de él se financian propuestas de entidades públicas y privadas latinoamericanas,⁴⁹ centradas en el diseño y puesta en funcionamiento de instrumentos de acceso a la información y la transparencia.⁵⁰ La gobernanza de los recursos naturales es una de las áreas de apoyo estratégico del TTF, el cual suscribe los principios contenidos en la ya citada Iniciativa internacional para la Transparencia en las Industrias Extractivas.⁵¹ Dada la importancia que tienen las industrias petrolera, gasera y minera en Latinoamérica, éste es sin duda un flanco crucial en la lucha del BID contra la corrupción.⁵²

Por otro lado, el Banco también implementa su cruzada anticorrupción potenciando su propia integridad institucional. Es por ello que a su personal se le exige que cumpla con unos elevados niveles de integridad, de la misma forma que todos los participantes en las actividades financiadas por el BID deben permanecer ajenos a actividades fraudulentas y corruptas.⁵³ En este sentido, el BID ha hecho público un listado —de longitud nada

⁴⁸ Pimienta, Carlos y Pessoa, Mario, *Gestión financiera pública en América Latina: la clave de la eficiencia y la transparencia*, BID, 2015, disponible en: https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7123/Gestion_financiera_publica_en_America_Latina_la_clave_de_la_%20eficiencia_y_la_transparencia.pdf?sequence=1.

⁴⁹ Seatzu, Francesco, “Civil Society Participation in the Interamerican Development Bank’s Activities and Operations: Enhancing Democratic Accountability?”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 17, 2014, pp. 43-72.

⁵⁰ Banco Interamericano de Desarrollo, *Fondo Fiduciario de Transparencia*, disponible en: <http://www.iadb.org/es/temas/transparencia/apoyo-a-los-paises/fondo-fiduciario-para-actividades-contrala-corrupcion-aqf1194.html>.

⁵¹ Véase <https://eiti.org/>.

⁵² Cruz Vieyra, Juan y Masson, Malaika (eds.), *Transparent Governance in an Age of Abundance. Experiences from the Extractive Industry in Latin America and the Caribbean*, BID, 2015, disponible en: <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/6682/Transparent-Governance-in-an-Age-of-Abundance-Experiences-from-the-Extractive-Industries-in-Latin-America-and-the-Caribbean.pdf?sequence=3>.

⁵³ Schiavo-Campo, Salvatore *et al.*, *Combate contra el fraude y la corrupción*, Evaluación Intermedia de los Compromisos del IDB-9, BID, 2013, disponible en: <https://publications.iadb.org/handle/11319/5850?locale-attribute=es>.

desdeñable— con los nombres de las personas y las empresas que han sido sancionadas por violar las políticas anticorrupción del Grupo BID.⁵⁴

En último lugar, la política exterior de Estados Unidos y la influencia de este país en la región latinoamericana es una cuestión altamente controvertida. En materia de corrupción, agencias como la *United States Agency for International Development* (USAID) lleva años apostando por la implementación de diversas iniciativas anticorrupción en América Latina.⁵⁵ Sin embargo, la incidencia estadounidense más destacada hasta el momento en materia de corrupción se ha alcanzado por la vía legislativa.

La Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (*U.S. Foreign Corrupt Practices Act* [FCPA])⁵⁶ entró en vigor en Estados Unidos en 1977. Esta norma fue una reacción política frente al descubrimiento de que más de cuatrocientas sociedades estadounidenses habían pagado cientos de millones de USD a funcionarios de gobiernos extranjeros con el fin de asegurarse la implementación de operaciones empresariales fuera de Estados Unidos.⁵⁷ La elaboración y posterior aplicación de la FCPA ha sido un tema muy polémico, ya que al no existir durante muchos años otros textos nacionales o internacionales en la materia —recuérdese que las convenciones previamente citadas son de la década de los noventa—, las empresas estadounidenses se hallaban en una posición de desventaja respecto de sus competidores extranjeros. Mientras que el soborno transnacional no era una conducta sancionable en el resto del mundo —de hecho, la normativa fiscal de países europeos como Alemania o Francia ha permitido hasta la década de los noventa que los pagos realizados a funcionarios de países extranjeros se considerasen gastos deducibles en el plano impositivo—,⁵⁸ las empresas estadounidenses, por el contrario, se arriesgaban a enfrentarse a una extensa panoplia de sanciones penales y civiles en caso de que llevasen a cabo dicho soborno transnacional (*transnational bribery*).

⁵⁴ BID, *Empresas y personas sancionadas*, disponible en: <http://www.iadb.org/es/temas/transparencia/integridad-en-el-grupo-bid/empresas-y-personas-sancionadas,1293.html>.

⁵⁵ Hendrix, Steven E., “New Approaches to Addressing Corruption in the Context of U.S. Foreign Assistance with Examples from Latin America and the Caribbean”, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 12, núm. 1, 2005, pp. 1-23.

⁵⁶ Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, disponible en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/statutes-regulations>.

⁵⁷ Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, *FCPA. A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, 2012, disponible en: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/fcpa-guidance>.

⁵⁸ Llamzon, Aloysius P., *Corruption in International Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 6.

Es por ello que la FCPA recibe valoraciones contrapuestas. Por un lado, se afirma que Estados Unidos, como “exportador de democracia y de economías de libre mercado, no podía aceptar los crecientes costes de reputación derivados de permitir sobornos en el extranjero”.⁵⁹ Por otro lado, la literatura en esta materia remite al dato de que la inversión extranjera directa (FDI, en su acrónimo anglosajón) de Estados Unidos ha descendido un 12% desde que entró en vigor el FCPA.⁶⁰ A ello hay que añadir la enorme cuantía de negocios que las empresas estadounidenses han perdido por no realizar sobornos en el extranjero; junto con los elevados costes directos que generan los procesos de investigación y de sanción derivados del FCPA.⁶¹ Asimismo existe una serie de consecuencias indirectas para el empresariado estadounidense que también son cuantificables económicamente —riesgo reputacional, bajada en la cotización de acciones, demandas de accionistas, mayores dificultades respecto de futuras fusiones o adquisiciones, etcétera—.⁶² Motivos como los apuntados impulsaron al gobierno estadounidense a fomentar la elaboración de convenios internacionales en materia de corrupción.

Centrando la atención en el texto de la FCPA estadounidense, este contiene algunas normas en materia de control contable y asimismo recoge una serie de preceptos anticorrupción, que sancionan los pagos ilícitos en el extranjero. La aplicación de esta ley es compleja y la precisión de algunos de sus términos clave —sujetos obligados por la norma, definición de funcionario extranjero, prácticas de comercio exterior prohibidas, excepciones y defensas a estas, etcétera— sigue siendo hoy en día objeto de intervención judicial y debate doctrinal. Ello conecta con una cuestión de gran relevancia para la región latinoamericana: la aplicación extraterritorial de la FCPA. En un primer momento, este texto se aplicaba únicamente a personas y empresas estadounidenses, pero la FCPA se modificó en 1998 con el objetivo de adecuar el texto a lo expuesto en la Convención de la OCDE —y de

⁵⁹ Traducción realizada por la autora del artículo original escrito en inglés, Perla, Juan O., *A Game Theoretic Analysis of the Inter-American Convention against Corruption*, OECD, 2016, disponible en: <https://www.oecd.org/cleangovbiz/Integrity-Forum-16-Juan-Perla.pdf>.

⁶⁰ Se afirma que entre abril de 1994 y mayo de 1995, empresas estadounidenses perdieron unos 100 contratos por un monto de 45.000 millones de euros debido a la falta de penalización del soborno internacional en el plano del derecho comparado; Vargas, Edmundo, *op. cit.*, p. 134.

⁶¹ Soehnon, Isabella, *The Shortcomings of the FCPA*, 2014, disponible en: <http://www.glimpsefromtheglobe.com/topics/economics/shortcomings-fcpa/>.

⁶² Albarrán, Tammy y Ebanks, Tracy, “Latin America: A Hotbed for FCPA Enforcement”, *Daily Journal*, 23 de julio de 2014, disponible en: https://www.cov.com/~media/files/corporate/publications/2014/07/dj-latin_america_fcpa.pdf.

paso, devolver a las empresas norteamericanas parte de la competitividad perdida—. Ello ha supuesto que la ley estadounidense también se aplique a emisores que tengan valores registrados con la *Securities Exchange Commission* (SEC: Comisión de mercados y valores) o que deban presentar informes a la SEC,⁶³ incluso cuando las empresas estén domiciliadas fuera de Estados Unidos. Asimismo, las sanciones de la FCPA también se imponen sobre agentes extranjeros, emisores o empresas extranjeras que, mientras se encuentren en el territorio de los Estados Unidos, utilicen el correo o cualquier otro medio o instrumento de comercio interestatal o realicen algún otro acto para promover prácticas consideradas corruptas por dicha ley.⁶⁴ Estos criterios tan amplios han facilitado una interpretación expansiva por parte de la administración estadounidense respecto del alcance jurisdiccional de la FPCA. La aplicación de esta ley como consecuencia de conexiones meramente tangenciales con Estados Unidos genera controversias desde la perspectiva de las garantías procesales (*due process*).⁶⁵

Recientes estadísticas y noticias en prensa económica muestran que tanto el SEC como el Departamento de Justicia (DOJ) han sancionado a un buen número de empresas norteamericanas por realizar prácticas corruptas en América Latina.⁶⁶ Algunos autores relacionan el interés de estas

⁶³ *U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, sección 78dd-1.

⁶⁴ *U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, sección 78dd-3. Véase al respecto Michael Jr., William (ed.), *Guide to Anti-Corruption Laws in Major Jurisdictions*, Mayer Brown, 2014-2015, pp. 24-28; Abikoff, Kevin T. et al., *Anti-Corruption Law and Compliance: Guide to the FCPA and Beyond (Litigation and White-Collar Crime)*, Arlington, Bloomberg BNA, 2014.

⁶⁵ Leibold, Annalisa, “Extraterritorial Application of the FCPA under International Law”, *Willamette Law Review*, vol. 51, núm. 2, 2014, p. 225; White, Will, “Oil, Corruption, and the Department of Justice: FCPA Enforcement and the Energy Industry”, *Texas Journal of Oil, Gas & Energy Law*, vol. 10, núm. 1, 2014, p. 181; Chomski, Cara, “Campbell’s Soup: Due Process Concerns in Applying the Federal anti-Bribery Statute to Noncitizen Government Contractors Overseas”, *The University of Chicago Legal Forum*, núm. 1, 2012, p. 429.

⁶⁶ Michael Jr., William, *op. cit.*, p. 59. Detallando varios de estos casos: Romano, Bendito, “Cross-border overview: FCPA Enforcement in Latin America”, *Global Investigations Review*, 17 de septiembre de 2014, disponible en: <https://globalinvestigationsreview.com/chapter/1024310/cross-border-overview-fcpa-enforcement-in-latin-america>; Association of Certified Financial Crime Specialists (ACFCS), *En Latinoamérica la legislación anticorrupción no ha sido aplicada con suficiente rigor*, 14 de noviembre de 2014, disponible en: <http://www.antilavadodenedinero.com/antilavadodenedinero-noticias-articulo.php?id=11370&title=en-latinoamerica-la-legislacion-anticorrupcion-no-ha-sido-aplicada-con-suficiente-rigor>; Roetzel & Andress, *The Foreign Corrupt Practices Act in Latin America*, 2013, disponible en: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=89fc8d2a-e52c-4be4-a734-0fc776078e09>; Herráiz, Pablo y Alsedo, Quico, “La CNMV de EE.UU. investiga a OHL por presuntos sobornos en México”, *El Mundo*, 27 de octubre de 2016, disponible en: <http://www.elmundo.es/economia/2016/10/27/58115b43e2704e684e8b4583.html>. Con carácter general sobre esta cuestión, Pereira Fleury, Raul y Wang, Qian, “FCPA, UKBA, and

autoridades por la región latinoamericana con el hecho de que algunos de estos países tengan un Estado de derecho débil y una situación económica depauperada.⁶⁷ Ha de tenerse en cuenta que las sanciones derivadas de una violación de la FCPA pueden ser de extrema gravedad para la empresa estadounidense: elevadas multas y penas de prisión así como una serie de efectos colaterales como la suspensión o exclusión de la posibilidad de contratar o recibir subvenciones de la administración pública, acceder a ayudas de bancos de desarrollo o disfrutar de privilegios en materia de exportación.⁶⁸

La FCPA estadounidense tiene efectos palpables sobre el sistema jurídico y económico de los países latinoamericanos. Por un lado, la ley norteamericana incentiva a los países que quieran recibir inversiones de empresas norteamericanas a dictar medidas legales en contra de la corrupción. Consecuencia de ello pueden ser las recientes leyes anticorrupción aprobadas en Colombia, Brasil y México.⁶⁹ Estas pretenden convertir a estos países en destinos menos arriesgados para la inversión extranjera.⁷⁰ Por otro lado, las empresas latinoamericanas —sociedades nacionales o subsidiarias de multinacionales— están incorporando programas anti-soborno y de *compliance*, que cumplen tanto con los nuevos requisitos nacionales como con los determinados por el legislador estadounidense —y en menor medida, británico—.⁷¹ Ello supone en principio un costo adicional para estas empresas, pero en cómputos globales esta lucha anticorrupción ha

International Arbitration: Dealing with Corruption in Latin America”, *Transnational Dispute Management*, vol. 13, núm. 2, 2016.

⁶⁷ Choi, Stephen J. y Davis, Kevin E., *Foreign Affairs and Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act*, NYU School of Law, Public Law Research Paper núm. 12-35, 2013, p. 42, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2116487>.

⁶⁸ Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, *op. cit.*, pp. 68-72.

⁶⁹ Romero, Recaredo, *Conyuntura/ La lucha anticorrupción: un panorama cambiante*, 14 de marzo de 2014, disponible en: <http://www.portafolio.co/opinion/redaccion-portafolio/coyuntura-lucha-anticorrupcion-panorama-cambiante-58422>; Faass, Glenn et al., *Aplicación de la Ley de Prácticas Corruptas Extranjeras de EE.UU. en Colombia*, 23 de enero de 2013, disponible en: <http://www.colombianergia.com.co/opinion/41-aplicacion-de-la-ley-de-practicas-corruptas-extranjeras-de-ee-uu-en-colombia>.

⁷⁰ La implantación de estas leyes anticorrupción en Latinoamérica también va a tener consecuencias para las empresas estadounidenses, que podrán invocar con menos frecuencia la “*local law defense*” de la FCPA.

⁷¹ La ley anticorrupción británica no ha implementado hasta el momento una política de efectos extraterritoriales tan activa como la estadounidense: *Bribery Act 2010*, disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>. Pereira Fleury, Raúl y Wang, Quian, “FCPA, UKBA, and International Arbitration: Dealing with Corruption in Latin America”, *Transnational Dispute Management*, núm. 2, 2016.

generado un nuevo nicho de negocio para abogados y economistas de la región latinoamericana.⁷²

En definitiva, la presente sección ha mostrado cómo la batalla contra la corrupción en América Latina se libra desde muy diversos frentes y está encabezada no solo por agentes pertenecientes a la región, sino también por otros de origen externo. La confluencia de todos estos agentes en el territorio latinoamericano, sin duda, genera sinergias positivas en la lucha anticorrupción y en la defensa de la institucionalidad.

III. LA ACTITUD DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES ANTE LA CORRUPCIÓN INTERNACIONAL

Los diversos tipos de negocios internacionales a los que se ha aludido en la sección precedente suelen confiar en el arbitraje internacional, y no en los sistemas judiciales nacionales, para la resolución de los conflictos que pueden derivar de este tipo de inversiones de larga duración. Una institución del Banco Mundial, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (conocido por el acrónimo CIADI —o ICSID en el ámbito anglosajón—), se ha encargado en las últimas décadas de dar respuesta a la mayoría de las reclamaciones arbitrales planteadas por inversores extranjeros al hilo de inversiones que estos consideran frustradas por culpa de alguna acción u omisión imputable al Estado receptor de la inversión. Las estadísticas muestran que algunos países de la región latinoamericana —más concretamente, Venezuela y Argentina— son los que han debido asumir con mayor frecuencia el rol de parte demandada en estos arbitrajes inversor-Estado.⁷³ Hasta el momento, un 30% de todos los casos registrados bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario han contado con un país de América del Sur, Centroamérica o el Caribe como demandado.⁷⁴

⁷² Fowler, Matthew, *Impacto de la FCPA y la Ley contra el Soborno del Reino Unido en América Latina: perspectivas de Venezuela y Chile*, 25 de abril de 2014, disponible en: <http://fcpamericas.com/spanish/impacto-de-la-fcpa-la-ley-contra-el-soborno-del-reino-unido-en-america-latina-perspectivas-de-venezuela-chile/#>; Fowler, Matthew, *Impacto de la FCPA y la Ley contra el Soborno del Reino Unido en América Latina: perspectivas de Argentina, México y Brasil*, 30 de abril de 2014, disponible en: <http://fcpamericas.com/spanish/impacto-de-la-fcpa-la-ley-contra-el-soborno-del-reino-unido-en-america-latina-perspectivas-de-argentina-mexico-brasil/>.

⁷³ Tití, Catharine y Fach Gómez, Katia, “Overview of Recent ICSID Cases Involving Latin American States”, *Transnational Dispute Management*, núm. 5, 2016.

⁷⁴ CIADI, *La carga de casos del CIADI – Estadísticas* (edición 2016-2), Washington, 2017, p. 11, disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/resources/ICSID-Caseload-Statistics.aspx>

La presente sección va a exponer la respuesta jurídica que los laudos de CIADI han dado hasta el momento a los actos de corrupción generados al hilo de una inversión internacional. Dicho análisis es de la máxima importancia para Latinoamérica, por diversos motivos. En primer lugar, porque aunque es sabido que los laudos de CIADI no sientan formalmente precedente, no puede negarse que laudos futuros que puedan dictarse contra Estados latinoamericanos sin duda se inspirarán en mayor o menor medida en decisiones previas de CIADI. Adicionalmente, es bien conocido el rechazo que el sistema arbitral de CIADI viene generando en determinados países de Latinoamérica. Buen ejemplo de ello ha sido la reticencia argentina a cumplir laudos dictados en contra del país a raíz de su crisis financiera, o las denuncias de Ecuador, Bolivia y Venezuela al Convenio de CIADI.⁷⁵ Este claro malestar respecto del, denominémoslo así, sistema clásico de arbitraje de inversiones, ha hecho que la región latinoamericana esté siendo especialmente activa en estos últimos años a la hora de presentar a la comunidad internacional una serie de propuestas alternativas, que en dichas latitudes se reputan más justas y balanceadas que el mecanismo CIADI. Una de las proposiciones más recientes procede de la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur), que desea inaugurar un Centro de solución de controversias en materia de inversiones.⁷⁶ Si esta propuesta llega a materializarse, no cabe duda que este nuevo órgano latinoamericano debería apresurarse en adoptar una postura contundente en materia de corrupción.

Comenzando con el análisis de las respuestas arbitrales a la corrupción, ha de indicarse primeramente que parte de la doctrina dibuja un panorama algo desalentador en este sentido.⁷⁷ Es evidente que la corrupción es un concepto extremadamente resbaladizo, que no solo plantea problemas de definición a los abundantes textos internacionales precitados que pretenden luchar contra ella, sino que también genera abundantes dificultades en el plano arbitral-procedimental. En muchas ocasiones, las partes del arbitraje acuerdan tácitamente pasar de puntillas sobre el episodio de corrupción, ya que son ellas mismas las que están implicadas directamente en él. Imaginemos el supuesto de un miembro de la empresa inversora o de un agente

⁷⁵ Fach Gómez, Katia y Titi, Catharine, “International Investment Law and ISDS: Mapping Contemporary Latin America”, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 17, núm. 4, 2016, pp. 515-535.

⁷⁶ Fach Gómez, Katia y Titi, Catharine, “The UNASUR Centre for the Settlement of Investment Disputes”, *International Treaty News*, agosto de 2016, pp. 1-4; véase asimismo el capítulo de María José Luque Macías en este volumen.

⁷⁷ Rose, Cecily, *Questioning the Role of International Arbitration in the Fight Against Corruption*, Leiden Law School Research Paper, 2103, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2374452>.

de esta haciendo llegar un sobre con dinero, o firmando un contrato ficticio con un funcionario del Estado receptor de la inversión o con un político o familiar de un alto cargo de dicho Estado.

Es por ello que la situación acontecida en el caso de *CIADI World Duty Free Co. Ltd. v. República de Kenia* no es la más habitual.⁷⁸ En este caso, que se retomará posteriormente, el inversor reconoció haber pagado una “mordida” de más de dos millones de USD al entonces presidente del país, lo que condujo al tribunal arbitral a admitir la excepción de corrupción planteada por el Estado demandado y exoneró al Estado de cualquier obligación indemnizatoria respecto del inversor extranjero, sujeto activo del acto corrupto.⁷⁹

Frente a este “oasis” de reconocimiento voluntario de conductas corruptas, la mayoría de los árbitros se enfrentan a paisajes bastante desérticos, en los que las partes o bien no alegan la corrupción, o bien una parte la alega y después se retracta —como sucedió en el caso *F-W Oil Interests Inc. v. República de Trinidad y Tobago*—,⁸⁰ o bien la parte que sí que la alega no aporta a los ojos del tribunal las pruebas suficientes para que esta pueda resultar probada. Esto último se argumentó por ejemplo en el caso *EDV v. Romania*. El tribunal afirmó que

la corrupción tiene que probarse y es sabido que es difícil de probar, ya que habitualmente se carece de prueba o esta es escasa. La seriedad de la acusación de corrupción en este caso, considerando que implica a funcionarios del más alto nivel del gobierno rumano, exige una prueba clara y convincente. Hay un consenso generalizado entre los tribunales internacionales y la doctrina respecto de la necesidad de exigir un alto estándar de prueba de la corrupción.⁸¹

Junto a todos estos déficits probatorios recién señalados, tampoco puede obviarse que en ocasiones son los propios árbitros quienes, por falta de herramientas

⁷⁸ Tampoco es el supuesto más habitual que el inversor alegue, en la fase sustantiva del arbitraje, que no ha recibido por ejemplo un trato justo y equitativo por parte del Estado a consecuencia de negarse a participar en esquema corrupto.

⁷⁹ *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, Caso CIADI n° ARB/00/7, laudo de 4 octubre de 2006, pp. 36-41, disponible en: <http://www.italaw.com/other-investment-cases#sthash.xFgYdml1.dpuf>.

⁸⁰ *F-W Oil Interests, Inc. v. The Republic of Trinidad and Tobago*, Caso CIADI n° ARB/01/14, laudo de 3 marzo de 2006, pp. 24-27, disponible en: <http://www.italaw.com/cases/469#sthash.cM5HmWHF.dpuf>.

⁸¹ Traducción realizada por la autora del laudo original en inglés; *EDF (Services) Limited v. Romania*, Caso CIADI n° ARB/05/13, laudo de 8 octubre de 2009, p. 64, disponible en <http://www.italaw.com/cases/375#sthash.dkPdQkqs.dpuf>.

técnicas o de *savoir faire* jurídico, muestran una actitud bastante tibia o displicente⁸² frente a los indicios de corrupción presentados por una de las partes. Desgraciadamente, la postura proactiva del tribunal del caso *Metal Tech v. República de Uzbekistán* —que se examinará más adelante— no es por ahora la postura habitual en el ámbito del arbitraje de inversiones. Las oportunidades perdidas en la lucha arbitral contra la corrupción, tales como las recién citadas, justifican sin duda la reflexión contenida en la sección final de este trabajo, en la cual se proponen diversos mecanismos jurídicos que permiten dedicar a la cuestión de la corrupción la importancia jurídica que ésta requiere.

Centrando la atención de aquí en adelante en los laudos arbitrales que sí han abordado con mayor detalle el problema de la corrupción, merece la pena hacer una alusión, en primer lugar, a un laudo de la Cámara de Comercio Internacional de 1963, que ha devenido clásico. En él, el árbitro sueco Gunnar Lagergren optó por declarar su falta de competencia para dictar laudo, tras haber constatado que entre una empresa extranjera y un nacional argentino se había firmado un contrato con el objeto de que éste sobornase a funcionarios argentinos a fin de que la empresa obtuviese una importante contrapartida empresarial. Ante la reclamación del nacional argentino, quien no había recibido la retribución prometida por la empresa extranjera, el árbitro afirmó que “no puede negarse que existe un principio general del derecho reconocido por las naciones civilizadas proclamando que los contratos que violan las buenas costumbres o el orden público internacional son inválidos o al menos no ejecutables y no pueden ser amonestados por tribunales o árbitros. Esta corrupción es un mal internacional, es contraria a los buenos principios morales y a los principios de orden público compartidos por la comunidad de naciones”.⁸³ Con un razonamiento muy depurado desde la perspectiva del derecho internacional público, es positivo comprobar cómo el árbitro no solo castigó económicamente al nacional argentino —quien no consiguió cobrar vía laudo arbitral la comisión contractualmente prometida—, sino que sancionó económicamente a ambas

⁸² En este sentido es muy gráfica la distinción que realiza Raouf entre el “Eyes Shut Approach” y el “Zero Tolerance Approach”; Raouf, Mohamed Abdel, “How Should International Arbitrators Tackle the Corruption Issue”, *ICSID Review*, vol. 24, núm. 1, 2009, pp. 116-136.

⁸³ Traducción realizada por la autora del laudo original en inglés. ICC Award N°. 1110, 1963, emitido por Gunnar Lagergren, YCA 1996, pp. 47 y ss. (también publicado en *Arbitration International* 1994, pp. 282 y ss.), disponible en: http://translex.uni-koeln.de/201110/mark_937000/.

partes a pagar cada una sus propias costas arbitrales⁸⁴ y además las amonestó duramente en el plano moral: “las partes que se alían en una empresa de esta naturaleza deben darse cuenta de que han perdido cualquier derecho a solicitar asistencia a la maquinaria de la justicia —ya sea tribunales nacionales o cortes arbitrales— para solucionar sus disputas”.⁸⁵

No obstante, un importante dato que ha de tenerse en cuenta en arbitrajes como el presente —un arbitraje comercial entre partes privadas— es que la propia naturaleza de éste impide al árbitro abrir la auténtica caja de pandora: la referida al gran contrato que la empresa extranjera consiguió del Estado argentino gracias a los pagos entregados a varios funcionarios corruptos. Así que las sanciones que ha de asumir la empresa extranjera a consecuencia de la reclamación interpuesta por su ex-agente son, realmente, *peccata minuta* en comparación con el beneficio derivado del contrato eléctrico que la empresa corruptora consiguió firmar con el Estado de acogida.

Es por ello que para atacar el auténtico núcleo duro de la corrupción se necesitan supuestos de hecho como los planteados en el arbitraje de inversiones; esto es, supuestos de hecho en los que el sujeto activo de la corrupción —inversor— y el receptor de esta —el Estado de acogida, representado en el contexto corrupto por un cargo público— se ven las caras frente a frente en un arbitraje.

En los últimos años se han dictado algunos laudos en el ámbito del arbitraje de inversión, como *Inceysa Vallisoletana v. República del Salvador*,⁸⁶ en los que el fraude cometido por la empresa —en este caso concreto, la falsificación de datos al presentar los documentos requeridos en la licitación pública de una serie de instalaciones de revisión técnica vehicular— hace concluir al tribunal arbitral que este carece de jurisdicción, ya que el demandante no puede gozar de los derechos que esa ley nacional de inversiones confiere, toda vez que su inversión no reviste la condición de legalidad necesaria para ubicarse dentro del alcance y la protección de esa ley.

Aunque existen diferencias sustanciales entre los supuestos de fraude cometido unilateralmente por el inversor y los supuestos de corrupción que

⁸⁴ Medida que se ha reproducido en recientes arbitrajes de inversiones. Véase la nota número 99 en este trabajo.

⁸⁵ Traducción realizada por la autora del laudo original en inglés. ICC Award n° 1110, *op. cit.*

⁸⁶ *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, Caso CIADI n° ARB/03/26, laudo de 2 de agosto de 2006, disponible en: <http://www.italaw.com/cases/documents/564#sthash.i5phs-qBA.dpuf>.

manchan las manos tanto del inversor como del Estado de acogida,⁸⁷ en el ámbito del arbitraje de inversiones se valora positivamente que los tribunales arbitrales que analizan casos de corrupción y deciden negar su competencia jurisdiccional también se embarquen en razonamientos jurídicos que van más allá de la violación del orden público o los principios morales.

En este sentido, en el laudo *Metal-Tech v. República de Uzbekistán*, dictado a finales de 2013, el tribunal proclama su falta de jurisdicción para conocer las reclamaciones y contrarreclamaciones planteadas por ambas partes. Es esperanzador comprobar cómo los árbitros de este caso adoptan un posicionamiento proactivo y beligerante en contra de la corrupción. Una vez que Uzbekistán apunta a que la empresa israelí cometió actos corruptos, el tribunal proclama “no va a recurrir a presunciones o a alteraciones en la carga de la prueba”, sino que, para determinar con una certeza razonable si existió corrupción, se va a encargar de “buscar por sí mismo pruebas adicionales de la naturaleza y el propósito” de los pagos que se produjeron en este caso.⁸⁸

Así que el tribunal arbitral se basa en una serie de indicios —denominados “*red flags*”— que en su opinión le permiten concluir si existió o no corrupción entre las partes. Tras aplicar estos indicadores, el tribunal considera que en este caso sí que existió corrupción, ya que varios de los consultores contratados por la empresa israelí carecían de la formación técnica necesaria, eran familiares de altos cargos del gobierno —como el hermano del primer ministro— recibieron unos pagos exorbitados —alrededor de 4 millones de USD— en diversas cuentas ubicadas en paraísos fiscales y no llegaron a emitir los informes de consultoría requeridos. Dicha conclusión condujo al tribunal a afirmar que la corrupción constituye una violación de las leyes de inversiones de Uzbekistán y ello a su vez implica que no se cumplía con la exigencia contenida en el artículo 1 del tratado bilateral Israel-Uzbekistán de que “las inversiones se hayan implementado en consonancia con las normas del país en cuyo territorio se realiza la inversión”.⁸⁹ Asimismo, se considera que la República de Uzbekistán no ha emitido su consentimiento para someterse a un arbitraje en este caso —al admitir únicamente arbitrajes respecto de inversiones validadas por su ley nacional—, por lo que no se dan

⁸⁷ Cohen, Paul y Katz, William, “Corruption Focus: Public Harms, Moral Qualms and Greasy Palms”, *Global Arbitration Review*, 2013.

⁸⁸ Traducción realizada por la autora del laudo original en inglés. *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, Caso CIADI n° ARB/10/3, laudo de 4 de octubre de 2013, p. 79, disponible en: <http://www.italaw.com/cases/2272#sthash.Sdk9S2P7.dpuf>.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 128 (traducción de la autora).

los requisitos que impone el artículo 25.1 de la Convención de CIADI para que el tribunal arbitral goce de competencia.⁹⁰

Existen laudos posteriores en los que se aplica la doctrina de las manos limpias (*clean hands doctrine*) —en la mayoría de los casos, no aludiendo a ella expresamente, sino a aforismos latinos equivalentes— para no condenar a Estados demandados en un arbitraje de inversiones debido a una infracción de las leyes del país de acogida cometida por el inversor a través de, por ejemplo, un acto corrupto. Esta ausencia de laudo condenatorio⁹¹ se ha producido tanto en casos en los que el requisito de legalidad de la inversión estaba recogido en el texto del Tratado Bilateral de Inversión (TBI) aplicable, como en los que —a falta de TBI— los árbitros han considerado que el inversor seguía estando obligado a cumplir con dicha obligación implícita. Incluso han apuntado —no sin controversia— que la doctrina de las manos limpias podría ser un principio general del derecho.⁹²

En los últimos años también se han dictado algunos laudos arbitrales que no rechazan por cuestiones jurisdiccionales la reclamación del inversor implicado en corrupción, sino que se adentran en la fase de resolución de las reclamaciones sustantivas del inversor. Así sucedió en el ya citado caso *World Duty Free Co. Ltd. v. República de Kenia*, en el cual el tribunal de CIADI aceptó las alegaciones de corrupción planteadas por el Estado demandado y exoneró a este de cualquier obligación indemnizatoria respecto del inversor extranjero, al considerar que tanto el derecho keniano como el británico declaraban inejecutable un contrato obtenido por conductas corruptas.⁹³

Pese a que dicha decisión ha sido aplaudida por un sector doctrinal, llegando a ser considerada un hito en la lucha anticorrupción, un examen más detallado del citado laudo conduce a temer que realmente nos hallemos

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ La referencia genérica a “ausencia de laudo condenatorio” engloba las tres circunstancias siguientes: 1) el tribunal arbitral declina su jurisdicción a consecuencia de la existencia de una obligación expresa del inversor de cumplir con la legalidad del Estado de acogida; 2) a veces si la obligación referida es implícita la demanda se considera inadmisibles, y 3) otras veces ante una obligación implícita de cumplir con el requisito de legalidad el tribunal analiza las alegaciones de “*clean hands*” en la fase de resolución (*merits*). Dumberry, Patrick, “State of Confusion: The Doctrine of Clean Hands in Investment Arbitration after the Yukos Award”, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 17, núm. 2, 2016, pp. 236 y 237. Estos conceptos se analizan en detalle en Banifatemi, Yas, “The Impact of Corruption on Gateway Issues of Arbitrability, Jurisdiction, Admissibility and Procedural Issues”, en Baizeau, Domitille y Kreindler, Richard H., *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, París, CCI, 2015, pp. 16-31.

⁹² Dumberry, Patrick, *op. cit.*

⁹³ *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya, op. cit.*

ante la “trampa de la corrupción”.⁹⁴ Una decisión exoneratoria parece ignorar que el Estado fue una de las partes del acto corrupto y tampoco tiene en cuenta el beneficio económico que a dicho Estado corrupto puede reportarle el rechazo arbitral de las pretensiones del inversor —en este caso, el inversor alegaba que había sido expropiado *de facto* por el gobierno keniatá—. En este sentido se afirma que una decisión arbitral de este tipo no ayuda a los Estados en vías de desarrollo a erradicar la corrupción en sus estamentos públicos. De hecho, se ha llegado a proclamar que la defensa de ilegalidad alegada en el contexto del arbitraje de inversiones representa un incentivo para que el futuro Estado demandado promueva un esquema de corrupción que le permita tener ya preparada esa defensa *ex ante*.⁹⁵ Asimismo, se argumenta que laudos como el indicado producen efectos económicos negativos en el Estado de acogida, al desincentivarse las inversiones extranjeras y, a causa de ello, coadyuvan al mantenimiento de la pobreza endémica de países en vías de desarrollo.⁹⁶

En conexión con lo recién expuesto, algunos tribunales arbitrales comienzan a mirar con suspicacia la estrategia jurídica de los Estados demandados en materia de corrupción, pues consideran que están implementando nuevas “tácticas de guerrilla” con fines dilatorios. Así, el tribunal arbitral del caso *Niko Resources v. Bangladesh* ha estimado que las nuevas alegaciones sobre corrupción presentadas por el Estado demandado *in extremis* —solo unos días antes de que el tribunal emita una decisión clave en un arbitraje que lleva pendiente más de cinco años— son de una gravedad tal que las va a examinar “a iniciativa propia, y dándoles prioridad”. Ello no impide, no obstante, que el tribunal arbitral finalmente exija al Estado demandado el abono de una abultada cantidad pendiente a la empresa demandante. En esta taxativa decisión respecto al resarcimiento económico tal vez hayan

⁹⁴ Donoghue, Joan E., “The Corruption Trump in Investment Arbitration”, *ICSID Review*, vol. 30, núm. 3, 2015, pp. 756-761.

⁹⁵ Rojas Elgueta, Giacomo, *The Legal Consequences of Corruption in International Arbitration: Towards a More Flexible Approach*, 20 de enero de 2016, disponible en: <http://kluwerarbitrationblog.com/2016/01/20/the-legal-consequences-of-corruption-in-international-arbitration-towards-a-more-flexible-approach/>. Una reflexión desde la perspectiva del derecho internacional, sobre si debería imputarse responsabilidad al Estado demandado en casos de corrupción, se recoge en Llamzon, Aloysius P., *op. cit.*, pp. 238-281. Otra opción, que parece difícil de implementar en el contexto actual, sería la imposición de multas por parte de la institución arbitral al Estado que haya participado en la corrupción.

⁹⁶ Wilske, Stephan y Obel, Willa, “The Corruption Objection to Jurisdiction in Investment Arbitration: Does it Really Protect the Poor?”, en Nadakavukaren Schefer, Krista (ed.), *Poverty and the International Economic Legal System*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 177-188.

podido influir veladas dudas del tribunal sobre la verosimilitud de las alegaciones estatales (“es difícil de entender por qué los demandados plantean esta reclamación ahora”).⁹⁷

Los puntos débiles de resultados como los ofrecidos en el caso *World Duty Free Co. Ltd. v. República de Kenia* también han sido puestos de manifiesto en el precitado laudo *Metal-Tech v. República de Uzbekistán*, al afirmarse que

es cierto que el resultado en los casos de corrupción en ocasiones resulta insatisfactorio, porque al menos en un primer momento, parece darle una ventaja injusta a la parte demandada; la idea sin embargo no es castigar a una parte a costa de la otra, sino asegurar la promoción del Estado de derecho, que implica que una corte arbitral o tribunal no puede asistir a una parte que se ha involucrado en un acto corrupto.⁹⁸

Esta reflexión sobre la importancia del Estado de derecho (*rule of law*), emitida en 2003 por un tribunal de CIADI, muestra cómo las reflexiones del árbitro Lagergren siguen vigentes en la actualidad. O, dicho de una forma más descarnada, la reiteración de este argumento a lo largo de las décadas hace plantearse si el arbitraje de inversiones está avanzando lo suficiente en la lucha anticorrupción. Esta reflexión conecta con la última sección de este trabajo, en la que se exponen sistemáticamente una serie de propuestas que, de implementarse, aumentarían la efectividad del arbitraje de inversiones como herramienta en la lucha contra la corrupción transnacional.

IV. EL PAPEL DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES EN LA LUCHA ANTICORRUPCIÓN Y EN LA DEFENSA DE LA INSTITUCIONALIDAD: PROPUESTAS JURÍDICAS

En los últimos meses se han planteado varios arbitrajes ante CIADI que, pese a reflejar muy diversos supuestos de hecho, todos tienen en común que sobre ellos planea la oscura sospecha de la corrupción (*BSG v. Guinea*,⁹⁹ *MOL v.*

⁹⁷ *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. v. Bangladesh Petroleum Exploration & Production Company Limited (“Bapex”) and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation (“Petrobangla”)* (Caso CIADI n° ARB/10/11), Third Decision on the Payment Claim, 26 de mayo de 2016, pp. 28-30, disponible en: <https://www.italaw.com/cases/3338> (traducción de la autora).

⁹⁸ Traducción realizada por la autora del laudo original en inglés. *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, *op. cit.*, p. 133.

⁹⁹ BSG inició acciones legales contra el gobierno de Guinea por lo que la empresa considera que son “prácticas corruptas” y “actividades ilegales”, al haber revocado el Estado varias licencias mineras. El presidente de la compañía fue posteriormente arrestado en Israel

Croacia,¹⁰⁰ *Nova v. Rumanía*,¹⁰¹ *Omega v. Panamá*,¹⁰² etcétera). Parece claro que la corrupción es ya una cuestión acuciante en el contexto de CIADI.

Adicionalmente, no puede ignorarse que nos hallamos en un momento crucial, en el que el sistema de resolución de conflictos derivados de inversiones internacionales (ISDS, en su acrónimo inglés) posiblemente vaya a afrontar un giro copernicano. Por un lado, CIADI ha lanzado recientemente un proceso de actualización de las reglas y reglamento del CIADI que sin duda va a introducir cambios en su sistema.¹⁰³ Por otro lado, la Unión Europea ha irrumpido con fuerza en el contexto del ISDS, presentando una

por haber reconocido el pago de comisiones ilegales en Guinea. *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL v. Republic of Guinea* (Caso CIADI n° ARB/14/22). En relación con este caso, Khamsi, Kathryn y Bret, Louis-Alexis, “Mining Arbitration in Africa”, *Global Arbitration Review*, 20 de abril de 2016, disponible en: <http://globalarbitrationreview.com/chapter/1036972/mining-arbitration-in-africa>, y Rigby, Ben, “Guinea faces huge ICSID claim”, *African Law & Business*, 11 de septiembre de 2014, disponible en: <https://www.africanlawbusiness.com/news/5196-guinea-faces-huge-icsid-claim>; Cobain, Ian y Beaumont, Peter, “Israeli tycoon Beny Steinmetz Arrested over Guinea Bribery Claims”, *The Guardian*, 19 de diciembre de 2016, disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2016/dec/19/israeli-tycoon-beny-steinmetz-arrested-over-guinea-bribery-claims>.

¹⁰⁰ Como consecuencia de la progresiva privatización del INA, una de las empresas más importantes de Croacia, MOL, alega ante CIADI que el Estado anfitrión ha incumplido sus obligaciones. El Gobierno croata contra-argumenta que los acuerdos de accionistas de 2009 se realizaron mediante el soborno del entonces primer ministro de Croacia, Ivo Sanader, por el presidente ejecutivo y presidente de MOL, Zsolt Hernádi. El Estado anfitrión subraya el hecho de que en noviembre de 2012 el señor Sanader fue condenado y sentenciado a ocho años de prisión ante el tribunal croata por aceptar el soborno de 5 millones de euros del inversor a cambio de facilitar la celebración de la Junta de Accionistas de 2009 (condena posteriormente anulada). Además, las autoridades croatas presentaron una acusación en el contexto nacional contra el Sr. Hernádi por pagar sobornos a cambio de que MOL obtuviera una participación importante en INA. Habazin, Margareta, *MOL v. Republic of Croatia: The ICSID Case Where Investor Corruption as a Defense Strategy of the Host State in International Investment Arbitration Might Succeed*, 16 de noviembre de 2015, disponible en: <http://klueweraarbitrationblog.com/2015/11/16/mol-v-republic-of-croatia-the-icsid-case-where-investor-corruption-as-a-defense-strategy-of-the-host-state-in-international-investment-arbitration-might-succeed/>; *MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc v. Republic of Croatia* (Caso CIADI n° ARB/13/32).

¹⁰¹ El propietario de la empresa, condenado en Rumanía por sobornar a jueces, afirma que el Estado rumano ha forzado la bancarrota de la empresa; *Nova Group Investments, B.V. v. Romania* (Caso CIADI n° ARB/16/19).

¹⁰² Una empresa estadounidense de construcción e ingeniería y su CEO han presentado una demanda ante el CIADI contra Panamá por, entre otras cosas, haber iniciado procedimientos penales contra ellos como parte de una investigación sobre presunta corrupción cometida por el ex presidente Ricardo Martinelli; *Omega Engineering LLC and Mr. Oscar Rivera v. Republic of Panama* (Caso CIADI n° ARB/16/42).

¹⁰³ Véase <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/News.aspx?CID=202>.

serie de propuestas novedosas como la creación de un Tribunal Multilateral de Inversiones.¹⁰⁴

En este contexto de cambios, la cuestión de la corrupción tiene que ser abordada con toda la seriedad y detalle que su gravedad impone. Es por ello que este trabajo procede a presentar a continuación una serie de cambios, tendentes a perseguir y sancionar con eficacia la corrupción en el contexto de las inversiones internacionales.

En primer lugar, una cuestión que no debe olvidarse en el ámbito del arbitraje de inversiones es que las normas procesales que rigen estos arbitrajes internacionales dan un amplio margen de maniobra a los tribunales arbitrales en la fase probatoria.¹⁰⁵ Se estima que dicha libertad debe ser aprovechada por los árbitros, con el objetivo de dar respuestas arbitrales que ayuden a extirpar el cáncer de la corrupción.

En este sentido, los árbitros pueden implementar un buen número de iniciativas —de distinta naturaleza pero que persiguen un objetivo común—, entre las que destacan las siguientes: prolongar la fase probatoria para permitir que el asunto de la corrupción se analice en detalle; designar a un perito que les asesore para determinar si el supuesto de hecho presenta trazas de corrupción;¹⁰⁶ rebajar el estándar de prueba impuesto a la parte denunciante de la corrupción; conceder —como hizo el tribunal de *Metal-Tech*— un papel relevante a las pruebas meramente circunstanciales; admitir la inferencia de pruebas como consecuencia de la negativa de una parte a colaborar, o incluso invertir la carga de la prueba, exigiendo que sea el Estado quien demuestre que no cometió el acto corrupto.¹⁰⁷ Estas

¹⁰⁴ Fach Gómez, Katia, “Unión Europea e inversiones internacionales: el futuro de los mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, núm. 1, 2017, pp. 295-302, versión más extensa disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2893215>.

¹⁰⁵ Piénsese, por ejemplo, en el artículo 43 del Convenio de CIADI, que establece que “Salvo que las partes acuerden otra cosa, el Tribunal en cualquier momento del procedimiento, podrá, si lo estima necesario: (a) solicitar de las partes la aportación de documentos o de cualquier otro medio de prueba; (b) trasladarse al lugar en que se produjo la diferencia y practicar en él las diligencias de prueba que considere pertinentes”. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf.

¹⁰⁶ Acerca de la utilidad de recurrir a opciones como una “auditoría forense”, véase Ziadé, Nassib G., “Addressing Allegations and Findings of Corruption”, en Baizeau, Domitille y Kreindler, Richard H., *Addressing issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, París, CCI, 2015, pp. 114-134.

¹⁰⁷ Para una distinción entre los conceptos de “estándar probatorio” y “carga de la prueba”, véase Tezuka, Hiroyuki, “Corruption Issues in the Jurisdictional Phase of Investment Arbitrations”, en Baizeau, Domitille y Kreindler, Richard H. (eds.), *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, París, CCI, 2015, pp. 51-69. Profundizando en dichas

últimas propuestas —originadas en el contexto del arbitraje comercial y que sin duda merecen un estudio más detallado en el contexto del arbitraje de inversiones— pueden *a priori* generar temores desde el plano del debido proceso. Es por ello que resulta menos arriesgado tomar decisiones de esta naturaleza de una forma individualizada, tras haber analizado las circunstancias de cada caso, algo que es perfectamente posible de realizar en el actual contexto del arbitraje de inversiones.

En segundo lugar, y conectando con las reflexiones ya presentadas al hilo del caso *Metal-Tech*, varios tribunales arbitrales han mostrado su asombro y reprobación ante el hecho de que el Estado demandado, que alega la defensa de la corrupción en el arbitraje de inversiones, no haya iniciado acciones ni penales ni civiles en contra de su servidor público corrupto. En este sentido, es paradigmática la declaración del tribunal arbitral en el caso *Duty Free*:

Sigue siendo sin embargo una característica muy preocupante de este caso el hecho de que el destinatario corrupto del soborno de la demandante era más que un oficial del Estado, dado que era su oficial de más rango, el propio presidente de Kenia; y que sea Kenia quien presente las ilegalidades de su propio expresidente como una defensa completa frente a las reclamaciones de la demandante. Adicionalmente, en las pruebas que se han presentado al Tribunal, el soborno fue aparentemente solicitado por el Presidente de Kenia y no iniciado por completo por la demandante. Aunque el presidente de Kenia ha dejado el cargo y ya no goza de inmunidad jurisdiccional en virtud de la Constitución de Kenia, parece que Kenia no ha realizado ningún intento de procesarlo por corrupción o de recuperar la cuantía del soborno ante la jurisdicción civil.¹⁰⁸

En esta materia, se estima que la falta de investigación y posterior persecución de la corrupción en el plano nacional debería impedir que el Estado recurriese exitosamente a la defensa de la corrupción en el contexto internacional del arbitraje de inversiones. Se reputan insuficientes, por tanto, opciones arbitrales mucho más moderadas, como por ejemplo penalizar al Estado por su participación en el acto corrupto únicamente con la imposición de una

cuestiones, Menaker, Andrea J. y Greenwald, Brody K., “Proving Corruption in International Arbitration”, en Baizeau, Domitille y Kreindler, Richard H. (eds.), *Addressing issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration*, París, CCI, 2015, pp. 77-103.

¹⁰⁸ Traducción realizada por la autora del laudo original en inglés. *World Duty Free Company Limited v. The Republic of Kenya*, *op. cit.*, p. 59.

parte de las costas procesales.¹⁰⁹ En el plano doctrinal algunos autores defienden con tino que la participación del Estado en el acto corrupto no debería impedir superar la fase jurisdiccional y alcanzar la emisión de un laudo condenatorio contra él. En dicho laudo, las actividades ilícitas del inversor en materia de corrupción podrían tener su reflejo, por ejemplo, en una reducción de la cuantía compensatoria que le concediesen a éste.¹¹⁰

En tercer lugar, se considera que los arbitrajes de inversión han de beneficiarse lo máximo posible de la proliferación en las últimas décadas de textos internacionales anticorrupción y de las normas nacionales que implementan los mismos. Hasta el momento, si un mismo supuesto de hecho ha generado tanto una investigación nacional —de naturaleza penal o administrativa— como un arbitraje de inversiones, en la gran mayoría de los casos ambos procesos han desarrollado asépticas trayectorias paralelas. Frente a ello, lo que se propone es que entre ambos planos —lucha nacional anticorrupción y arbitraje de inversión— se tiendan todos los puentes que sean beneficiosos para reducir la corrupción internacional. En este sentido, los árbitros —a pesar de no tener poderes coercitivos— pueden adoptar decisiones como las siguientes: admitir como prueba de parte en el arbitraje los documentos generados en el proceso anticorrupción nacional; requerir directamente a las autoridades estatales el expediente de la investigación anticorrupción; paralizar el procedimiento arbitral hasta que se dilucide el nacional o por el contrario solicitar al Estado demandado que paralice un proceso nacional que pueda perjudicar las pesquisas arbitrales;¹¹¹ o, por último, incluso aceptar un recurso de revisión o nulidad del laudo en caso de que la finalización posterior de la investigación nacional arroje una luz nueva sobre el asunto de la corrupción dilucidado en el arbitraje.¹¹²

¹⁰⁹ El tribunal arbitral considera que “Ello no significa, no obstante, que el Estado no haya participado en la creación de la situación que ha conducido al rechazo de las reclamaciones. Debido a esta participación, que va implícita en la propia naturaleza de la corrupción, parece justo que ambas partes se repartan el pago de las costas procesales”. Traducción realizada por la autora del laudo original en inglés. *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, *op. cit.*, párr. 422. Defendiendo que se le conceda al inversor algún tipo de protección legal, aunque ésta no derive de remedios contractuales, Rojas Elgueta, Giacomo, *op. cit.*

¹¹⁰ Kulick, Andreas, *op. cit.*; Alba, Mariano de, “Drawing the Line: Addressing Allegations of Unclean Hands in Investment Arbitration”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 12, núm. 1, 2015, p. 334.

¹¹¹ Kendra, Thomas y Bonini, Anna, “Dealing with Corruption Allegations in International Investment Arbitration: Reaching a Procedural Consensus?”, *Journal of International Arbitration*, vol. 31, núm. 4, 2014, pp. 450–453.

¹¹² Tirado, Joe y García, Alejandro I., “Las investigaciones de corrupción por autoridades gubernamentales y el arbitraje de inversión. Los desafíos creados por la creciente

En cuarto lugar, hablar del papel del arbitraje de inversiones en la lucha anticorrupción y en la defensa de la institucionalidad conecta necesariamente con la cuestión del rol que ha de desempeñar el árbitro internacional en esta materia. Frente al juez nacional —agente endógeno ya analizado en la sección segunda de este trabajo—, los árbitros no forman parte de ninguno de los tres poderes estatales y, siendo elegidos por las partes, sus obligaciones tienen un origen contractual. Estas características pueden generar dudas sobre la actitud que han de adoptar los árbitros de inversión en materia de corrupción.

Naturalmente, la primera exigencia clara en esta materia es la de la incorruptibilidad del propio árbitro, por lo que está plenamente justificado que la corrupción de algún miembro del tribunal arbitral abra la posibilidad a cualquiera de las partes tanto para solicitar la anulación del laudo arbitral¹¹³ como para actuar judicialmente contra él, siempre que el marco legal *ad casum* así lo permita.¹¹⁴

Respecto a la postura del árbitro ante la aparición de la corrupción en el supuesto de hecho frente al que ha de dictar laudo, el posicionamiento clásico del “perro guardián”¹¹⁵ ha sido defendido por árbitros como Wälde

convergencia de dos mundos hasta ahora (casi) separados”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 21, 2014, pp. 69-91.

¹¹³ El artículo 52 c) del Convenio CIADI establece que “Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas: que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal” y también recoge una regla específica en materia de cómputo de plazos “(2) Las solicitudes deberán presentarse dentro de los 120 días a contar desde la fecha de dictarse el laudo. Si la causa alegada fuese la prevista en la letra (c) del apartado (1) de este Artículo, el referido plazo de 120 días comenzará a computarse desde el descubrimiento del hecho pero, en todo caso, la solicitud deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo”. La cuestión de la corrupción del árbitro también es abordada por el artículo 30 del borrador del Acuerdo Constitutivo del Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de Unasur. En relación con este último, véase Sarmiento, María Gabriela, *The 2014 Draft Constitutive Agreement of the Centre for the Settlement of Investment Disputes of the UNASUR*, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2703651>.

¹¹⁴ Véase por ejemplo que diversos países, entre ellos España, han ratificado el Protocolo Adicional al Convenio Penal sobre la Corrupción, aprobado en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003, en el que se establecen una serie de medidas que el legislador nacional ha de adoptar para evitar la corrupción de los árbitros nacionales y extranjeros; disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/191>. Un ejemplo muy reciente en esta materia Jones, Tom, “Arbitrator Fights Bribery suit in New York”, *Global Arbitration Review*, 8 de septiembre de 2016, disponible en: <https://globalarbitrationreview.com/article/1068459/arbitrator-fights-bribery-suit-in-new-york>.

¹¹⁵ Thomson ha distinguido gráficamente entre árbitros como meros “perros guardianes” y árbitros como “perros sabuesos”, defendiendo esta segunda opción. Thomson, Douglas,

en el laudo *International Thunderbird v. Mexico*: “actualmente las insinuaciones de corrupción son utilizadas con frecuencia por los inversores demandantes y los Estados demandados. Éstas deberían ser ignoradas —explícita e implícitamente—, salvo que se presenten de forma adecuada y expresa ante el tribunal arbitral, corroboradas a través de una alegación específica de corrupción y sujeta a un debate jurídico y material adecuado para el tribunal”.¹¹⁶

Sin duda, nadie desea que la alegación de la corrupción sirva para justificar una “caza de brujas” que sabotearía la propia lucha anticorrupción. No obstante, frente a dicho planteamiento, se han producido reseñables pronunciamientos recientes a favor de un rol mucho más activo de los árbitros —“perro sabueso”— en la lucha anticorrupción.¹¹⁷ Detrás de este tipo de reflexiones despunta la idea de que en la lucha anticorrupción el árbitro de inversiones ha de olvidarse de la —en ocasiones, mal entendida— lealtad hacia las partes y, respaldado por deberes como la independencia e imparcialidad, debe actuar en defensa del interés público. Los intereses privados de las partes no pueden imponerse frente a políticas públicas que, como la lucha contra la corrupción, son reconocidas tanto en el plano internacional como en el nacional.¹¹⁸ Al atacar la corrupción de esta forma, los árbitros

“Watchdogs or bloodhounds: Is it an arbitrator’s role to sniff out corruption?”, *Global Arbitration Review*, 1 de julio de 2014, disponible en: <https://globalarbitrationreview.com/article/1033550/watchdogs-or-bloodhounds-is-it-an-arbitrator%E2%80%99s-role-to-sniff-out-corruption>.

¹¹⁶ Traducción realizada por la autora del laudo original en inglés. *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL, laudo de 26 de enero 2006, disponible en: <http://www.italaw.com/cases/571#sthash.RWpPUbxS.dpuf>.

¹¹⁷ Yves Fortier afirma lo siguiente: “Nosotros, los árbitros, no tenemos más remedio que reexaminar nuestras posiciones a menos que estemos preparados para aceptar las no tan veladas acusaciones de que el arbitraje internacional es un refugio seguro para la corrupción, una acusación que en última instancia podría añadir una capa adicional a las preguntas sobre la legitimidad del sistema. En otras palabras: si queremos dotar al marco jurídico internacional que rige la corrupción de un mecanismo efectivo de ejecución, debemos encontrar una manera de conciliar tanto nuestra lealtad a las partes como nuestra adhesión al orden jurídico internacional, tal como lo sugieren los tratados internacionales anticorrupción” (traducción del inglés realizada por la autora). Véase Fortier, Yves, *Arbitrators, Corruption and the Poetic Experience* (“When Power Corrupts, Poetry Cleanses”), Kaplan Lecture Hong Kong, 20 de noviembre de 2014, disponible en: <http://neil-kaplan.com/wp-content/uploads/2014/11/Kaplan-Lecture-Yves-Fortier.pdf>. En el contexto del arbitraje comercial, pero con algunas interesantes reflexiones también extrapolables al ámbito de las inversiones, véase Kreindler, Richard H., “Is the Arbitrator Obligated to Denounce Money Laundering, Corruption of Officials, etc.?”, en Moran, Theodore H. (ed.), *Combating Corrupt Payments in Foreign Investment Concessions*, Washington, Center for Global Development, 2008, pp. 27 y 28, disponible en: https://www.cgdev.org/sites/default/files/15197_file_CombatingCorruption.pdf.

¹¹⁸ Apuntando que los laudos arbitrales deberían tener en cuenta los efectos adversos que la corrupción provoca en la ciudadanía del Estado de acogida de la inversión, Sum-

contribuirán tanto al fortalecimiento de la legitimidad del —actualmente tan criticado— sistema de arbitraje de inversiones como al refuerzo de la institucionalidad de los Estados receptores de inversiones internacionales.

Todo ello conduce a defender que, aunque no haya habido alegaciones de corrupción ni de las partes ni de terceros —a través de mecanismos como la presentación de cartas *amicus curiae*—, los árbitros no solo pueden sino que deben investigar los indicios de corrupción *sua sponte*.¹¹⁹ En este contexto, y asumiendo que se respetan los derechos procesales de las partes, el principio de confidencialidad no debería poder frenar las pesquisas de los árbitros en materia de investigación ni su denuncia de la corrupción, que en ocasiones hasta pueden venir impuestas por el derecho aplicable.¹²⁰ En el mismo sentido, la persecución *suo motu* de la corrupción tampoco debería dar lugar a una alegación exitosa de la letra b) del primer párrafo del precitado artículo 52 del Convenio CIADI (“Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo [cuando] (b) el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades”).

En quinto y último lugar, es obvio que la lucha contra la corrupción no ha de reposar únicamente en los hombros de los árbitros. Sin duda, los legisladores nacionales tienen todavía un gran margen de maniobra para perfilar sistemas nacionales anticorrupción más robustos y omnicomprendivos. En el ámbito concreto de las inversiones internacionales, sería también muy positivo que la lucha contra la corrupción se incorporase con carácter general a la primera línea de las negociaciones de futuros tratados bilaterales o multilaterales de inversión.¹²¹ Hasta el momento, existen propuestas *de lege ferenda*

merfield, Jason N., “The Corruption Defense in Investment Disputes: A Discussion of the Imbalance between International Discourse and Arbitral Decisions”, *Transnational Dispute Management*, vol. 6, núm. 1, 2009.

¹¹⁹ Es previsible que en ocasiones el árbitro tenga la obligación formal de investigar por diversos motivos: bien porque el derecho penal aplicable le obligue a denunciar el acto ilícito de la corrupción a las autoridades nacionales competentes; bien porque la normativa arbitral aplicable introduzca esta obligación en un código de conducta que exija acatar a quienes deseen actuar como árbitros; o bien por último porque la propia institución arbitral decida crear una instancia centralizada de lucha contra la corrupción a la que los árbitros de todos los procedimientos arbitrales estarían obligados a informar y, posiblemente, a paralizar el arbitraje hasta que dicha instancia finalizase su investigación y adoptase una decisión al respecto. Esta sugerente estructura, por ejemplo, podría implementarse en el contexto de una futura corte internacional de inversiones.

¹²⁰ Raouf, Mohamed Abdel, *op. cit.*

¹²¹ Moran, Theodore H., *How Multinational Investors Evade Developed Country Laws to Prevent Bribery and Corruption in the Developing World-Including the US Foreign Corrupt Practices Act- and What Can Be Done About It?*, Center for Global Development Working Paper núm. 79, 2006, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=984044.

muy bien articuladas en esta materia, como la contenida en el Modelo del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD) sobre inversión para el desarrollo sostenible.¹²² No obstante, todavía es excepcional que los TBI combatan expresamente la corrupción.¹²³ En este sentido, son positivas iniciativas como la inclusión de un artículo que se posiciona en contra de actividades corruptas en el nuevo texto modelo de TBI hecho público por el gobierno de India en el año 2015. La última versión disponible del texto consolidado del Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG —más conocido por su acrónimo en inglés, CETA—) da un paso más, impidiendo el acceso al sistema de resolución de controversias si la inversión se ha visto contaminada por conductas corruptas.¹²⁴

Los ya citados casos que actualmente están pendientes ante CIADI, en los que se ha planteado la cuestión de la corrupción, son una muestra de que nos hallamos ante una cuestión candente del actual sistema de arbitraje de inversiones. Dado que la lucha contra la corrupción y la defensa de la institucionalidad democrática son dos vasos comunicantes, bien merecen la pena todos los esfuerzos anticorrupción que se implementen en el futuro en el contexto del arbitraje de inversiones.

¹²² Artículo 13 —anticorrupción dentro de las obligaciones y deberes de los inversores y las inversiones—, artículo 18 —imposibilitando al inversor acudir al sistema de solución de diferencias en caso de haber violado el artículo 13—, artículo 22 —anticorrupción dentro de las obligaciones del Estado anfitrión— y artículo 32 —anticorrupción dentro de los derechos y obligaciones del Estado local— del Modelo del International Institute for Sustainable Development (IISD) sobre inversión para el desarrollo sostenible, disponible en: https://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf.

¹²³ Artículo 9 —obligaciones contra la corrupción— del Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty, disponible en: https://www.mygov.in/sites/default/files/master_image/Model%20Text%20for%20the%20Indian%20Bilateral%20Investment%20Treaty.pdf.

¹²⁴ Artículo 8.18.3 del CETA (Resolución de disputas de inversión entre inversor y Estados): “Para mayor certeza, un inversor no puede presentar una reclamación con base en esta Sección si la inversión se ha llevado a cabo a través de representación fraudulenta, ocultación, corrupción o conducta equivalente a abuso de proceso” (traducción del inglés realizada por la autora). El texto consolidado del CETA en inglés está disponible en: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf.