

LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO COMO INSTRUMENTOS PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN

Gustavo Alejandro URUCHURTU CHAVARÍN*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El combate a la corrupción y el comercio internacional*. III. *Convenciones internacionales para el combate a la corrupción*. IV. *Tratados de libre comercio firmados por México*. V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Los tratados comerciales han tenido una importante evolución a través del tiempo, desde los incipientes tratados de paz, amistad y comercio hasta los actuales tratados de libre comercio, los cuales son más comprehensivos y abarcan muchos otros temas diversos a los que se consideran estrictamente comerciales.

Los recientes tratados de libre comercio de los que México es parte, y firmados en fechas recientes, abordan temas novedosos; entre ellos, el de combate a la corrupción, ya que las prácticas corruptas constituyen barreras de entrada a los nacionales de nuestros socios comerciales, principalmente en el área de la contratación pública, pero también en la importación y exportación de mercancías, siendo un instrumento para alcanzar los objetivos de la liberalización comercial, y también combatir la corrupción.

II. EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN Y EL COMERCIO INTERNACIONAL

Las Naciones Unidas considera a la corrupción

como una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad, que socaba la democracia y el estado de derecho, da

* Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM y asesor de comercio internacional.

pie a violaciones de derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana.¹

Razón por la cual ha sido necesario en el seno de esa organización establecer a nivel internacional medidas para combatirla.

En el ámbito del comercio internacional, la corrupción tiene un efecto perjudicial a la economía, al socavar los beneficios de la apertura comercial, que busca incrementar el desarrollo y el bienestar social y no permite alcanzar estos objetivos. Lo anterior obedece a que si bien “la liberalización comercial ha resultado en un aumento de las oportunidades para promover prácticas competitivas sin obstáculos, inversamente aumenta la corrupción relacionada con el comercio nocivo”.²

Al hablar de corrupción en el ámbito del comercio internacional, lo primero que nos viene a la mente son todas aquellas prácticas que se presentan al nivel del despacho aduanero, permitiendo el contrabando y la elusión tanto de las medidas arancelarias y no arancelarias, lo que resulta en una menor recaudación por parte del Estado, pero más que esto, resulta una afectación en muchos de los casos a la planta productiva nacional que produce las mercancías idénticas o similares. Sin embargo, también afecta otras actividades, que son contempladas en los nuevos tratados de libre comercio, como es la inversión y la contratación pública, y constituyen verdaderas barreras de entrada a posibles inversionistas, al ser poco atractivos países con un alto índice de corrupción.

Lo anterior resulta en una afectación en las cadenas de suministro, al incrementarse los costos por los sobornos a lo largo de toda la cadena y la corrupción que existe en las licitaciones y adjudicaciones de los contratos públicos, lo que afecta el poder de toma de decisiones políticas y la productividad, al intervenir en la adquisición de algo innecesario, en lugar de hacerlo en programas que benefician a la población; crea monopolios; aumenta los precios de bienes y servicios³ y obstaculizando la entrada a empresas

¹ Annan, Kofi A., “Prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, Organización de las Naciones Unidas, 2002, p. iii, disponible en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2018).

² Eigen, Peter, “Control de la corrupción: clave para el comercio orientado al Desarrollo”, Carnegie Endowment for International Peace. Policy Outlook, *Comercio Equidad y Desarrollo*, núm. 4, noviembre de 2002, p. 2, disponible en: https://carnegieendowment.org/files/TED_4_in_spanish.pdf (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2018).

³ Manzano Olvera, Virginia [reseña del libro *Globalización, comercio internacional y corrupción*, de Jorge F. Malem Seña, Barcelona, GEDISA], 2000, p. 2, disponible en: <https://tecnologias->

extranjeras con mejores precios y calidad en los bienes y servicios que pudieran proporcionar.

En el ámbito del comercio internacional, las clases desprotegidas son las que pagan precios más elevados por los productos que adquieren como resultado de la corrupción de sus funcionarios como también de las empresas exportadoras radicadas en países industrializados⁴ que incurren en estas prácticas.

A mediados de los setenta, en muchos países europeos la corrupción transnacional era una práctica permitida, e inclusive eran sujetas de exenciones de impuestos las erogaciones por soborno, ya que se posicionaban las empresas en los mercados extranjeros. Al mismo tiempo, los Estados Unidos de América tomaban la dirección contraria al promulgar la Federal Corrupt Practices Act en 1997, como resultado del caso de Lockheed, que involucró a Alemania, Italia, Holanda y Japón. Sin embargo, continuaron las prácticas a través de empresas instaladas en paraísos fiscales. Pero no fue hasta mediados de los noventa en que este tema empezó a interesar a los organismos internacionales como las Naciones Unidas y la OCDE, dando como resultados compromisos internacionales para combatir estas prácticas.⁵

Hemos observado que actualmente, y a pesar de compromisos internacionales, ha habido un incremento excesivo de actos de corrupción en los últimos años, escandalosos tanto en nuestro país como fuera de él, como ha sido el caso de Odebrecht, cuyos tentáculos han esparcido esos actos de corrupción por numerosos países de Latinoamérica, y que han resultado con la caída de jefes de Estado y funcionarios en varios países de esa región; pero también hay otros escándalos en Asia y en Europa.

En el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC), los esfuerzos por combatir la corrupción han sido muy limitados, y dentro del texto del Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y de Comercio de 1994 y de los Acuerdos de la Ronda de Uruguay solamente hay una disposición relacionada con la corrupción, que es el artículo X de Transparencia, que establece la obligación de publicitar sus leyes, reglamentos y cualesquiera otras medidas.⁶ Existe un Acuerdo de Compras Gubernamentales, pero este

educativas.te.gob.mx/RevistaElectoral/content/pdf/a-2001-02-015-139.pdf (fecha de consulta: 19 de septiembre de 2018).

⁴ Eigen, *op. cit.*, p. 2.

⁵ Abramovici Pierre, “Los mecanismos ilegales del comercio internacional”, *Cono Sur*, núm. 17, noviembre de 2000, disponible en: <https://www.insumisos.com/diplo/NODE/2115.HTM> (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2018).

⁶ Jenkins, Matthew, Anti-Corruption and Transparency Provisions in Free Trade Agreements. Anticorruption Help Desk. Transparency International, febrero de 2017, p. 2, dis-

es un acuerdo que no está firmado por todos los miembros de la OMC. Por lo tanto, es necesario que dentro de la OMC se tomen medidas para combatir la corrupción que afectan el comercio internacional.

El Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC, que entró en vigor en 2017, incluye el compromiso de todos los Estados miembros de la OMC, a reducir la corrupción en los puertos de entrada, y además incluye disposiciones para que los países más ricos ayuden a los Estados más pobres con la implementación, y buscan combatir la corrupción mediante la implementación de medidas que disminuyan la posibilidad de incurrir en esta práctica ilegal.⁷

Ante la falta de mayores medidas para atender este problema en el seno de la OMC, junto con la imposibilidad de llegar hasta la fecha a acuerdos en el ámbito multilateral que culminen la Ronda de Doha, ha habido un incremento de tratados de libre comercio, bilaterales, regionales y plurilaterales, que buscan atender los problemas modernos del comercio internacional, entre ellos el combate a la corrupción.

Además de los esfuerzos a nivel multilateral de crear convenciones en contra de la corrupción, los capítulos anticorrupción se han incorporado en los últimos tratados comerciales a nivel internacional, con el fin de paliar el fenómeno corruptivo, para afianzar las relaciones de ayuda mutua en aspectos técnicos, jurídicos, económicos, entre otros más. Tanto en instrumentos negociados entre países desarrollados con países en menor desarrollo como entre los países desarrollados, como es el caso de la Alianza Comercial Transpacífica que se ha estado negociando entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea, que incluye referencias expresas a las convenciones anticorrupción internacionales, compromisos para penalizar el soborno activo y pasivo, sanciones no penales para las empresas y la protección a los denunciantes de estas prácticas, buscando que los países sancionen internamente estas prácticas.

Ha sido la política de los Estados Unidos de América el incluir disposiciones anticorrupción en los acuerdos de libre comercio que ha negociado para establecer la pauta para ser incluidos en futuros acuerdos, y esto es importante en el contexto de que este país es nuestro principal socio comercial, con el cual estamos actualmente negociando la modernización del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) junto con Canadá, y que ahora responderá al nombre de UMSCA.

ponible en: https://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/Anticorruption_and_transparency_provisions_in_trade_agreements_2017.pdf (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2018).

⁷ *Ibidem*, p. 5.

Es importante destacar que previo a esta negociación los miembros del TLCAN habían participado en las negociaciones del TPP, que incluía otros países de Asia y del Pacífico del Sur, que se consideraba una modernización del TLCAN, y que incluía un capítulo anticorrupción. Los Estados Unidos de América, con la administración del presidente Trump, decidió salirse de este acuerdo comercial, que no podía entrar en vigor sin la participación de ese país.

Es por ello que, ante esta situación, los restantes países signatarios decidieron, continuar con este esfuerzo, y así signar el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, por sus siglas en inglés), que excluye a los Estados Unidos de América. Este tratado ya ha sido ratificado por nuestro país, y se requiere la ratificación de cinco países, de los once países signatarios para su entrada en vigor. Hasta la fecha solamente ha sido ratificado por México y Japón.⁸

Asimismo, nuestro país ha renegociado el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea, el cual también contendrá un capítulo anticorrupción.

Estas disposiciones anticorrupción contenidas en los tratados de libre comercio tienen un contenido, que ha evolucionado con los años, de tal manera que inicialmente se buscaban disposiciones de transparencia y de acceso a la contratación pública; sin embargo, como veremos más adelante, las disposiciones para el combate a la corrupción tienden a criminalizar tanto el soborno activo, esto es, el soborno a un servidor público tanto en el ámbito interno como en el internacional, y el soborno pasivo, consistente en solicitar prebendas o favores por un servidor público, referencias expresas a las convenciones anticorrupción internacionales, sanciones no penales para las empresas y la protección a los denunciantes de estas prácticas

Al ser un objetivo primordial de estos tratados el acceso a la contratación pública, así como el libre flujo de los bienes, es necesario reforzar estas disposiciones a través de compromisos que busquen hacerlas eficaces mediante disposiciones que combatan la corrupción, y evitar así barreras innecesarias. Para ello, se han pactado disposiciones a la medida para combatir prácticas específicas de corrupción, además de las previstas en las convenciones internacionales en esta materia, de las que México es parte, y que serán analizadas más adelante, así como el acceso a los mecanismos de solución de controversias previstos en dichos tratados, a los que se podrá

⁸ Morales, Roberto, “Dieta de Japón aprueba CPTPP; faltan cuatro países”, *El Economista*, México, 2 de julio de 2018, disponible en: <https://www.economista.com.mx/empresas/Dieta-de-Japon-aprueba-el-CPTPP-faltan-cuatro-paises-20180702-0214.html> (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2018).

acudir cuando los Estados incumplan con las disposiciones de combate a la corrupción en dichos tratados.

En el caso de México, la corrupción en la contratación pública ha alcanzado niveles insospechados, y es uno de los grandes temas que requiere un combate efectivo, en virtud de que las licitaciones que se llevan a cabo en nuestro país están arregladas, amañadas o armadas. Esto obedece a que hay mecanismos ineficientes que no permiten el control y la vigilancia de estos procedimientos ni son instrumentos que permitan lograr una mayor eficiencia de estas.

Al respecto, es importante destacar que el Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO), en un estudio realizado por éste y publicado en 2018,⁹ identificó las entidades del gobierno federal con mayores riesgos de incurrir en prácticas corruptas que requieren un combate efectivo al realizar su contratación pública. Las entidades identificadas fueron la Comisión Federal de Electricidad, el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el Instituto de Seguridad Social para los Trabajadores del Estado (ISSSTE).

Las contrataciones públicas realizadas por estas tres dependencias ascendieron entre los años de 2012 al 2017 a cerca de un billón de pesos, y se logró demostrar con su estudio, como con el cambio de administración hay nuevos ganadores, lo que permite llegar a la conclusión del alto grado de corrupción que impera en el sector de la contratación pública, y, como hemos mencionado anteriormente, constituye una barrera de entrada muy importante para agentes económicos extranjeros.

En su estudio se identificaron tres variables, que alertan de riesgos en la contratación pública; estos son: la falta de competencia, de transparencia y existencia de diversas anomalías en los procesos de licitación y adjudicación de las mismas.

Otra práctica que apunta al alto grado de corrupción que existe en la contratación pública es el alto porcentaje de dichas contrataciones que se hace por asignación directa, que de acuerdo con este estudio asciende al 70% de los contratos adjudicados.

Estos números nos llevan a concluir que en los tratados de libre comercio que ha negociado nuestro país, los cuales se incluyeron capítulos que buscaban la apertura del sector de las compras gubernamentales y permitir la participación de los nacionales de nuestros socios comerciales, no fueron efectivos, y ha llevado a replantear la necesidad de asegurar el acceso a este

⁹ Instituto Mexicano para la Competitividad, A. C. (IMCO), *Índice de riesgos de corrupción. El sistema mexicano de contrataciones públicas*, marzo de 2018, p. 2, disponible en: https://imco.org.mx/wp-content/uploads/2018/03/IRCBoletin_06-03-2018.pdf (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2018).

nicho tan importante del comercio internacional mediante la inclusión, en los nuevos tratados comerciales, de disposiciones para el combate a la corrupción, y que así permitan hacer efectiva la participación de empresas extranjeras en el mercado de las compras del sector público, el cual constituye un sector muy importante para los inversionistas extranjeros.

En los nuevos compromisos, los países parte se comprometen a esforzarse para adoptar o mantener códigos o normas de conducta para sus funcionarios públicos, así como medidas para identificar y gestionar los conflictos de intereses, incrementar la capacitación de los funcionarios públicos, medidas para desalentar las prebendas, facilitar la notificación de los actos de corrupción y establecer medidas disciplinarias o de otro tipo para los funcionarios públicos que participen en actos de corrupción.

III. CONVENCIONES INTERNACIONALES PARA EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN

Ante los efectos perniciosos que tiene la corrupción en el comercio, en la economía, en el desarrollo y en el bienestar social, ha sido necesaria la adopción de medidas en el ámbito multilateral para buscar combatir estas prácticas a través de una armonización de las legislaciones internas así como también buscar alcanzar una mayor cooperación internacional en el combate a conductas realizadas fuera de los territorios de los países miembros y ampliar la base jurídica para la extradición en el caso de los delitos relacionados con la corrupción.¹⁰

Existen un número reducido de instrumentos internacionales que abordan el combate a estas prácticas, algunos multilaterales y, otros, de carácter regional. Sin embargo, para el caso de México, podemos hablar de tres instrumentos de este tipo, que son los siguientes:

1. *La Convención de las Naciones Unidas para el Combate a la Corrupción*

Esta Convención fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 31 de octubre de 2003, y estaba abierta para la firma de los Estados, así como también para organizaciones de integración económica

¹⁰ Rojas Amandi, Víctor, *Los tratados internacionales sobre corrupción*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, p. 167, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2770/8.pdf> (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2018).

regional. Hoy en día, forman parte de esta, al 26 de junio, 186 países,¹¹ México la firmó el 9 de diciembre de 2003, y la ratificó el 30 de julio de 2004, y entró en vigor el 14 de diciembre de 2005.

El objetivo de esta Convención es el de promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir la corrupción; promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la lucha contra la corrupción y recuperación de activos, y promover la integridad y la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y bienes públicos.¹²

La Convención prevé para alcanzar sus objetivos, medidas preventivas, consistentes en formular y aplicar políticas y prácticas para la prevención de la corrupción; establecer órganos independientes para prevenir la corrupción, establecer normas que regulen a los servidores públicos, así como códigos de conducta para éstos; establecer sistemas apropiados para la contratación pública, basados en la transparencia, competencia y con criterios objetivos de adopción de decisiones que prevengan la corrupción para la contratación pública, así como también medidas para promover la transparencia y la rendición de cuentas, adoptar medidas para reforzar la integridad del Poder Judicial, y medidas para prevenir la corrupción en el sector privado mediante el mejoramiento de las normas contables y de auditoría, y prever sanciones para el caso de incumplimiento, y, por último, la adopción de medidas para fomentar la participación de la sociedad civil.

Adicionalmente, se tipifican diversas conductas como delitos, se define la jurisdicción y se pretende una mayor eficiencia procesal en el combate de estas conductas, establecimiento de autoridades especializadas en la lucha contra la corrupción mediante la aplicación coercitiva de la ley, alentar la cooperación entre los organismos públicos y sus funcionarios con los órganos encargados de investigar y enjuiciar los delitos, así como también con las entidades del sector privado.

Establece la obligación de la cooperación internacional para prestarse asistencia en las investigaciones y procedimientos civiles y administrativos relacionados con la corrupción y conceder la extradición en los casos que proceda, asistencia judicial recíproca, así como también en el cumplimiento de la ley, e investigaciones conjuntas.

Una medida adicional prevista en esta Convención de gran importancia es la relativa a la recuperación de activos, incluyendo los fondos obtenidos

¹¹ Organización de las Naciones Unidas, Oficina contra la Droga y el Delito, disponible en: <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html> (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2018).

¹² Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, Nueva York, 2004, artículo 1o., disponible en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf.

ilícitamente cuando hayan sido transferidos a un país diferente a aquel del que se sustrajeron y reintegrarlos al país de origen, cuando hayan sido producto de conductas ilícitas, como el tráfico de drogas, que constituye un principio fundamental de la Convención, para lo cual los Estados parte se prestarán la más amplia cooperación y asistencia entre sí a este respecto. Cuestión que no prevé ninguna de las demás convenciones a que haremos referencia.

Finalmente, para la solución de controversias sobre la aplicación e interpretación de la Convención, se acudirá a la negociación, y, a falta de solución, podrá someterse al arbitraje, y si en seis meses no logran ponerse de acuerdo sobre la organización del arbitraje, podrán acudir a la Corte Internacional de Justicia mediante solicitud que se presente de conformidad con su estatuto, salvo reserva de algún Estado parte para ello.

2. *Convención Interamericana contra la Corrupción*

La Convención Interamericana contra la Corrupción fue adoptada el 29 de marzo de 1996 en la Ciudad de Caracas, Venezuela, como resultado de la Conferencia Especializada sobre el Proyecto de Convención Interamericana contra la Corrupción, y entró en vigor el 3 de junio de 1997, treinta días después de la fecha en la que se depositó el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratificara la Convención o se adhiriera a ella entraría en vigor a los treinta días posteriores al depósito de los instrumentos mencionados. En el caso de México, esto ocurrió el 2 de junio de 1997.

Los objetivos de esta Convención se encuentran plasmados en el artículo II de la misma, que consisten en promover y fortalecer, para cada uno de los Estados parte, los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, y promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados parte para alcanzar estos fines.

Para poder alcanzar estos objetivos, la Convención establece obligaciones a los Estados parte, consistentes en medidas preventivas y correctivas.

Dentro de las medidas preventivas, éstas se listan en su artículo III, consistentes en crear, mantener y fortalecer normas de conducta para el ejercicio de las funciones públicas y mecanismos para hacer efectivo su cumplimiento; instrucciones a los servidores públicos sobre sus funciones, sistemas para su declaración patrimonial y contratación, así como para la adquisición de bienes y servicios; sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado; legislación que elimine beneficios fiscales

a quien viole la legislación anticorrupción; protección a quienes denuncian actos de corrupción, establecimiento de órganos de control superior; medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros; mecanismos para que las empresas y otras sociedades mantengan registros que reflejen con exactitud y detalle la adquisición y enajenación de activos y suficientes controles internos para detectar actos de corrupción, y mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y organizaciones no gubernamentales en la prevención de la corrupción.

En el caso de las medidas correctivas, la Convención establece la obligación a los Estados parte, de tipificar ciertas conductas enunciadas en el artículo VI de la Convención como delitos en su legislación interna. Dichas conductas son soborno activo y pasivo, realización u omisión de actos por parte de un funcionario público en el ejercicio de sus funciones para obtener ilícitamente un beneficio para sí o un tercero; cualquier tipo de participación en los actos referidos; aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos anteriormente mencionados y cualquier otro acto no contemplado en la Convención, acordado de mutuo acuerdo por las partes.

Adicionalmente, se tipifican como delitos las conductas previstas en el artículo XI, consistentes en el aprovechamiento indebido por parte del funcionario público en beneficio propio o de un tercero, de información privilegiada o reservada, así como de bienes del Estado, empresas o instituciones; cualquier acto u omisión por cualquier persona que resulte en la adopción por parte de la autoridad pública de una decisión de la cual obtenga un beneficio o provecho ilícito para sí o un tercero, haya o no detrimento del patrimonio del Estado, y, por último, desviación de recursos por parte de los funcionarios públicos.

La Convención tipifica el soborno transnacional como un acto de corrupción, y aquellos Estados parte que no lo hayan tipificado darán toda la asistencia y cooperación prevista en la Convención respecto a este delito en la medida en que su legislación lo permita.

El artículo XII establece que para que se aplique la Convención no es necesario que causen un perjuicio patrimonial al Estado, por lo que los delitos tipificados son de peligro y no de daño, con el propósito de facilitar el combate a la corrupción internacional.¹³

Por lo que respecta al ámbito de aplicación de la Convención, ésta refiere que será aplicable siempre que el presunto acto de aplicación se haya cometido o produzca sus efectos en el Estado parte.

¹³ Rojas, *op. cit.*, p. 181.

La Convención, en atención a la jurisdicción y competencia, establece los puntos, que aseguran un adecuado y eficaz combate a la corrupción por parte de los Estados parte, los cuales son los siguientes:

- a) Adoptar medidas necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados en esta Convención;
- b) Adoptar medidas necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados en esta Convención cometidos por uno de sus nacionales o persona que tenga su residencia habitual en su territorio;
- c) Adoptar medidas necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos tipificados en esta Convención cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no lo extradite a otro país por motivo de su nacionalidad;
- d) La presente Convención no excluye la aplicación de cualquier otra regla de jurisdicción penal establecida por una Parte en su legislación nacional.

Por último, la Convención prevé medidas de cooperación internacional enfocadas al combate internacional de la corrupción, como son: la extradición, asistencia recíproca y cooperación en investigaciones de delitos relacionados con la corrupción, medidas sobre bienes en identificación, rastreo, inmovilización, confiscación y decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de delitos tipificados en la Convención, así como la ejecución de las sentencias y la transferencia parcial o total de las mismos, tratamiento del secreto bancario, lo cual no podrá ser un obstáculo para proporcionar la asistencia solicitada, que únicamente podrá ser utilizada por el Estado parte para el fin para el cual fue requerido.

3. Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales

Esta Convención también es conocida como Convención Anticohecho de la OCDE, adoptada por la conferencia negociadora el 21 de noviembre de 1997.

A través de esta Convención, las partes se obligan a incorporar dentro de su legislación como delito el que cualquier persona intencionalmente ofrezca, prometa o efectúe un pago indebido u otra ventaja, directamente o a través de un tercero, a un servidor público extranjero en su beneficio o en el de un tercero, a fin de que ese funcionario actúe o deje de hacer, en cumplimiento de sus deberes oficiales, con el propósito de obtener o mantener

un negocio o cualquiera otra ventaja indebida, en la realización de negocios internacionales.

Este acuerdo internacional también buscó que las partes firmantes establecieran la complicidad como un delito. Señala además que la tentativa y complicidad aplicable a un servidor público extranjero constituya un delito en el mismo grado que la tentativa y complicidad aplicable a un servidor público de esa parte.

Un aspecto relevante de este instrumento es el hecho de que busca que las personas morales sean objeto de sanciones por incurrir en este tipo de prácticas.

En esta Convención se establece que los servidores públicos extranjeros que incurran en cohecho sean sancionados a través de medidas de carácter penal, equiparables al cohecho cometido por servidores públicos de esa parte, incluso mediante privación de la libertad que permita la asistencia legal mutua efectiva y la extradición.

La Convención también exige eliminar la deducción fiscal de los pagos de soborno, incluir dentro de su jurisdicción actos de corrupción cometidos en el país y en el extranjero y tomar medidas para garantizar que las decisiones para investigar o juzgar los casos de cohecho no estén influenciadas por consideraciones de interés económico. En este sentido, se deben prohibir las prácticas de contabilidad y auditoría que facilitan el ocultamiento de prácticas corruptas. Al igual que las otras convenciones, la Convención de la OCDE insta a proporcionar asistencia técnica jurídica a los demás Estados parte para investigar y perseguir los actos de cohecho en el extranjero.¹⁴

IV. TRATADOS DE LIBRE COMERCIO FIRMADOS POR MÉXICO

En el caso de los tratados de libre comercio firmados por México hasta la fecha sólo hay uno: el CPTPP. En el caso del proceso de modernización del Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea, a julio de 2018 solamente hay un acuerdo en principio sobre la modernización del Tratado, en el que se incluiría un capítulo de este tipo, y en el TLCAN ya se negoció el capítulo respectivo, y se espera que concluya la negociación de los capítulos faltantes.

La importancia de estos instrumentos, a diferencia de lo que ocurre con los anteriores ya analizados, es que el incumplimiento puede ser impugnado

¹⁴ Secretaría de la Función Pública, Convención para Combatir el Cohecho, disponible en: <http://www.programaanticorruptcion.gob.mx/index.php/internacionales/convenciones/convencion-para-combatir-el-cohecho-ocde.html> (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2018).

ante los mecanismos de solución de controversias previstos en los mismos, que en ocasiones son más efectivos que otros mecanismos en el ámbito internacional.

1. *El Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífica (CPTPP)*

El CPTPP cuenta con un capítulo de Transparencia y Anticorrupción (capítulo 26), que se divide en tres secciones (sección A, sección B y sección C) y un anexo (anexo 26-A Transparencia y equidad procedimental para productos farmacéuticos y dispositivos médicos).

La sección A contiene únicamente definiciones, mientras que la sección B abarca el tema de la transparencia. La sección C tiene gran relevancia para las partes firmantes del Tratado, en razón de que trata el tema anti-corrupción. Dicha sección inicia con su ámbito de aplicación, consistente en que las partes afirman su determinación para eliminar el soborno y la corrupción en el comercio internacional y la inversión.

Por medio de la firma del CPTPP las partes afirman su adhesión a los Principios de Conducta para Funcionarios Públicos de APEC, de julio de 2007, y promoverán la observancia del Código de Conducta para los Negocios: Integridad en los Negocios y Principios de Transparencia para el Sector Privado de APEC, de septiembre de 2007.

Un aspecto importante que forma parte del ámbito de aplicación del capítulo es el hecho de que los delitos adoptados o mantenidos conforme al capítulo serán perseguidos y sancionados de conformidad con la legislación de cada parte.

Otro ámbito que se torna muy interesante es el atinente a las medidas de transparencia que deben adoptar los Estados firmantes al aperturar sistemas consolidados de consulta pública abiertos a comentarios para mejorar los procedimientos administrativos y cualquier tipo de medidas tomadas por los Estados parte en los asuntos que cubra el Tratado en comento. Es de hacer notar que esta sección consigna la obligación de publicar por adelantado las medidas a que hacemos referencia, como también a conceder la oportunidad de que las partes interesadas realicen comentarios para no afectar sus intereses.

Por su parte, en el artículo 26.3 se toca el tema de los procedimientos administrativos relativos a la publicación de las medidas que pudieran afectar los intereses de los nacionales de los Estados parte. Podemos divisar claramente que este Tratado mandata la obligación de conceder el derecho de defensa de un modo amplísimo, ya que se estipula como deber total de las

autoridades de cada país, razonar y motivar exhaustivamente las medidas que adopte, así como también precisar la naturaleza del acto y el procedimiento del cual surge.

Por medio de este Tratado también las partes se obligaron a ratificar o adherirse a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003 (CNUCC).

Como parte de las medidas para combatir la corrupción, las partes adoptarán o mantendrán medidas para adecuar a su legislación la tipificación como delito del soborno pasivo; soborno activo; soborno para obtener o mantener un negocio u otra ventaja indebida en relación con la conducción de negocios internacionales y la complicidad.

El Tratado señala que cada parte penalizará estos delitos con sanciones considerando la gravedad del mismo, e incluir sanciones monetarias además de las penales.

Se establece además un listado de actos que deben evitarse para no incurrir en la comisión de los delitos previstos en este capítulo. Dichos actos guardan relación con el mantenimiento de libros y registros, divulgación de estados financieros y las normas de contabilidad y auditoría.

Otro de los aspectos abordados en este Tratado se refiere a la protección que deben ostentar todas aquellas personas que coadyuven e informen sobre actos de soborno y corrupción a las autoridades en la materia, lo cual se torna menester, en atención a que el público en general no debe desatenderse del fenómeno corruptivo.

Este capítulo incluye medidas que pueden adoptar o mantener las partes para evitar que sus funcionarios públicos incurran en actos de corrupción, que van desde procedimientos de selección de funcionarios públicos, capacitación, transparencia en su conducta, identificación y gestión de conflictos de interés, declaraciones patrimoniales y facilitación para la información de actos de corrupción que conozcan en el ejercicio de sus funciones.

Se incluye en este capítulo el derecho de presunción de inocencia en los procedimientos mediante los cuales un funcionario público acusado de un delito pueda ser removido, suspendido o reasignado por la autoridad competente.

De igual manera, se insta a los Estados parte a implementar medidas de independencia e integridad en el servicio público del Poder Judicial cuando existan asuntos relacionados con el comercio internacional y con las inversiones.

Cada Estado se reserva el derecho a que sus autoridades ejerzan su discreción con respecto a la aplicación de sus leyes anticorrupción. En este aspecto estamos en contra, pues en la práctica cotidiana y que se vive en el

campo de la administración pública, se cometen atrocidades en uso de la facultad discrecional, al no fundamentar, motivar ni razonar exhaustivamente la aplicación de este tipo de medidas, sino que nos topamos con la arbitrariedad en su máxima expresión.

Por otro lado, también se busca promover la participación de individuos y grupos ajenos al sector público, en la prevención y la lucha contra la corrupción en asuntos que afecten al comercio internacional o la inversión. Lo relevante de la participación del sector privado y la sociedad civil es el atinente a los programas educativos que pueden desarrollarse por cada Estado parte para no tolerar la corrupción. Además, es digno mencionar el hecho de que cada parte del Tratado en comento asistirá y asesorará a las empresas, según su tamaño, a desarrollar controles internos eficientes para contrarrestar el fenómeno corruptivo.

Nada de lo dispuesto en el Tratado afectará los derechos y obligaciones de las partes en lo que respecta a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUCC) y la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, con su anexo. Es importante resaltar que el texto presenta un error, ya que al hacer referencia a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional se está refiriendo a la Convención de las Naciones Unidas contra el Combate a la Corrupción, que es identificada por sus siglas (CNUCC).

Por último, de especial importancia es que se prevé la posibilidad de acudir al mecanismo de solución de controversias para los casos en que una medida de otra parte sea incompatible con una obligación de las previstas en la sección C; o que otra parte ha incumplido de alguna otra manera una obligación conforme a la sección C, en una manera que afecte el comercio o la inversión entre las partes.

El párrafo 3 del artículo 26.12 excluye cualquier asunto que surja conforme al artículo 26.9 (Aplicación y observancia de leyes anticorrupción) de la aplicación del mecanismo de solución de controversias y del capítulo 28 (Solución de controversias).

2. *Otros tratados*

A. *Modernización del TLCUEM*

México y la Unión Europea iniciaron en junio de 2016 las negociaciones para la modernización del Acuerdo de Asociación Económica, Con-

certación Política y Cooperación (Acuerdo Global), al que comúnmente se le conoce como Tratado de Libre Comercio entre México y la UE (TLCUEM). El 21 de abril de 2018, en Bruselas, Bélgica, nuestros equipos negociadores lograron un acuerdo en principio sobre la modernización del TLCUEM; es decir, se ha logrado acuerdo en todos los temas sustantivos de la negociación. Los asuntos pendientes son mínimos y serán resueltos en breve por los equipos técnicos, por lo que todavía no está disponible el texto final de la modernización del TLCUEM.

Uno de los capítulos nuevos que se incluyeron en esta negociación es el de combate a la corrupción, que tiene por objetivo prevenir la corrupción en el comercio y la inversión a través de la promoción de la integridad en el sector privado y público, el mejoramiento de los controles internos, la auditoría externa y la información financiera, así como el fortalecimiento de la lucha contra la corrupción a través de diversas convenciones internacionales, en particular la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC).¹⁵

El TLCUEM consigna un apartado sobre transparencia cuando sean adjudicados contratos, en la inteligencia de publicar y hacer llegar la información sobre la adjudicación del contrato a todos los competidores, en el que deberá constar de manera motivada, fundada y razonada el porqué se eligió una oferta en lugar de las de los demás competidores, exponiendo las razones que tornaron mayormente ventajosa al ganador, en la que podrá darse a conocer el nombre de éste.¹⁶

Las partes se comprometen a establecer legislación y las medidas que sean pertinentes en materia de soborno activo y pasivo en servidores públicos extranjeros, siempre que estos delitos sean cometidos intencionalmente, tal como se desprende del artículo XX.3 del Tratado en comento. Asimismo, es loable destacar el hecho de tipificar delitos en materia de soborno pasivo y activo en el sector privado, en atención al lacerante daño infligido a la economía.

También se hace mención de la transparencia en el sector privado, al estipular el desarrollo de medidas atinentes a la buena conducta íntegra de los operadores de este sector, con especial referencia a los que participen en comercio exterior e inversiones.

¹⁵ Secretaría de Economía, Resultados del Proceso de Modernización del Tratado de Libre Comercio entre México y la Unión Europea (TLCUEM), disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/320895/Nota_Ciudadana_Modernizaci_n_TLCUEM.pdf (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2018).

¹⁶ Moreno Molina, José Antonio *et al.*, *Contratación pública internacional: Unión Europea-México*, Reino Unido, Chartridge Books Oxford, 2018, p. 205.

Es de resaltar que este capítulo prevé un mecanismo de solución de diferencias específico, consistente en dos etapas: consultas y asistencia de un experto.

En la primera etapa de consultas, las partes buscarán llegar a una solución mutuamente satisfactoria del asunto objeto de la controversia, y se establece en el capítulo el procedimiento al que deben sujetarse las consultas. En caso de que se agote el procedimiento y no se llegue a una solución mutuamente satisfactoria, la parte que solicitó las consultas puede solicitar la asistencia de un grupo de expertos, que llevará a cabo el procedimiento con base en los términos de referencia determinados por las partes. El grupo de expertos consultará con las partes para buscar que éstas lleguen a una solución mutuamente satisfactoria. Si ésta no es alcanzada, cualquiera de las partes puede solicitar que el grupo de expertos emita una opinión de cómo la controversia puede ser resuelta. Las partes deberán discutir las medidas adecuadas a implementarse tomando en consideración la opinión del grupo de expertos, con la visión de llegar a una solución mutuamente satisfactoria.

La parte que adopte medidas deberá informarle a la otra parte cualquier medida que implemente o pretenda implementar o las acciones que haya adoptado o pretenda adoptar para resolver la controversia.

B. *TLCAN 2.0*

Al día de hoy las negociaciones para la modernización del Tratado de Libre Comercio no se han concluido; se ha llegado a un acuerdo bilateral en principio con México, y continúan las negociaciones con Canadá, con la expectativa de que se alcance un acuerdo trilateral; sin embargo, no hay la certeza de que se tenga un texto final; pero uno de los capítulos que fue concluido inicialmente es el de anticorrupción, que todavía no ha sido dado a conocer. Se habla de que este capítulo prevé medidas más severas que las acordadas en el TPP, como lo declaró el secretario Guajardo al finalizar la sexta ronda de negociaciones.¹⁷

Es importante destacar que el TLCAN vigente no contempla un artículo anticorrupción, ya que éstos se han incluido en los tratados de última generación; lo único que existe actualmente es el capítulo de compras de gobierno, que se limita a algunas disciplinas de transparencia.

¹⁷ Patiño, Dainzú, “3 claves para que funcione el capítulo de anticorrupción del TLCAN”, *Revista Expansión*, enero 29 de 2018, disponible en: <https://expansion.mx/economia/2018/01/29/3-claves-para-que-funcione-el-capitulo-de-anticorrupcion-del-tlcan> (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2018).

Este capítulo es una respuesta a las exigencias ciudadanas de México en el intrincado combate a la corrupción y fortalecer el Estado de derecho, ya que fue una propuesta de México incluir este capítulo, que ya se había incluido en el CPTPP y en el TLCUEM.

Se informó que este nuevo capítulo incluye la tipificación de diversos delitos de la misma manera que se ha pactado en los otros tratados, la obligación de tener medidas para combatir el peculado y proteger a denunciantes, e incentivar a que las empresas cuenten con programas de cumplimiento y el compromiso trilateral de no incentivar pagos de facilitación; se regulan aspectos críticos, como la integridad de gobiernos y funcionarios, la responsabilidad de las empresas y los mecanismos de colaboración en materia anticorrupción entre los Estados miembros. Se prevé que las controversias relacionadas con violaciones a este capítulo se resolverán bajo un mecanismo específico,¹⁸ lo que da una relevancia importante, ya que permitiría a este mecanismo, de alguna manera, combatir algunas de las prácticas de corrupción a través de algún tribunal supranacional, y puede ser un elemento adicional para fortalecer el Sistema Nacional Anticorrupción.

México es el país con el nivel de corrupción más alto de la región de Norteamérica, y las disposiciones de este capítulo van a dar como resultado que “el país estará sujeto a un escrutinio más estricto que sus socios, para evitar la impunidad en estos delitos”.¹⁹

V. CONCLUSIÓN

Como se mencionó al inicio de este artículo, la corrupción es una práctica que ha ido creciendo y con graves efectos en la economía de los países. En este mundo globalizado, la existencia de estas prácticas son un obstáculo a la atracción de la inversión extranjera y al libre comercio que disminuyen el bienestar social.

Es por ello que a nivel multilateral se ha buscado combatir estas prácticas; sin embargo, podemos observar que a pesar de ello y de existir disposiciones multilaterales para el combate a la corrupción, para el caso de México no han resultado efectivas.

¹⁸ Benjamín, Hill, “El capítulo anticorrupción del TLCAN, *El Financiero*, México, junio 5 de 2018, disponible en: <http://www.elfinanciero.com.mx/opinion/benjamin-hill/el-capitulo-anticorrupcion-del-tlcan> (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2018)

¹⁹ René, Pierre-Marc, “TLCAN, la improbable herramienta contra la corrupción”, *Forbes*, México, mayo 2 de 2018, disponible en: <https://www.forbes.com.mx/tlcan-la-improbable-herramienta-contra-la-corrupcion/> (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2018).

Es por ello que el incluir capítulos anticorrupción en los recientes tratados de los que México es parte y que prevean, en primer lugar, someter a nuestras autoridades y a particulares a disposiciones más estrictas para combatir la corrupción, y, en segundo lugar la posibilidad de acudir a los mecanismos de dichos tratados para resolver controversias que se susciten por el incumplimiento de estas disposiciones, convierten a estos tratados de libre comercio en un instrumento importante para el combate de esta aberrante conducta, que tanto daño hace a las sociedades, y en específico a nuestro país. Estos mecanismos de solución de diferencias han demostrado en algunos casos ser muy efectivos, por lo que el llevar esta materia a la jurisdicción de los mismos permitirá un combate más efectivo de estas prácticas, fortaleciendo así al Sistema Nacional Anticorrupción de nuestro país.

En nuestra opinión, para combatir la corrupción, en el caso de México ayudaría la creación de un órgano supranacional, para lo cual una alternativa podría ser incluir un acuerdo dentro del sistema de la Organización Mundial de Comercio para el combate a la corrupción, para que ese mecanismo de solución de diferencias, que es el más efectivo a nivel internacional, se encargue de revisar las violaciones a las disposiciones del acuerdo que se negociará, y así tener un instrumento más efectivo para que se adopten medidas que conlleven eliminar los actos de corrupción.