ICC MEXICO

PAUTA

Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.

ANTICORRUPCIÓN

No. 81 JULIO 2017

PAUTA 81

NOMBRE PAUTA

No. 81 Julio 2017

ICC México PAUTA
Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.

Consejo Editorial

Presidente ICC México
Lic. María Fernanda Garza Merodio

Vicepresidentes ICC México
Dr. Claus von Wobeser
Lic. Rodrigo Quintana Kawage
Lic. Alberto Espinosa Desigaud

Tesorero ICC México
Lic. Luis Fernando Mendoza Arroyo

Directora General ICC México
Lic. Yesica González Pérez

Directora de Comisiones y Grupos de Trabajo
Lic. Laura Altamirano López
(Editor responsable de Pauta)

Gerente de Comisiones y Grupos de Trabajo
Lic. María Fernanda David González

Coordinador de Comunicación Intera y Externa
Lic. Rolando Almada Reyes Couret

Creación en formato Electrónico
Lic. Rafael Rios Kunkel

Pauta Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio.- Es una publicación de análisis educativo, social, comercial, financiero, económico e internacional, exclusivo para socios del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio. Las ideas expuestas por nuestros colaboradores no corresponden necesariamente al pensamiento de ICC México. Su distribución es exclusivamente para socios activos de ICC México.

Copyright 2001 Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio.
Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este documento puede ser reproducida o traducida en ninguna forma o por cualquier medio -gráfico, electrónico o mecánico, incluidas las fotocopias, grabaciones en disco o cinta, u otro sistema de reproducción sin el permiso escrito de ICC México.

Título de la publicación: «ICC México PAUTA Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio A.C.»
Editor Responsable: Lic. Rosa Laura Altamirano López
Número de certificado de reserva otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor Abril 2003: 04-2003-040217502100-106
Número de Certificado de Licitud de Título: 11518
Número de Certificado de Licitud de Contenido: 8105
Domicilio de la publicación y del distribuidor: Indiana 260 Piso 5 Oficina 508 Colonia Ciudad de los Deportes, C.P. 03810, México D.F.
Teléfonos: (52) 5687 2203, 5687 2207, 5687 2321 5687 2507, 5687 2601. Fax: (52) 5687 2628
Renovación de Reserva de Derechos al uso exclusivo Número 04 - 2009 - 071614425400 - 203 Título. ICC MEXICO PAUTA BOLETIN INFORMATIVO DEL CAPITULO MEXICANO DE LA CAMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO A.C.
Género: Difusiones Periódicas
Especie: Difusión vía red de computo
web: www.iccmex.mx
e-mail: ygonzalez@iccmex.org.mx; laltamirano@iccmex.org.mx

PAUTA 81

ÍNDICE

5 Cuatro pasos básicos para prevenir casos de corrupción en la cadena de suministro.

José Claudio Treviño

8 Emprendedurismo y la aparente ventaja competitiva de la corrupción.

Pablo J. Ledezma Boschini

12 Las leyes “anti-corrupción” y el Derecho Internacional privado. Breves observaciones.

James Graham

18 Arbitraje y Corrupción. Algunas ideas prácticas.

Jordi Sellarés Serra y Jazmina Santibañez

28 Cooperación Internacional en Investigaciones Anticorrupción en México y el Sistema Nacional Anticorrupción.

Diego Sierra

Carta del Presidente

Estimados socios:

El combate a la corrupción es uno de los principales temas de preocupación de los empresarios a nivel mundial debido a que demerita la legitimidad los sistemas de participación democrática, distorsiona la eficiencia y competitividad de los mercados y encarece los costos de hacer negocios.

En marzo, ICC México tuvo el gran privilegio auspiciar la Reunión Mundial Anticorrupción de la ICC. En esta Reunión, tuvimos la oportunidad de compartir visiones sobre el combate a la corrupción con expertos de la Comisión de Responsabilidad Social Empresarial y Anticorrupción de la ICC, y de los comités nacionales de la ICC en la región de las Américas. Adicionalmente, tuvimos el honor de contar con la participación de representantes de organismos internacionales como la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), Transparencia Internacional, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el Foro Económico Mundial para conocer su análisis y los esfuerzos que han realizado internacionalmente en este tema.

También, tuvimos la oportunidad de abordar casos emblemáticos de combate a la corrupción narrados por directivos de las empresas que estuvieron involucradas, quienes nos compartieron como han reformado y fortalecido sus programas de compliance a nivel interno y externo. Sumamos al debate y diálogo también a la sociedad civil, sin la cual no es posible cimentar la cultura de integridad que necesitamos para construir una sociedad más justa, libre, próspera e incluyente.

Como corolario a este esfuerzo realizado durante la primera mitad de 2017, dedicamos nuestro Boletín Informativo de ICC México, Pauta No. 81 a la reflexión en torno a los esfuerzos anticorrupción en México y en el resto del mundo.

En todo el mundo las empresas están asumiendo cada vez más la corresponsabilidad que tienen en el combate a la corrupción, lo cual se traduce en mejores condiciones de competencia e inversión para ellas y mayor calidad de vida para las sociedades en las que generan riqueza.

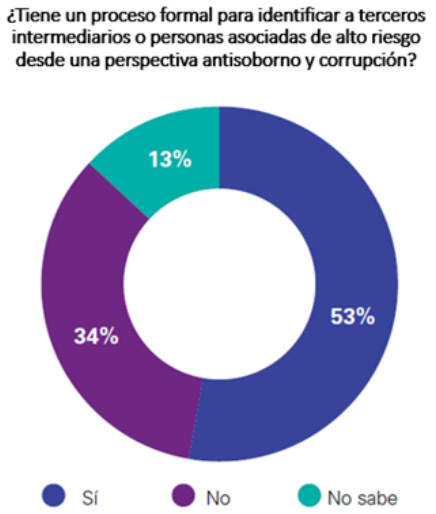
Saludos Cordiales,

María Fernanda Garza Merodio
Presidente

José Claudio Treviño
Consejero en la Misión Permanente de México ante la Organización Mundial del Comercio. Profesor por concurso de oposición de las asignaturas Régimen Jurídico del Comercio Exterior y Tratado de Libre Comercio de América del Norte en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Licenciado y Maestro en Derecho por la UNAM.

En toda empresa los riesgos inherentes a la cadena de suministro deben ser vistos con una perspectiva preventiva, ya que cuando los peligros se han materializado, suelen ser mucho más costosos. De igual manera, no es necesario esperar a que los incidentes ocurran para buscar información y tomar decisiones que agreguen valor al negocio y a su ecosistema.

En este sentido, la mayoría de las empresas enfrentan casos de corrupción de manera reactiva, es decir, sin prevenir la problemática y sus consecuencias. Para apreciar esta falta de cultura de prevención basta mencionar que hasta 47% de las empresas en todo el mundo no tienen un proceso formal para identificar a terceros intermediarios o personas asociadas de alto riesgo, o no saben si cuentan con él .



Fuente: *Encuesta global sobre antisoborno y corrupción.* KPMG, 2015.

Con el objetivo de asumir una perspectiva de prevención que agregue valor a la compañía, en lugar de una postura reactiva que derive en perjuicios que pongan en peligro la continuidad del negocio, es necesario establecer un programa integral de prevención de fraude y corrupción en la cadena de suministro siguiendo cuatro pasos básicos.

1. Identificar el universo de terceros

Suena sencillo y hasta cierto punto de sentido común, pero el primer paso radica en identificar con qué terceros se está interactuando: ¿a quién se le está pagando? ¿Por qué bienes y servicios? ¿Cuándo fue la última vez que se le hizo un pago a tal o cual tercero? ¿Qué tanta calidad y actualidad tiene el catálogo de proveedores y cuándo fue la última vez que se hizo una depuración?

A medida que una empresa crece y se diversifica, se incrementa el número de proveedores en su cadena de suministro y se incrementan los terceros (socios, agentes, distribuidores, gestores, entre otros) con los que se interactúa, perdiendo el verdadero control de los riesgos que dichos terceros y proveedores podrían representar.

2. Evaluar riesgos de terceros
En una segunda etapa hay que clasificar al universo de terceros en las tres categorías tradicionales de riesgo: bajo, mediano o alto, considerando criterios como:

- El papel que juega el tercero, el servicio que le brinda a la empresa y si la representa a su vez ante otros terceros
- Si tiene vínculos con el gobierno
- Si opera en una jurisdicción de alto riesgo o en una industria de alto riesgo en materia de corrupción

También se tiene que definir el alcance del due diligence o debida diligencia que se realizará para cada tipo de tercero (de bajo, mediano o alto riesgo). Por lo general, se recomienda que conforme se eleva el nivel de riesgo, el ejercicio de debida diligencia se realice con mayor profundidad. No basta con recopilar los datos biográficos básicos de la empresa o persona física, como suele ser la práctica común en las áreas o funciones de Compras en las empresas.

3. Realizar un due diligence de integridad
El tercer paso consiste en llevar a cabo ejercicios de due diligence que, según cada caso, tienen el objetivo de reunir y analizar la información pública y privada de las empresas, así como de las personas a las que debe darse seguimiento.

La práctica tradicional en las empresas consiste en conformar expedientes con información fiscal, financiera y bancaria, mismos que posteriormente se archivan y no se vuelven a revisar. Esa mecánica ya no satisface el apetito de los reguladores y no demuestra que la empresa hizo todo lo que estuvo a su alcance para conocer a su tercero e identificar los riesgos que podría representar una relación de negocios con el mismo.

¿Qué se recomienda que forme parte de un ejercicio de due diligence, en particular con terceros de alto riesgo?

Vale la pena determinar algunos elementos, incluyendo los siguientes:

- ¿Quién es el dueño/beneficiario real?
- ¿Cuáles son los antecedentes financieros e historial de cumplimiento contractual?
- ¿Qué tanta aptitud/competencia tiene el tercero?
- ¿Está vinculado con noticias adversas/aspectos reputacionales preocupantes?
- ¿Qué tanta madurez tiene el tercero en materia de ética y gobierno corporativo?

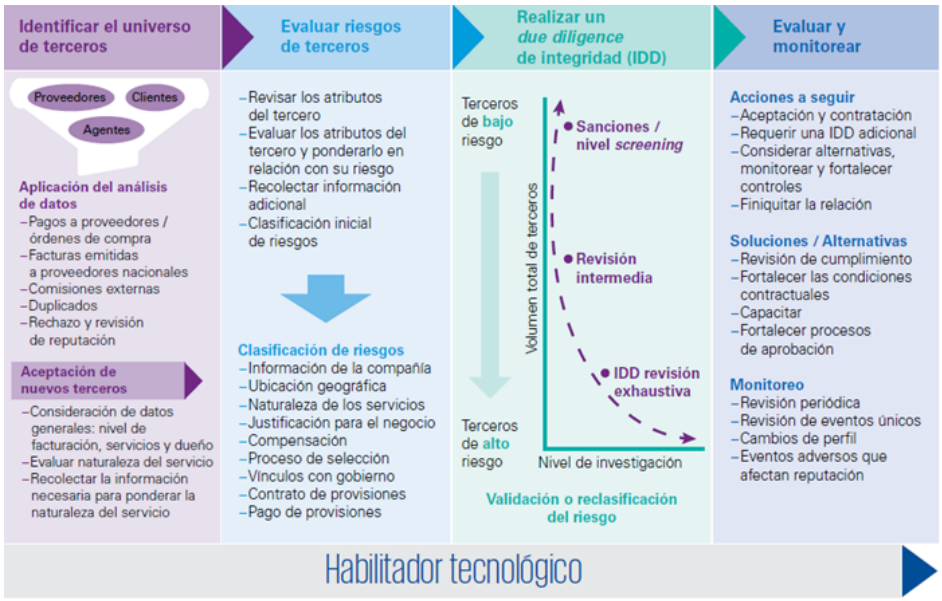
La clave durante este proceso estriba en recopilar información que le permita a la empresa conocer quién es el beneficiario final (beneficial owner, en inglés) del tercero y si tiene o no aspectos de preocupación en cuanto a su reputación. Por ejemplo, si aparece en las denominadas listas negras o no es localizado por el Servicio de Administración Tributaria.

4. Evaluar y monitorear

Para que genere verdadero valor, un programa de administración de riesgos de terceros debe acompañarse con un esfuerzo continuo de medición de indicadores claves de desempeño operativo y de confirmación, en especial con los terceros de alto riesgo para que se desenvuelvan con la ética y transparencia con la que se comprometieron a actuar.

Es aquí donde las auditorías y revisiones periódicas que muchas empresas no realizan cobran relevancia. La empresa puede confiar en la palabra de su tercero, pero hoy en día eso simplemente no basta, sino que debe robustecerse esa confianza y la mejor práctica para ello consiste en visitar de vez en cuando al tercero y cerciorarse de que está actuando de la manera correcta sin someter a su cliente a algún tipo de riesgo.

Elementos de un programa efectivo de administración de riesgos con terceros



Es más barato prevenir que lamentar…

Un programa de mitigación de riesgos frente a terceros es una responsabilidad de la Alta Dirección, aunque las áreas más interesadas en implementarlo y mantenerlo en operación sean Administración, Finanzas, así como los departamentos operativos y de Compras, que son los más cercanos a la función de Gestión de Riesgos o Cumplimiento.

De cualquiera manera, sin duda es más fácil prevenir una situación de riesgo que corregir un escándalo de grandes proporciones; las inversiones para lograrlo no se comparan con el impacto sobre la rentabilidad y la credibilidad del negocio que provocan los actos desleales.

Pablo J. Ledezma Boschini
Presidente Comisión de Banca y Miembro de la Comisión Anticorrupción en ICC Costa Rica. Gerente General de Up Services, Comercializadora Internacional de Bienes y Servicios incluidos los financieros con sede en Costa Rica y oficinas en Brasil, México China Estados Unidos y Colombia.

La corrupción es un fenómeno social y no se resuelve solo con leyes o sanciones. Es necesario implantar el principio de auto-regulación de las empresas, esencial para la operación comercial y trabajar más en el ámbito social. Es necesario trabajar más en ICC Américas para que las empresas tengan las herramientas necesarias para auto-regularse y diferenciarse por las mejores prácticas.

Pareciera que ser corrupto en estos tiempos es sinónimo de éxito y de logro de resultados a corto plazo. El camino burocrático y el excesivo requerimiento de requisitos para emprender un proyecto comercial, hace que lo incorrecto se vuelva atractivo y que se resuelva con “untar algunas manos” para lograr el objetivo deseado.

Cobros por “derechos” a ingresar a un centro comercial, una dádiva o un peaje por pasar por una calle de la ciudad, lograr que el expediente de la licencia municipal o estatal para un permiso de apertura de un local pase de ultimo al primer lugar; agilizar una denuncia contra la competencia para clausura y lograr quitar al rival, “ayudas” a funcionarios estatales para que realicen lo que deben hacer por ley, pero que no lo hacen o bien, para salir victoriosos de un proceso de adjudicación de un buen contrato. Los ejemplos sobran y bastan y ya todos sabemos cómo operan los mercados en este mundo globalizado.

Podríamos decir, que existe una miopía que se cura con dinero. ¡Claro! ¡Pagas porque te vean o porque no te vean! Depende en qué lugar de la mesa te encuentras y que necesita tu empresa. Algo que socialmente es aceptado y que permite una doble moral dependiendo de la situación en que se encuentre el afectado o el beneficiado.
Según el nuevo ranking de corrupción en América Latina, lamentablemente Venezuela sigue en la peor posición, puesto que, según INFOBAE.com, el régimen chavista es visto como un símbolo de desigualdad, populismo y corrupción.

Según Alejandro Salas, Director para la región de Transparencia Internacional, existe una triada o una trilogía que toca las fibras más profundas de la población latinoamericana significando el atraso social y origen del cáncer que avanza sin control. Temas sensibles como la desigualdad, que margina clases sociales con brechas absurdamente enormes llevando al hambre y la miseria extrema, a la gran masa poblacional, mientras que una cantidad —que a veces se cuenta con ambas manos— acaparan más del 70% de la riqueza de una nación, hacen que los índices de “supervivencia” a cualquier costo, sea vital y necesario. ¿Cuáles valores si hay hambre? es la respuesta a la supervivencia familiar.

¿Quién hace algo al respecto? Posiblemente no sea negocio resolverlo sino mantener el problema, y eso lo saben bien quienes usan un populismo mal intencionado y con crecimiento exponencial. ¿Quién paga la pauta del interesado en sobresalir? Buena pregunta.

La corrupción en su esencia misma, conocida en sus inicios como la mafia económica – política y que pensábamos que era un mal localizado en nichos de proveeduría estatal, ha cambiado radicalmente en los últimos años. No podríamos indicar que se trate de un proceso de innovación o diversificación, puesto que

eso sería aceptar algo inaceptable, pero sí es cierto que corresponde a una transformación o deformación de la realidad comercial y privada. ¿Lamentable? ¡Sin palabras!

Los trabajos de cada uno de los Comités ICC en Latinoamérica en materia de Responsabilidad Empresarial y Anticorrupción, tienen un fundamento sólido y contundente, y es fomentar la "autorregulación empresarial" para hacer frente a los problemas de extorción, sobornos y cualquier otra forma creada o por crearse de corrupción. Pero ¿por qué en el sector empresarial? Pues porque es ahí donde nace la oferta y la demanda. Los empresarios son quienes consumen y compran favores, son los que tienen los recursos para mover los hilos correspondiendo a sus necesidades y quien ofrece sus servicios, pone en el mercado a disposición de quien paga más. Por eso, es ahí donde se debe trabajar y enfocar todos los esfuerzos para combatir los efectos necesarios en la sociedad.

Un verdadero plan de trabajo para un Comité ICC de Responsabilidad Empresarial y Anti-Corrupción, debe -si o si-, velar porque sus contenidos y esfuerzos ofrezcan recursos para que las empresas con altos índices de regulación gubernamental, colaboradores o directivos que hayan sido ex funcionarios gubernamentales, que actualmente mantengan relaciones con partidos políticos, o que anteriormente estuvieron involucrados en escándalos de corrupción; o con multiplicidad de territorios en sus operaciones y relaciones comerciales y de servicio con el Estado, manejo de donaciones o programas de responsabilidad social y contrataciones producto de licitaciones, tengan las herramientas para auto regularse y diferenciarse. No existe otro camino que la autorregulación o aceptación voluntaria para la buena práctica comercial.

Nos queda claro, que las malas palabras en cualquier país y en diversos giros comerciales serian el soborno, la extorsión o instigación al delito, tráfico de influencias y lavado. Servicios ofrecidos por especialistas en prácticas corruptas y con réditos económicos importantes que mantienen viva la esperanza de prosperar en algún momento. Por supuesto, hay figuras aceptadas y reguladas que permiten y operan con límites muy delgados, tales como las regalías, la hospitalidad comercial y diplomática. Supongamos que todo es permitido mientras no genere un conflicto de intereses y es básicamente un reflejo del respeto a la integridad de cada una de las partes involucradas.

¿Integridad? ¿Qué significa para un emprendedor o un empresario respetar las normas que combaten la corrupción? ¿Será viable que lo que pertenece a la estructura interna y la esfera personal o la esencia propia de los valores adquiridos en los hogares de cada persona que decide emprender o comercializar sus bienes y servicios a cambio de dinero, se mantenga alejado de prácticas prohibidas? Suena muy ambicioso, pero si es posible reprogramar las estructuras mentales de cada persona y de la sociedad; contagiando y motivando que para ser exitoso es necesario ser honesto y respetar las normas.

Las políticas "sepa up" o atrévete a hablar, buscan garantizar la no represalia a un colaborador, ante la denuncia de hechos de corrupción internamente en una empresa o ente gubernamental. Los departamentos de recursos humanos deben diseñar procesos y procedimientos internos que evalúen, faciliten y promuevan de manera simple y segura, las denuncias de incidentes serios o sensibles. Bajo la premisa de la confidencialidad, estas comunicaciones deben generar investigaciones que permitan identificar incidentes de violaciones a normas internas y a la ley nacional.

Creo entender que la posición de ICC Américas en el tema de Anti-Corrupción del 22 de octubre 2015, emitida en la ciudad de Santa Cruz, Bolivia y que prácticamente somete al sector empresarial a seguir los pasos de la transparencia y las prácticas responsables, adoptando códigos, lineamientos y mecanismos que fortalezcan la transparente gobernabilidad, aportando herramientas que nazcan de ICC y que su único fin, sea convencer y disuadir sobre el alto costo social que implica la corrupción y la lucha por erradicarla.

¿Seguirán siendo los elementos disparadores a nivel latinoamericano la pobreza, desnutrición, violencia, impunidad, difícil acceso a vivienda, educación y corrupción? Veamos el caso de Guatemala en donde el 70% de la población es menor de 30 años y son aproximadamente en 15 millones de personas, con poco o nada de posibilidades de salir de su entorno social y no existen oportunidades “sanas” para esta juventud, dando como opción viable formas alternas de generación de recursos. Aunado a eso, Centroamérica es un canal de tránsito, trasiego de drogas y pagos de este negocio por compras y ventas a USA y EU. ¿Dónde queda la credibilidad y el respeto de la región?

En el Foro denominado “Retos de la Empresa Privada” del pasado 26 de noviembre 2015 en Costa Rica, se generaron algunos criterios importantes que definían básicamente el procedimiento operativo del Ministerio Público Costarricense al fenómeno social y deformación del perfil criminal moderno. El Famoso perfil de “cuello blanco”, correspondiendo a un privilegio para salir impune si se tiene recursos económicos o “padrinos” que impiden la fuerza de ley en los responsables de generar corrupción a cualquier nivel.

Otro problema bastante completo es la percepción de corrupción por parte de la sociedad en general. Básicamente no se denuncia porque no se confía en el sistema. No existen modelos exitosos o herramientas para mitigar el tema de la corrupción. Es un juego de ensayo y error y existen niveles de impunidad elevados que benefician a unos pocos que pueden salir airosos de cualquier proceso en su contra. El sistema apuesta al endurecimiento de penas y no hay efecto disuasivo.
¿Entonces podríamos decir que la corrupción es una condición social y hay que convivir con ella? La sociedad ha empezado a aceptar a personas que usan los poros del sistema para avanzar y lograr objetivos específicos. Existen prácticas exitosas que fueron diseñadas para atacar un tema en específico y no son de aplicación general.

¿Acaso habremos perdido el respeto por la legalidad? Si vemos nuestro entorno social, no existe claridad de como mitigar los riesgos y vulnerabilidades. La ineficiencia de la densidad institucionalidad del Estado, un Estado de “derecho” que está en un proceso de desgaste y pérdida de efectividad, que no produce la prevención y disuasión mecanismos esenciales para enfocar la transparencia entre las correlaciones entre estado y sociedad. Entiéndase también comercio.

Al igual que los conocedores y estudiosos de esta materia, es necesario un rediseño institucional, que garantice la eficiencia y coordinación entre los diferentes actores de control. La división de poderes no facilita y contribuye la complejidad y multidimensionalidad del problema. Puesto que debe existir participación ciudadana, como la existencia de acceso a denuncias anónimas, y fortalecer capacidades que vayan extraterritorialmente.

Debe existir un sentido de urgencia sin improvisar y acompañar con coaliciones reformadoras -publico sociales - publico privado. Comunicar y difundir el plan para disuadir ese es el camino que seguir; resultados pequeños y rápidos con monitoreo de rendición de cuentas.

Una Latinoamérica íntegra es posible solo su se da un consenso social y que se refleje en compromisos sociales y procedimientos claros y directos. El sector privado es portador de intereses y se reflejan en el ámbito político. Es fuente de normas, usos y costumbres que producen derecho. El sector privado, con sus prácticas corporativas a lo interno debe romper con el esquema de que la corrupción es un tema exclusivo del sector público. Eso era antes –como decía mi abuela– ahora es un todo que involucra estado y empresas, ambos actores sociales, con sus prácticas privadas con efecto público.

Seguir una estrategia integrada de combate a la corrupción, enfocada a la prevención y dimensión del control con sanción. Hay que enseñar a la sociedad que no está bien ser corrupto y reducir la tolerancia.

Di como título a este artículo “Emprendedurismo y la aparente ventaja competitiva de la corrupción” puesto que se piensa que el sector privado puede aportar una estrategia nacional y por una distorsión del mercado, aparentemente se cree que ser un “vivazo” da ventaja sobre los que siguen las reglas. Por ejemplo, las prácticas de los sobornos, algo que está socialmente permitido y se incentiva su uso para que las cosas caminen. Eso definitivamente va en contra de los códigos de ética y promoción de buenas prácticas.
La corrupción es un fenómeno social y no se resuelve solo con leyes o sanciones eso está claro. El principio es de auto regulación y se trabaja en el ámbito social. Necesitamos enfoques integrales y mejorar la eficiencia en el reforzamiento de valores personales. El cambio se origina desde lo interno del ser, del corazón humano.

¿Cuánto cuesta la corrupción? Los brazos de la corrupción tienen diferentes escenarios y ponen precio a los valores de las personas. Contrabando, prostitución, tráfico de influencias, todos esos escenarios pierden fuerza en cuanto exista una real actitud de integridad. Los planes de cumplimiento deben de ir acompañados procedimientos y aplicación. Los mandos y autoridades deben dar el ejemplo a los programas de anti corrupción y ejecutar con fuerza los controles que existen para estos fines.

Termino indicando, que la auto regulación es esencial para la operación comercial y de ninguna manera es o será exclusivo a grandes negocios o a empresas multinacionales que tienen “recursos” para tener departamentos especializados en el tema. ¡Jamás! podemos estar de acuerdo que ser legal, es una desventaja. Y que ser emprendedor y empresario, implica necesariamente y obligatoriamente, ser honesto e íntegro aun cuando nadie está viendo.

James A. Graham
Socio de 3CT S.C. y profesor de Derecho Internacional y Arbitraje en la Universidad de Nuevo León. Es licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de París II Panthéon-Assas. Cuenta con una maestría y doctorado en la Universidad de Paris 1 Panthéon-Sorbonne. También cuenta con un diploma del Instituto de Altos Estudios de París.

Resumen:

Si las legislaciones actuales contemplan el aspecto penal de la corrupción, ninguna prevé las reglas de conflicto que se deben aplicar para constar o no si un contrato es nulo por ilicitud por causa de un acto corruptivo. Después de un análisis de los diversos métodos, se llegará a la conclusión que es a través de las leyes de policía que se llegara al mejor resultado deseado.

En los últimos años varios países, entre otros México, han adoptado leyes para combatir los actos de corrupción. Dos situaciones tienen que ser diferenciadas al respecto. Por un lado, tenemos leyes penales como la *Convención OECD para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*, o la FCPA americana[1], que implican cuestiones de aplicación territorial y extra-territorial; por otro lado, tenemos las cuestiones civiles-mercantiles que envuelven problemas de ilicitud del contrato y sus consecuencias como la nulidad del contrato y la cuestión de las eventuales restituciones. Examinaremos sólo este segundo aspecto, que desafortunadamente no está regulado por las legislaciones más importantes visto que no prevén reglas de conflicto algunas[2].

El caso más recurrente es el, donde una parte se rehúsa al cumplimiento del contrato de pagar la "comisión" al intermediario, con el argumento que dicho pacto es nulo porque el intermediario "obtuvo" la licitación, objeto del contrato, a través de actos de corrupción. El caso emblemático es *Hilmarton*, empresa que fue contratada para obtener una licitación en Algeria por cuenta de OTV. Una vez obtenido dicho mercado, OTV rechazó pagar los honorarios de Hilmarton, porque según la empresa, Hilmarton violó la Ley algeriana, que prohíbe cualquier acto de corrupción. Sin embargo, la Ley aplicable al contrato con el intermediario fue la Ley suiza, electa por las partes. Consecuentemente, ¿se debe de aplicar la *lex contractus*, o la Ley algeriana como Ley de policía? En otras palabras, ¿cuál método de designación se aplica? Veremos en un primer movimiento, las reglas de conflictos clásicas (I), para después, en un segundo movimiento, analizar el método dicho de las Leyes de policía (II), para finalmente, en un último movimiento, comentar la eventual intervención del orden público internacional (III).

I - La Ley Anti-corrupción y la Regla de conflicto

La regla de conflicto que *a priori* tiene la aplicación más legítima es la *lex contractus*, visto que es la que en principio dicta todo lo relativo al contrato (A). Sin embargo, también es posible prever la aplicación de otras reglas de conflicto (B).

A – Lex contractus

En relación con la Ley aplicable al contrato, la situación más frecuente es en la cual las partes la han pactado (a). En caso contrario, el juez o el árbitro tiene que designarla (b).

a) Elección por las partes

Es ilegal el acto en cuestión, si contraviene la Ley elegida por las partes. Tal postura es coherente en la medida que la *lex contractus* en principio es la Ley que las partes conocen, y que en caso les permiten saber cuál acto es o no es calificado de corrupción. Esta regla de conflicto trae obviamente un verdadero riesgo de promover la corrupción, visto que es suficiente con elegir un orden jurídico permisivo para escapar a cualquier sanción. En el caso de *Hilmarton*, el primer arbitro consideró que se debía aplicar la Ley algeriana como Ley de policía, que expresamente prohibió cualquier forma de "aprovechamiento de relaciones" para ganar una licitación[3]. Sin embargo, fue contradicho por el Tribunal Federal Suizo (TFS) que afirmó que es la *lex contractus* que debe ser aplicada, que *in casu* fue la Ley suiza, que en la época sólo prohibió actos de corrupción activos como pagos a funcionarios públicos[4].

Sin embargo, la doctrina francesa del *fraude à la loi*[5], hubiera podido corregir tal aberración. Aún así, la problemática subsiste: si la *lex contractus* está eliminada, ¿cuál otra regla de conflicto se aplica? Hay una cierta línea jurisprudencial que considera el principio de proximidad: se aplicará la Ley que tiene los vínculos más estrechos con el contrato, que en la mayoría de los casos es la del lugar donde está el establecimiento principal de él que hace la prestación característica. Así, si se alega que el intermediario contratado para hacer la licitación hizo actos de corrupción para la obtención de un mercado, será la Ley de su principal establecimiento que se aplicará. La misma problemática se presenta cuando las partes han acordada ninguna Ley aplicable al contrato.

b) Ausencia de elección por las partes

En el caso CCI 8113[6], el contrato de intermediación contuvo ninguna cláusula sobre la Ley aplicable. El Tribunal arbitral consideró en un primer tiempo, que las reglas de conflictos aplicables eran las del principal establecimiento del intermediario, quien había proveído la prestación característica, quiere decir se aplicó la doctrina de la proximidad. En el caso, fue la Ley siriana, que a su vez dispuso que es la *lex loci celebracionis* que es aplicable, lo que condujo a la aplicación de la Ley alemana. El problema fue que la Ley siriana prohibió cualquier intermediación en las licitaciones públicas; al contrario de la Ley alemana. Total, el contrato fue validado. Lo mismo ocurrió con *Westinghouse*, donde los árbitros ignoraron la Ley philipina como Ley de policía, para aplicar la Ley que tiene los vínculos más estrechos[7]. De lo anterior, se desprende que la *lex contractus* en verdad no es una regla de designación satisfactoria, y consecuentemente se debe de ver si no es posible aplicar otras reglas de conflicto.

B - Otras reglas de conflicto

Ya vimos que es habitual de aplicar la Ley que tiene los vínculos más estrechos…considerando que es la Ley del principal establecimiento del que provee la prestación característica, que es normalmente la Ley del intermediario. Sin embargo, es también posible considerar que la proximidad conduce a aplicar la Ley del lugar donde se provee la prestación

característica: las normas del país donde se hizo la licitación, y en caso los alegados actos de corrupción.

Otra posibilidad es una regla de conflicto bilateral clásica en la forma de la *lex loci occurit*, la ley del lugar donde ocurrió el presumido acto de corrupción[8], que puede ser distinto del lugar donde se solicita por ejemplo la obtención del mercado deseado. Sin embargo, aquí también hay un *loophole* importante: es suficiente de des-localizar el acto material de corrupción en una jurisdicción permisiva para escapar de cualquier sanción.

Finalmente, la regla de conflicto más eficaz parece ser la *lex personae*, quiere decir la Ley nacional, sin consideración del lugar donde se presume la actuación ilícita, actuando como complemento a las disposiciones penales. Por ejemplo, la FCPA americana o la ley francesa *Sapin II* establecen expresamente una competencia personal sobre todos sus nacionales, prohibiéndoles cometer actos de corrupción donde sea en el mundo. Sin embargo, es cierto también que esta regla de conflicto tampoco garantiza que se aplique una Ley que sanciona la corrupción, además que tendría que conllevar un *cumul* de todas las leyes personales en presencia: la del contratante, la del intermediario, en caso la del funcionario público que recibió por ejemplo el "regalo". Por lo tanto, es de sugerir que las leyes anti-corrupción sean vistas como Leyes de policía para lograr el objetivo del combate contra la corrupción.

II - La Ley Anti-corrupción como Ley de Policía

No obstante la variación terminológica - normas de aplicación inmediata, normas de aplicación necesaria, leyes de policía -, las "*lois de police*", según la expresión francesa de Franceskakis, son normas de designación *sui generis* postulando que en todas las hipótesis, esta Ley siempre se aplica, eliminando *ab initio* cualquier conflicto de leyes.

La única disposición de Derecho mexicano que evoca las leyes de policía tal cual es el artículo 11 de la *Convención de México sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales* que enuncia que "no obstante a lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones de Derecho del foro cuando tengan carácter imperativo", sin definir qué se entiende por leyes de aplicación necesaria. Se puede definir las leyes de policía como normas en las que se reflejan determinadas políticas legislativas estatales con diferentes objetivos que, en todos los casos, son normas que deben ser aplicadas obligatoriamente y evitando, por tanto, cualquier otro método de aplicación de Derecho extranjero o cualquier disposición voluntaria de las particulares sobre dichas normas[9]. Y se considera que tienen tal carácter la Ley Monetaria, la Ley Federal de Protección del Consumidor, la Ley General de Sociedades Mercantiles, y la Ley Federal de Competencia Económica, entre otras.

Para regresar a nuestro tema, el hecho que todas las leyes anti-corrupción contienen disposiciones penales, es obvio que se debe considerarlas como leyes de policía. Cuando la ley de policía y la *lex contractus* coinciden, no hay problemas de aplicación.

Diferente es la situación cuando la ley de policía no es del mismo orden jurídico que la *lex contractus*. El artículo 11 de la Convención de Roma dispone que es "discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos", dando así una simple opción para el juez o al árbitro de aplicar la Ley de policía distinta de la *lex contractus*. Es de destacar, que se trata únicamente de la(s) leyes de policía que tienen con el contrato vínculos estrechos. Tal debe ser el caso de i)la Ley de policía del país

donde se intentó obtener el favor; ii) la Ley de policía de los contratantes; iii) la Ley de policía del lugar en donde se busca la ejecución del contrato.

Lo anterior fue particularmente ilustrado en el caso de *Hilmarton*, donde el primer arbitro además de calificar la Ley algeriana como ley de policia, consideró que el combate contra la corrupción es un valor protegido por el orden público internacional, postura que veremos en las siguientes líneas.

III - La Corrupción y el orden público internacional

¿Es posible considerar le combate contra la corrupción como parte del orden público internacional?[10] ¿Un valor común de los principales sistemas jurídicos en el mundo? Desde que Lagergren manifestó que la corrupción es "*a gross violation of good morals and international public policy*"[11], los tribunales no han negado tal afirmación. Al contrario, numerosos laudos arbitrales y sentencias judiciales establecen claramente que la corrupción va en contra de los valores que defiende el orden público internacional[12]. Sin embargo, al suponer sin conceder que existe una *societas mercatorum* con su propio orden público[13], pues es de constar que no todos consideran ciertos actos como corrupción, como lo demuestra l'*affaire des frégates*[14]. Recordamos que se trata de la compraventa de naves militares por parte del gobierno francés al gobierno de Taiwán, y en la cual diversos intermediarios intervinieron, entre otros el Secretario de Relaciones exteriores de Francia Roland Dumas, y el número 2 de la la petrolera francesa *Elf-Aquitaine*, Alfred Sirven. Este último manifestó ante un tribunal arbitral[15], que los negocios internacionales son basados en relaciones, las famosas redes, lo que no es corrupción sino *business as usual*. Tampoco, según él, las donaciones o los regalos son ilícitos, visto que todo siempre se basa en favores. Empero, muchas comisiones fueron pagadas directamente y oficialmente por el Estado francés bajo el rubro de "gastos de prospección de mercado". Sea lo que sea, se puede considerar tal actitud malsana, mas que corresponde a una realidad que nadie puede negar, como lo también establecido en el asunto *World Duty Free Company Ltd. v. The Republic of Kenya*, donde el actor pagó 2 millones de dólares personalmente al Presidente de Kenia con el fin de obtener el mercado en disputa[16].

Lo que importa para nuestro punto, es que si los comerciantes de la *societas mercatorum* consideran aceptables las relaciones y los favores recíprocos, ¿cómo entonces los árbitros pueden afirmar lo contrario?, en la medida de que el orden jurídico de la *societas mercatorum* es supuestamente la *lex mercatoria*, que se constituye, entre otros, según los diversos autores, de los usos y costumbres de los comerciantes[17]. Pierre Mayer afirma que en tales casos, no se trata de invocar una norma prohibitiva, sino de enunciar un juicio de valores[18]. Cita el famoso caso de la *Créole*, nave esclavista, que fue liberada por las autoridades inglesas en las Bahamas. ¿Los "dueños" tuvieron derecho a una compensación por la pérdida de sus "bienes"? El comercio de esclavos en esa época fue una realidad, y una realidad legal, visto que muchos países lo permitieron. Por lo tanto, el Tribunal arbitral estableció que aunque el comercio de esclavos es contrario a "los principios de justicia y de humanidad", si varios países lo permiten, no puede ser contrario a la "Ley de las Naciones". Pierre Mayer concuerda, mas afirma que aun así, el árbitro tiene la obligación de tener un juicio de valores, y en el caso, condenar la esclavitud[19]. Tal fue la postura del Tribunal en el asunto *World Duty Free Company Ltd. v. The Republic of Kenya.* La donación que se hizo al presidente de Kenia fue según una costumbre local llamada *harambee*, y en Kenia lo más común (y legal). Sin embargo, el panel de árbitros lo consideró como un acto de corrupción violatorio del orden público internacional.

Eric Loquin contradice a Pierre Mayer, afirmando que no se trata de aplicar la moral, sino defender los valores superiores de la comunidad internacional de los negocios, valores expresados por la CCI por ejemplo, y que corresponden sino a todos a la mayoría de los Estados parte de esa comunidad internacional[20]. La Corte de apelación de Paris ha preferido referirse a la "ética de los negocios internacionales, tal como percibida por la gran parte de los Estados"[21]. Y, según el mismo autor, no se trata de moral, sino de utilitarismo: la corrupción mata el negocio.

No compartimos tal postura, y sin entrar en el debate, que nos llevaría demasiado lejos de nuestro tema, opinamos que el árbitro es un prestador de servicio que tiene que cumplir con la voluntad de las partes (hasta que sea posible), y no es el guardián de valores de un supuesto orden internacional, porque no es un juez. ¿Y si la corrupción fuera tan nociva, porque entonces tiene una vida tan larga? Asimismo, ¿porqué rechazar al intermediario sus honorarios, si cumplió con su trabajo y obtuvo la licitación por ejemplo? Tal fue la postura del TSF en el asunto *Hilmarton*:

Hence, it is utterly shocking that OTV refuses to execute fully its contractual obligations. OTV may not rely on a violation of Algerian law allegedly resulting in an affront to morality in Swiss law, when since the beginning said violation was tacitly part of the contract[22].

Nos parece que aún hay demasiadas vistas contrarias sobre lo que es un acto de corrupción. Entre la noción básica que consiste en que un operador entregue dinero para obtener un favor – lo que todos condenamos-, y la cena amigable entre el intermediario y el funcionario público – que parece ser lo cotidiano del comercio internacional -, no todas las legislaciones prevén las mismas consecuencias. Si uno puede estar de acuerdo con lo afirmado en el laudo CCI 3913:

> *si les pratiques corruptives ont pu être constatées dans certains pays, il est patent néanmoins que la communauté internationale des affaires et la plupart des gouvernements s'opposent à toute pratique corruptive. La Chambre de commerce internationale, entre autres, a établi des Règles de conduite pour combattre l'exaction, et créé un Conseil international contre la corruption dans les transactions internationales,*

aun así queda abierta la definición de la "práctica corruptiva" y el grado de corrupción. En otras palabras, si casi todos condenan la corrupción, no todos están de acuerdo sobre qué exactamente es la corrupción. Por ejemplo, ¿el *lobby* no es en sí una práctica que intenta "corromper" una autoridad, con palabras, desayunos, comidas, y diversas invitaciones para obtener lo deseado? ¿Y que opinar sobre la nueva legislación de los Estados Unidos - el mayor operador del comercio internacional -, que libera a las compañías americanas de la obligación de señalar los pagos hechos en el extranjero[23] (quiere decir en muchos casos el pago de complacencia)?

Total, no creemos que el orden público internacional sea la herramienta adecuada. Sólo el método de las leyes de policía permite resolver de manera satisfactoria el conflicto de leyes en la materia, para dejar de lado el debate sobre la moral y los valores que el orden público internacional tiene que proteger o no. Y así, el juez o el árbitro puede cumplir cabalmente con su misión sin errar en nociones abstractas de moralidad. Y si no hay una ley de policía presente para nulificar el contrato de "corrupción", pues ni modo. *Don´t hate the player, hate the game*.

BIBLIOGRAFÍA

1 Foreign Corrupt Practices Act of 1977 (15 U.S.C. § 78dd-1).

2 Dormoy (ed.), La corruption et le droit international, Bruylant, 2010; Sayed, Corruption in international trade and commercial arbitration, Kluwer, 2004.

3 CCI, 19/08/1988.

4 TFS, Omnium de Traitement et de Valorisation – OTV v. Hilmarton Ltd., 17/04/1990, Y.B. Com. Arb., 1994.214.

5 B. Audit, La fraude à la loi, Revue internationale de droit comparé, 1974.899.

6 Partial award on the applicable Law, 24/02/1995, Yearbook, 2000.324.

7 TSF, Westinghouse vs Philippines, 02/09/1993, ASA Bull., 1994.244.

8 K orea Life Ins. Co., Ltd. v. Morgan Guar. Trust Co. of New York, 269 F. Supp. 2d 424, 438 (S.D.N.Y. 2003).

9 Graham Manuel de Derecho internacional privado, Zamanga Editores, 2016.37.

10 Cremades & Cairns, Transnational Public Policy in International Arbitral Decision-Making: The Cases of Bribery, Money Laundering and Fraud, in: Karsten &

Berkeley, 11 CCI 1110, Arbitration international, 1994.282.

12 CCI 5622, CCI 7664, CCI 3916, CCI 3993, etc.; CA Paris, Westman, 30/09/1993.

13 Graham, El acuerdo arbitral como la Grundlegung de la existencia objetiva del laudo arbitral, Revista de Derecho Privado, 2016.115.

14 https://fr.wikipedia.org/wiki/Affaire_des_fr%C3%A9gates_de_Ta%C3%AFwan.

15 Frontier AG v. Thomson CSF, Le Monde, 04-05/02/2001.

16 CIADI, 04/10/2006.

17 Para la discusión: Pereznieto & Graham, Tratado de arbitraje comercial internacional mexicano, Limusa, 2013.265.

18 La règle morale dans l'arbitrage, Choix d'articles, LGDJ, 2015.309.

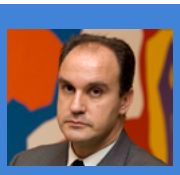
19 P.322.

20 Loquin, Règles matérielles du commerce international et droit économique, Revue internationale de droit économique, 2010.81.

21 CA Paris, 10/09/1993, RTD com., 1994, p. 703

22 TFS, Hilmarton v. OTV, 17/04/1990.

23 Senate Votes To Kill Dodd Frank Anti-Corruption Rule, The Huffington Post, 02/02/2017.



Jordi Sellarés Serra
Secretario General del Comité Español de la CCI y profesor de Derecho Internacional Público en la Escuela Superior de Administración y Dirección de Empresas (ESADE) y Universitat de Barcelona (UB).

Jazmina Santibáñez Farías
Abogada en el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago (Chile). Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Es Colaboradora Visitante en el Comité Español de la CCI.

El presente trabajo pretende efectuar un comentario sobre los variados matices que tiene la corrupción junto con la dificultad que existe de generar consenso respecto a lo que es o no corrupción. Se planteará el tema de manera general para finalmente situarnos en materia de arbitraje, distinguiendo entre los sujetos y objeto que podrían de adolecer de corrupción junto con observar algunos casos jurisprudenciales.

"La corrupción lleva infinitos disfraces" Frank Herbert

Al plantearnos la definición de corrupción inmediatamente se instala en nuestra mente la idea de lo incorrecto, lo no permitido. Existe así un consenso generalizado que la corrupción es negativa en cualquiera de sus matices. No parece haber hoy nada peor que estar relacionado con corrupción, ya sea tener funcionarios públicos corruptos o alguien que sea acusado de corrupción. Por ejemplo, un funcionario público acusado de corrupción junto con ser cuestionado por sus malas prácticas deja también en cuestionamiento a la institución que representa, generando un manto de duda sobre ésta. Igualmente un árbitro acusado de corrupción sabe que su prestigio quedará en entredicho y que posiblemente su laudo pueda ser anulado.

Fijado el extremo en que determinamos que la corrupción es negativa, al entrar a detallar qué es corrupción y qué es corrupto quizá ya no hallemos la misma unanimidad, ya que el concepto de corrupción puede variar de una persona a otra, de un Estado a otro[1]. Tanto es así que en el momento de escribir estas líneas el gobierno rumano ha dado marcha atrás a un decreto que despenalizaba la corrupción por debajo de 40.000 €, y lo ha hecho, a pesar de llegar recientemente al poder y pasando por alto las manifestaciones ciudadanas[2]. Ergo, lo que para unos no era tan importante y dejaba de ser corrupción, para otros era inadmisible.

La Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI) está en contra de la corrupción ya que afecta y distorsiona todas las relaciones comerciales. Podemos situar el origen de tal afirmación a partir del caso Lockheed[3], a finales de los años 70, cuando el Príncipe consorte Bernardo de Países Bajos fue protagonista de dicho escándalo en que se pagaron 22 millones de dólares en comisiones que facilitaron las compras de aviones por parte de los Ministerios de Defensa de Italia, Japón y Alemania. A raíz de Lockheed en 1977 se elaboran las Reglas de Conducta de la CCI contra la extorsión y el cohecho en las transacciones

comerciales internacionales[4] que han sido desde entonces revisadas y actualizadas en varias ocasiones (1994, 1999, etc.). Junto con éstas se ha elaborado un abanico de herramientas para luchar contra la corrupción, como la Guía ICC de auditoría anticorrupción para pequeñas y medianas empresas, muchas de las cuales tienen versión española gracias a los esfuerzos del Capítulo Mexicano de la ICC o del Comité Español.

Esta clara tendencia contra la corrupción hizo que en Estados Unidos pronto fuera delito corromper funcionarios extranjeros y que en 1997 se adoptara un Convenio OCDE para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales, cuyo preámbulo considera "que el cohecho es un fenómeno generalizado en las transacciones comerciales internacionales, incluidos el comercio y la inversión, que suscita graves preocupaciones morales y políticas, socava el buen gobierno y el desarrollo económico, y distorsiona las condiciones competitivas internacionales" y se congratula "de los esfuerzos de empresas, organizaciones comerciales, sindicatos mercantiles, así como los de otras organizaciones no gubernamentales para combatir el cohecho"[5]. Así la corrupción de funcionarios extranjeros acabó siendo un delito en los códigos penales de cada Estado parte: Por ejemplo en España[6], Chile[7], México[8] y Colombia.[9]

Pero lamentablemente la tendencia de actos corruptos ha seguido y con ello el concepto de corrupción se vuelve cada vez más elástico y subjetivo, abarcando distintas áreas. Por ejemplo la corrupción entre empresas, que afecta la cadena de valor o de suministro, que también es perseguida hasta el punto en que ya es parte de la práctica empresarial tener un departamento de "cumplimiento normativo" o "compliance" que lucha contra esa forma de actuar.

La jurisdicción arbitral no escapa al tema de corrupción y podemos analizarla desde el punto de vista de los sujetos (árbitros, partes, testigos, peritos, funcionarios, etc.) entendiendo que la corrupción se produce dentro del arbitraje y desde el objeto (corrupción en el contrato, recurrir al arbitraje para colocar un velo que encubre algún acto ilícito, etc.)[10]

A modo de otorgar más claridad lo ejemplificaremos por medio de la película francesa "Anthony Zimmer" (en España con el título "Buscando a Anthony Zimmer"). En la primera escena, aún durante los títulos de crédito, explica cómo blanquear dinero por medio de un arbitraje. Basta con iniciar una solicitud de arbitraje contra otra parte, que es la que deberá pagar el dinero, y al final, tras un procedimiento formalmente correcto, las partes llegarán a un acuerdo -la segunda pagará a la primera para resolver la controversia- que se puede elevar a laudo, y de este modo, el pago queda justificado como cumplimiento de una decisión arbitral[11]. Aquí el árbitro puede ignorar que el trasfondo es tramposo, y podría ser visto como un caso de corrupción con arbitraje. Es decir, la corrupción puede afectar al caso en sí (pago de sobornos a una persona decisiva para una compraventa) sin afectar a la pulcritud del proceso arbitral, y también haber corrupción en el papel del árbitro -casos de sobornos al árbitro-, que suelen tener como castigo la nulidad del laudo, el descrédito del árbitro y la imposibilidad de serlo en el futuro.

En los párrafos siguientes se intentará ilustrar, de manera general, cómo se pueden configurar ambas opciones para finalmente presentar una conclusión final.

1.- Desde los sujetos

Nos enfocaremos en situaciones que pueden parecer “extrañas” o generar alguna incomodidad respecto de los sujetos del arbitraje, dejando fuera el arbitraje institucional, en cuanto a forma de regulación, generalmente dichas instituciones regulan algunas de las hipótesis sobre cómo hacer frente determinadas situaciones que podrían derivar en beneficio para una u otra parte. Por ejemplo, la posibilidad de recusar o inhabilitar al árbitro si encontramos que éste tiene alguna actitud indebida con algunas de las partes o regular de manera minuciosa en el acta de procedimiento el comportamiento de los peritos o testigos, etc.

Desde el punto de los sujetos lo importante es saber distinguir la corrupción de la mera educación o cortesía, pero no es fácil. Así, que el árbitro acepte un cigarrillo de una parte, durante una pausa en las vistas de un arbitraje, ¿es motivo de recusación o de nulidad del laudo al final por corrupción? De la misma manera que no parece sensato la tensión que presencié cuando un testigo preguntó a un abogado, durante un receso en el proceso, dónde estaba el lavabo de mujeres y otro letrado, de la parte contraria, y a una distancia que quizá le impidió saber qué preguntaba, intervino con un grito: “No se puede influir en los testigos”. “Ni tanto ni tan calvo”, diríamos de manera coloquial. “La mujer del César no sólo debe ser honesta, sino que también debe parecerlo”, decían los clásicos hace veinte siglos. Estas pocas líneas pretenden distinguir corrupción del árbitro (que prevarica al tomar una decisión injusta) de descubrimiento de una situación quizá corrupta en un proceso arbitral.

Como me contó una amiga “a veces es mejor hacer cosas aunque comporte algo de corrupción que no tener actividad alguna para mantener la pureza de la contratación pública”. Me lo contaba en relación a Timor Leste, país muy atrasado pero con abundantes recursos derivados del petróleo submarino, que no podía gastar nada porque no había ni obras públicas, ni contratación administrativa, ni nada en qué volcar esos fondos de manera práctica, por lo que se quedaban en las cuentas bancarias el Estado y aumentando su superávit. Interesante ejemplo, porque justamente con Timor Leste hay uno de los casos recientes de arbitraje en que la corrupción no ha sido ni de los árbitros ni del asunto a resolver, sino de las malas artes de la parte que intuía que perdería ese asunto -Australia, en su pleito en la Corte Permanente de Arbitraje contra Timor Leste sobre la delimitación de la plataforma continental que les separa y la explotación del petróleo submarino-. Australia fue descubierta espiando las comunicaciones entre los letrados de Timor Leste con el gobierno de este pequeño país lusófono, y el arbitraje final, claro, no favoreció sus intereses12.

Otro ejemplo. Esta misma semana, para vender un simple libro sobre Incoterms de 45 €, la empresa que lo compra nos pide al Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional, vendedor del libro, que cumpla con un enorme clausulado al que debemos adherirnos y que incluye artículos como el que sigue:

“Prohibición de corrupción y sobornos:

En [nombre de la empresa], esperamos que nuestros proveedores tengan tolerancia cero ante la corrupción y que garanticen el cumplimiento de todas las convenciones de Naciones Unidas (NU) y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) contra la corrupción, así como todas las leyes anticorrupción en vigor. Más concretamente, se espera de nuestros proveedores que garanticen que sus empleados, subcontratistas y agentes no ofrezcan, prometan o concedan ninguna ventaja a ningún empleado de [nombre de la empresa] o personas relacionadas con el objetivo de garantizar la concesión de un pedido o cualquier otra forma de trato preferente en sus operaciones comerciales.

Invitaciones y regalos

En [nombre de la empresa], esperamos que nuestros proveedores se abstengan de ofrecer invitaciones o regalos a nuestros empleados para obtener algún tipo de influencia. Cualquier invitación o regalo efectuado a empleados de [nombre de la empresa] o personas relacionadas, si procede, debe ser razonable y adecuado en cuanto a su envergadura y diseño, p.e., debe ser de poco valor económico y reflejar la costumbre comercial local habitual. También esperamos que nuestros proveedores se abstengan de solicitar a empleados de [nombre de la empresa] o personas relacionadas ningún tipo de ventaja inadecuada.

Prevención de conflictos de interés

En las negociaciones empresariales de nuestros proveedores con nosotros, esperamos que nuestros proveedores tomen decisiones únicamente basándose en criterios objetivos. Cualquier factor que pueda influir en las decisiones de nuestros proveedores por conflictos de intereses privados, empresariales o de otro tipo debe evitarse desde el principio. Lo mismo resulta de aplicación a familiares y otras personas relacionadas"

(el destacado es nuestro)

¿No les parece excesivo? Si ese libro se vendiera por Sant Jordi[13] y se acompañara el libro con una rosa para la compradora, ¿estaríamos vulnerando las condiciones impuestas y con ello corrompiendo a la empleada? El límite es difuso.

Sí, definitivamente hay que oponerse a la corrupción en cualquier ámbito, pero también debemos distinguir qué tipo de alegaciones son las que tienen un sustento válido, que puedan develar que efectivamente existe "una duda razonable" de corrupción ya que el límite es borroso. Debemos estar atentos, pero tratando de no caer en la extrema pulcritud que impida que procedimiento arbitral fluya de una manera expedita, sin tropiezos y con cordialidad.

2.- Desde el objeto:

Al hacer referencia al objeto nos referimos al contrato mismo que se somete a arbitraje en sus distintas hipótesis, ya sea que el contrato desde su nacimiento fue acordado para fines ilícitos o se activa la cláusula arbitral del contrato para efectos de generar presiones indebidas o generar gastos que en realidad no se realizan, etc.

Qué papel debe adoptar el árbitro en casos en que hay corrupción ¿Debe denunciar el hecho aunque las partes no lo hagan? ¿Debe cesar en sus funciones? ¿Qué ocurre con el deber de confidencialidad? Parece que la solución es denunciarlo sólo cuando se tiene la certeza del delito de corrupción de funcionario público. Las sospechas no bastan.

Con el crecimiento acelerado de las relaciones comerciales que llevan a contratar con diversas empresas, ubicadas en distintos países, se abre un universo de legislaciones y se plantean las preguntas. ¿Podemos dar fe que el mundo es inmaculado en sus relaciones comerciales? ¿Es mejor no tener tratos a tenerlos con vicios del consentimiento? Por ejemplo, parece que los hábitos o tradiciones de los países árabes y del Golfo Pérsico, hacen imprescindible la presencia de miembros de la familia real local (aunque sea sólo poniendo sus iniciales a una empresa extranjera que entra en ese mercado) y que por esas iniciales cobre una cantidad generosa –de 25.000 €- . ¿Es eso corrupción de funcionarios extranjeros? Aplicando los principios derivados de casos arbitrales que han tratado la cuestión, como el caso del CIADI World Duty Free Company Limited (Claimant) -v- the Republic of Kenya (Respondent) (ICSID Case No. Arb/00/7), en que el tribunal se declaró incompetente porque el contrato era nulo por derivar de corrupción, o el caso ICC 4145[14], en que se acusaba al intermediario de cobrar 50 millones por no hacer nada, sólo se puede trasladar a la fiscalía el caso si hay una muy alta probabilidad de corrupción y no sólo si hay indicios circunstanciales[15].

Ese caso CIADI contra Kenya ha sido analizado por alguna doctrina. Así, en una nota de Chathan House del acto sobre este tema celebrado el 28 de marzo del 2007, el autor del resumen (World Duty Free v The Republic of Kenya:a Unique Precedent?), Maziar Jamnejad aclara que:

> "This award (el de Kenya) has, quite rightly, been applauded by many in international arbitration circles. But we should also recognise that it is destined to remain an unusual decision because of the particular circumstances in which it was rendered. How often can we expect a claimant itself to offer the evidence of illegality that will –in all likelihood – consign its claim to failure?
>
> There were unusual circumstances resulting in an unusual award. However, the broader question we need to ask ourselves is this: is a dispute resolution process such as international arbitration equipped to identify and deal with concealed corruption when the relevant parties don't have an ulterior motive for indulging in selfdefeating transparency?
>
> Let us assume, for these purposes, that the party implicated in illegality is unlikely to self-

incriminate.

Let us go further and recognise that in certain circumstances both parties to an arbitration might be implicated in the illegality and have every reason not to subject the issue to the rigours of the adversarial process.

Such circumstances are not so difficult to imagine, and unfortunately are not just hypothetical. Suppose an arbitrator is confronted with a case where an agent is claiming a commission from a supplier, expressed to be payable in the event that the supplier obtains a certain contract in a certain developing country. Suppose the arbitrator begins to notice that both parties are carefully skating around the question of what the agent was actually supposed to do to earn his commission. Should the arbitrator press them on it? Could it be that the reason why they have gone to arbitration, rather than to court, is precisely because that is an area they would prefer not to discuss openly? Well, it is often said that arbitrators are creatures of contract, servants of the parties, with a contractual mission alone. But I am pleased to say that there is today a consensus, nevertheless, that arbitrators cannot allow their proceedings to become a public policy free zone.

An arbitral tribunal:

(1) has the power and jurisdiction to consider issues of illegality; and

(2) can do so of its own motion, ex officio, if the issue has not been put before it by the parties.

The jurisdiction and procedural discretion may exist on the part of arbitral tribunals to address and determine issues of public policy, such as illegality of their own motion.

But the question remains, however, whether tribunals have the procedural means of getting to the bottom of such issues without the assistance of the parties given that:

(1) they do not have the broad investigatory resources of a criminal investigating agency, such as the Serious Fraud Office in the UK; and

(2) they do not have the same powers of compulsion over the parties before them, and most certainly not over third parties to their proceedings, as the courts do."

Finalmente, en la página 14 de dicho resumen hay la siguiente frase:

"Agency

It is important to correctly identify the position of agents and middlemen in corruption cases. One of the purposes of proceedings such as World Duty Free is to disincentivise those who are participating in corrupt transactions. If the contract stands because the corruption was by

middlemen, we will not be benefiting from that disincentivisation as much as we should be. English law is very clear in this regard. The Logicos case in particular draws no distinction between the middleman and the principal."

Dentro del arbitraje CCI, han tratado la cuestión de la corrupción como materia detectada por el árbitro en los casos 4145 y 3916[16]. En el segundo, se dan inferencias negativas cuando el actor iraní que demandaba a la empresa griega, que no concretaba qué hacía en esa operación mercantil.

El primero, un conocido laudo de un caso de arbitraje CCI, el 4145, fue resuelto en los años 80. Era un pleito entre una empresa intermediadora de Oriente Medio y una empresa constructora de Asia, vinculadas por un contrato de "brokerage" para la obtención de obras de construcción en un país indeterminado de la región. Se devenga el pago de una comisión inicial de 50 millones de dólares tras un contrato de 374 millones. En ese laudo, en que era aplicable el derecho suizo, recogía decisiones de la Corte Federal de aquel país en las que se entendía que una comisión del 11% era excesiva, pero una entre el 2% y el 5%, como "usual"[17] Ese caso es también conocido en la doctrina porque establece la idea que la mera sospecha o cábala en los árbitros de que podría haber habido corrupción de funcionarios extranjeros en la obtención de la obra no basta para declarar una eventual falta de jurisdicción arbitral, y que sin certeza de que tales actividades delictivas tuvieron lugar, el laudo debe dictarse.

Ese asunto, el caso ICC nº 4145, fue resuelto a lo largo de los años 1983, 1984 y 1985. Es relevante por una consideraciones que realiza el árbitro acerca de la existencia de corrupción en el contrato negocial entre las partes, la importancia de la prueba y el trato que debe darse en las instancias de arbitraje. Puesto que de encontrar que el contrato ha sido realizado para fines corruptos, debe ser considerado nulo y por tanto no procede la reclamación de ninguna de las pretensiones de las partes.

La situación fáctica de este caso es un contrato de intermediación para la obtención de un contrato público, aceptando el agente/representante la obligación de realizar todas las actuaciones necesaria para la consecución del proyecto (según el clausulado del contrato "promote and further the sale of the Projects"). El agente recibió una remuneración/comisión más que sustancial cuando se adjudicó el contrato: 50 millones de dólares; luego el proyecto fue objeto de ampliaciones y aumentó de valor con lo cual el agente reclama a través de la sede arbitral una mayor remuneración pues la base sobre la que se aplica su porcentaje (comisión) aumentó.

En su primer laudo preliminar, el tribunal arbitral, una vez dotó de validez la cláusula arbitral y afirmó su jurisdicción para el caso, procedió a resolver las pretensiones sustantivas. El demandado objetó que el caso debía ser descartado por falta de jurisdicción ya que el contrato había sido obtenido a través de medios corruptos e ilegales. En respuesta a esa alegación, los árbitros consideraron que la validez de la cláusula arbitral es separable del contrato (separability principle) y que por lo tanto la cuestión de ilegalidad, corrupción y la infracción de los intereses públicos es algo a considerar en los merits y no una cuestión de jurisdicción.

En el segundo laudo preliminar de ese asunto, el tribunal arbitral decide acerca de la ley aplicable al contrato y la validez del mismo en concordancia con ésta. Tras su deliberación acuerdan que la ley aplicable será la ley Suiza, que condena los contratos corruptos e inmorales. El demandante alegó que no hubo corrupción sino que era un contrato de consultoría, mientras el demandado sí alegó la nulidad del contrato por la ilicitud de su objeto. El tribunal procede haciendo un análisis de lo que él considera "la voluntad de las partes", como tal. Determina haciendo referencia también a los principios interpretativos y que el objeto del contrato debe ser determinado -sobre todo- analizando las pruebas circunstanciales del caso, su contexto. Ahora bien, también añade un matiz, ya que establece que las "circunstamtial evidences" deben tener una probabilidad corrupta muy alta para poder establecer la presunción "iuris tantum". De ahí, el tribunal concluye que en el supuesto caso no hay tal consideración puesto que a pesar que se podría intuir algún tipo de conducta corrupta no se puede extraer verazmente y las pruebas no son concluyentes; por ello los árbitros desestiman la existencia de un contrato ilícito y por tanto proceden a resolver sobre el contenido y la comisión reclamada por el demandante. Para hacer tal consideración atiende a:

- El contrato no menciona ningún tipo de conducta ilícita / ilegal o corrupta.
- Uno de los testigos del demandado negó claramente la existencia de cualquier conducta corrupta. (Cuando realmente era importante para el caso que hubiese dicho que sí y haber apoyado la teoría del demandado).
- La forma en la cual se llevaron a cabo las actuaciones entre el agente y el Ministerio no parecen sustentar tal idea.

El árbitro llega a la conclusión de que no es un acuerdo de consultoría nada más, que va más allá (contrato de mediación), pero no hasta el punto de incluir también conductas corruptas. A pesar de que el agente falla estrepitosamente a la hora de probar cuáles fueron las conductas que llevó a cabo para obtener los 50 millones de remuneración.

En conclusión el tribunal decide:

a) El derecho a una comisión a pagar por el aumento del precio del proyecto, pero inferior a la que había pedido el demandante.

b) No reconoce que haya habido corrupción por falta de conclusividad en las pruebas.

Conclusión

Tal como se cita al comienzo de este trabajo efectivamente "la corrupción lleva distintos disfraces" y efectivamente concordamos con dicha frase, lo que se entiende por corrupción es diferente desde el punto de vista que nos situemos, desde nuestras culturas, nuestros países, nuestras creencias y/o valoraciones personales; pero no debemos perder de vista que existe un núcleo intacto y no discutible que es el hecho que la corrupción en sí misma es negativa y perjudicial para para el sistema de relaciones internacionales.

En materia arbitral concordamos que debemos de tener cierta flexibilidad en cuanto a los sujetos del arbitraje, pero sólo en aquellas situaciones que se generen el día a día, para efecto de dar flexibilidad y cordialidad al mismo procedimiento y no caer en exageraciones que pueden llevar a la dilación del mismo

Respecto del objeto la tarea es más compleja ya que dependerá de factores externos el cómo se resuelve la materia a tratar, legislación aplicable, prueba que existe, etc.

En lo que no existe duda es que casos de corrupción seguirán existiendo y por ello es necesario que los árbitros estén cada vez más preparados para afrontar nuevos casos dentro de las diversas posibilidades que pueden existir.

No tenemos una solución mágica que aclare cuándo un árbitro está frente a un caso de corrupción. “Quien esté libre de pecado que tire la primera piedra”, decían en la Biblia. No tardaron mucho en superar ese obstáculo haciendo que la primera pedrada, como el saque de honor en un partido de fútbol, la lanzara un niño, una mano inocente. “Piensa mal y acertarás”, dice el refrán. Por ello, el árbitro no puede ser un alma cándida que no sepa que “hecha la ley, hecha la trampa” (como otro refrán recoge, con siglos de experiencia acumulada), y debe ser capaz de sospechar de aquellas operaciones que no son trigo limpio. Pero tampoco es un instrumento al servicio de las normas tributarias de un Estado concreto –cada Estado tiene sus impuestos y no hay norma internacional que obligue a tenerlos muy altos- o de las normas de higiene contractual, distintas en cada país, que haga del árbitro un mero colaborador de esas autoridades administrativas, fuera de su jurisdicción. Porque estaríamos ante un caso claro de efectos extraterritoriales de normas y jurisdicciones nacionales. Por ello, de la misma manera que para vivir no es sano no tener algún contacto con microbios o suciedad –porque de lo contrario se acaban perdiendo las defensas-, tampoco es cuestión de vivir en entornos malignos, como deseando contraer enfermedades. Hay que saber encontrar un punto intermedio, quizá ese punto en que Aristóteles consideraba que estaba la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

1.- “ The uneven state of investment arbitration jurisprudence to date on allegations of corruption is a stark reminder of the lack of consensus on how to deal with corruption in international disputes , beyond the shared opprobrium on corruption and its effects generally.” NAPPERT, Sophie. “ Raising Corruption as a Defence in Investment Arbitration” en En ICC, Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration. Dossiers. ICC Institute of World Business Law. París, 2015. Publicación CCI 768E. Pág. 182.

2.- http://internacional.elpais.com/internacional/2017/02/04/actualidad/1486235333_675752.html

3.- http://elpais.com/diario/1979/06/03/ultima/297208803_850215.html

4.- http://www.iccwbo.org/products-and-services/fighting-commercial-crime/

5.- https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf

6.- Artículo 445 del Código Penal Español.

7.- Artículos 249, 259 y 251 Código Penal Chileno. http://www.auditoriainternadegobierno.gob.cl/wp-content/upLoads/2015/06/DOCUMENTO-TECNICO-91-CONCEPTOS-GENERALES-DELITOS-FUNCIONARIOS.pdf

8.- Titulo Décimo, Delitos Cometidos Por Servidores Públicos, capitulo VII. Código Penal Federal, Mexicano. https://www.hsph.harvard.edu/population/domesticviolence/mexico.penal.pdf

9.- Titulo XV, Delitos Contra la Administración Pública, capitulo segundo y siguientes del mismo título. Código Penal Colombiano. https://www.oas.org/juridico/mla/sp/col/sp_col-int-text-cp.pdf

10.- Es lo que describe Juan Fernández-Armesto: "In this type of situation it is frequently the case that corrupting parties enter into simulated service brokerage or similar contracts, either directlywith the beneficiaries of the corruption or with intermediàries who then channel the funds to the final recipienta. These sham agreements pretend to formalize non-existing commitments, and to create païment obligations in favour of the counterparty". FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan. "The Effects of a Positive Finding of Corruption". En ICC, Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration. Dossiers. ICC Institute of World Business Law. París, 2015. Publicación CCI 768E. Pág. 167

11.- "There is no obvious duty to report by reference to institutional rules, published awards or State court case law. However, an analysis of the relevant money laundering legislation and regulations suggests that such a duty could arise in certain rare but not inconceivable circumstances. The available case law is helpful but leaves a lacuna as to the potential application of the money laundering regimes to arbitration". SPRANGE, Thomas K, QC. "Corruption in Arbitration. Sua Sporte Investigations – Duty to Report". En ICC, Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration. Dossiers. ICC Institute of World Business Law. París, 2015. Publicación CCI 768E. Pág. 140.

12.-http://www.eldiario.es/politica/Australia-Timor-Oriental-frontera- septiembre_0_605089528.html

13.- El 23 de abril, patrón de Cataluña y no por ello festivo, día del libro por ser el de la muerte de Cervantes y Shakespeare en 1616 –sí, murieron el mismo día- y que por ello todos los libros se venden con descuento, pero también día de la rosa, por la que las señoras reciben una rosa de su amado.

14.- Collection of ICC Arbitral Awards, 1986-1990. Publicación CCI 514, pág. 53.

16.- Collection of ICC Arbitral Awards, 1982-JDO 1984,930 Publicación CCI 433, Vol. I, pág. 507.

17-. Esta comisión puede ser mayor. "Well known examples of transactions tainted by corruption which have become public are the Siemens' contracts with the Republic of Argentina for electronic identification of citizens … or World Duty Free's contract with Kenya Other examples are the "free carry" of between 10% and 30% of the value of certain Indonesian infrastructure projects given to local partners in return for the "liaison" services". FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan. "The Effects of a Positive Finding of Corruption". En ICC, Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration. Op. Cit. Pág. 169

Diego Sierra
Socio de Von Wobeser y Sierra, S. C., Dirige la práctica de anticorrupción de VWyS y al mismo tiempo mantiene su práctica en litigios comerciales y arbitraje internacional. Con casi 15 años de experiencia, ha asesorado a compañías e instituciones financieras internacionales del Fortune 500 en los Estados Unidos y en México en investigaciones de la FCPA y en temas de due diligence.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El Foreign Corrupto Practices Act y Convenciones Internacionales relevantes en materia de Anticorrupción. 3. Investigaciones internacionales en combate a la corrupción. 4. Cooperación internacional en el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) y pendientes para el correcto funcionamiento del SNA.

1. Introducción

Para hablar de corrupción primero es conveniente intentar definirla. En este respecto, me remito, siguiendo a María Amparo Casar, a la definición propuesta por Transparencia Internacional: la corrupción es "el abuso del poder público para beneficio privado".[1] Históricamente, la corrupción se ha presentado como un problema global ante el cual las fronteras geográficas no forman ningún límite. La corrupción demerita y deteriora la eficacia de las instituciones públicas y frena el desarrollo económico mundial.

Actualmente, pareciera que existe un consenso internacional para acabar con el fenómeno de la corrupción mediante el esfuerzo coordinado entre las naciones.[2] Paradójicamente, al mismo tiempo, el mundo sufre movimientos saboteadores de la democracia, de aislacionismo e inclinación a gobiernos autocráticos. Dos ejemplos bastan, (i) Trump, su estilo descaradamente nepotista de gobierno (con su hija y su yerno como altos funcionarios de su gabinete—no obstante, su precaria experiencia en las materias en las que ejercen en la Administración Trump) y la vinculación de varios de sus más cercanos colaboradore[3] con la Rusia autocrática de Putin, y (ii) el Brexit.

En este contexto, y en medio de la vergonzosa posición que ocupa en el Índice de Percepción de Corrupción de Transparencia Internacional (123/176),[4] México estrena un nuevo Sistema Nacional Anticorrupción ("SNA"). Como remate de la lamentable percepción de corrupción mexicana, vale la pena recordar que el "sistema político mexicano se constituyó para pacificar al país y privilegiar a los ganadores de la gesta revolucionaria. El sistema que de ahí emergió logró su cometido en ambos sentidos pero tuvo el efecto de congelarse en el tiempo, impidiendo una evolución normal y natural, conforme con el crecimiento y desarrollo de la sociedad y de la economía. La corrupción, la impunidad, la informalidad (…) son síntomas de un sistema político y legal expresamente diseñado para favorecer y privilegiar a ciertos sectores de la sociedad, para escoger ganadores (y, por consecuencia inexorable, perdedores) y, por lo tanto, se convirtió en un impedimento estructural a la existencia de instituciones fuertes, independientes y permanentes. Es decir, en el corazón de la arbitrariedad que hace posible -y necesaria- la corrupción y la impunidad, yace una estructura de poder que se beneficia de ello y que no ve razón para alterar el orden establecido."[5]

Con el SNA, el Congreso mexicano otorga a diversas agencias gubernamentales mexicanas facultades y obligaciones sobre cooperación internacional en investigaciones en la lucha contra la corrupción. Pero, como advierte Luis Rubio, el orden establecido se resiste.

> Este artículo tiene como propósito destacar las obligaciones y facultades de las autoridades mexicanas para la cooperación internacional en las investigaciones complejas en materia de anticorrupción con la intención de que este artículo sirva de impulso a un combate, más activo y relevante, a la corrupción internacional desde la jurisdicción mexicana. Para ofrecer un marco de referencia internacional, analizo distintas investigaciones destacadas en materia de combate a la corrupción, en las que autoridades de distintas jurisdicciones colaboraron para sancionar los sobornos trasnacionales y analizo algunas de las obligaciones y facultades de las autoridades mexicanas para colaborar con autoridades de diversas jurisdicciones en investigaciones anticorrupción, a la luz de la nueva legislación mexicana en materia de anticorrupción. Concluyo el artículo con una descripción del adverso entorno que enfrenta México, a julio de 2017, para implementar elementos cruciales del SNA que siguen pendientes (e.g., Fiscalía General de la República, Titular de la Fiscalía Especializada en materia de delitos relacionados con hechos de corrupción ("Fiscal Anticorrupción") y Magistrados del Tribunal Federal de Justicia Administrativa) y cierro con algunos esbozos de propuestas que pretenden hacer una humilde aportación para que nuestra sociedad siga adelante en el sinuoso camino de la consolidación de un país más íntegro.

2. El Foreign Corrupt Practices Act y Convenciones Internacionales relevantes en materia de Anticorrupción

La colaboración global para combatir la corrupción es reciente debido a que es el resultado de la adopción de compromisos internacionales a partir de la legislación estadounidense de aplicación extraterritorial.

El Foreign Corrupt Practices Act ("FCPA"),[6] legislación de Estados Unidos de América para combatir la corrupción en el extranjero, fue el primer ordenamiento que prohibió y sancionó los pagos corruptos a servidores públicos extranjeros con el fin de obtener o mantener un negocio. A finales de la década de 1970, Estados Unidos emitió esta legislación como una reacción a un problema grave de corrupción de sus propias empresas, mismas que habían entregado sobornos por cientos de millones de dólares en el extranjero. El Congreso americano emitió la FCPA para recuperar la confianza en los negocios americanos y para generar un terreno de competitividad más equitativo para negocios honestos.[7] La extraterritorialidad de la FCPA implica que la jurisdicción de EE.UU. para combatir la corrupción se extiende más allá de su territorio, y sanciona hechos de corrupción realizados en el extranjero, en relación con funcionarios públicos no americanos.

Después de la emisión de la FCPA, el Congreso de los EE.UU. inició negociaciones con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico ("OCDE") a efecto de que distintos países, principalmente los socios comerciales de EE.UU., promulgaran legislaciones anticorrupción, similares a las disposiciones

del FCPA. Con esto, EE.UU. buscaba propiciar la igualdad de condiciones con socios comerciales o competidores para los que, anteriormente, no existían sanciones por prácticas corruptas en el extranjero.

El 21 de noviembre de 1997, se adoptó la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales ("Convención Anticorrupción de la OCDE") por 38 países. La Convención Anticorrupción de la OCDE tiene como objetivo evitar las complicaciones de carácter moral y político que distorsionan las condiciones competitivas internacionales, y, sobre todo, fomentar el desarrollo económico.

El artículo 9 de la Convención Anticorrupción de la OCDE prevé la obligación a los estados Parte de colaborar con las investigaciones y procedimientos iniciados por otros miembros de la Convención al establecer que "[e]n el grado máximo posible que permitan sus leyes, tratados y acuerdos pertinentes, cada Parte deberá brindar ayuda jurídica eficaz e inmediata a otra Parte para efectos de investigaciones y procedimientos penales iniciados por una Parte con respecto a delitos dentro del ámbito de esta Convención; y para actos no penales dentro del ámbito de esta Convención iniciados por una Parte contra una persona moral."

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción ("CNUC") –conocida como la Convención Mérida- fue adoptada en el año 2003, siendo acogida por 171 países. La CNUC sanciona el cohecho realizado en territorio nacional o extranjero y en el sector público y privado; sanciona la "malversación" o peculado de fondos públicos y refiere al lavado de dinero como "blanqueo del producto del delito", incitando a los Estados parte de la convención a adoptar las medidas necesarias para que las ganancias obtenidas por la realización de algún hecho de corrupción sean devueltas al país de donde fueron robadas. La CNUC destaca por el alcance que intenta dar a sus disposiciones, siendo un proyecto ambicioso en la lucha internacional contra la corrupción.

Los esfuerzos de la Organización de los Estados Americanos ("OEA") en la lucha contra la corrupción, en América Latina, llevaron a la firma de la Convención Interamericana contra la Corrupción ("CICC") en marzo de 1996. La CICC reitera el papel fundamental de las medidas preventivas de la corrupción, impulsando la creación de mecanismos internos de control para impedir el soborno nacional e internacional; asimismo, la CICC señala que la participación civil y de las organizaciones no gubernamentales deberán enfocarse en "los esfuerzos destinados a combatir la corrupción". La CICC determina la cooperación interestatal para facilitar las investigaciones y sanciones de los actos corruptos, estableciendo la extradición de personas como un medio de colaboración entre los Estados parte.

3. Investigaciones internacionales en combate a la corrupción

La aplicación extraterritorial de la FCPA, así como la adopción de las convenciones antes referidas han tenido como consecuencia el aumento de las investigaciones internacionales por hechos de corrupción. Primordialmente, las investigaciones han sido encabezadas por el Department of Justice

("DOJ") y la Securities and Exchange Commission ("SEC") de EE.UU. y han involucrado a agencias investigadoras de otras jurisdicciones.

A continuación, refiero algunos de los casos recientes más relevantes en la lucha internacional contra la corrupción, en los cuales la cooperación internacional ha jugado un papel determinante para sancionar los hechos cometidos:

a) Odebrecht

Desde 2014, derivado del escándalo de corrupción "Lava Jato" en el que los fiscales brasileños revelaron un complejo modelo de corrupción que involucró a Petrobras (empresa petrolera más grande de Brasil), a funcionarios públicos de dicho país y a las compañías constructoras más importantes de la región, el DOJ y la SEC comenzaron investigaciones relacionadas con las empresas constructoras envueltas en el escándalo. Iniciaron estas investigaciones por supuestas violaciones al FCPA.

Odebrecht S.A. ("Odebrecht"), empresa brasileña envuelta en el esquema de corrupción relacionado con Petrobras, realizaba negocios en diversos sectores, incluyendo ingeniería, construcción, infraestructura, energía, servicios públicos y el sector inmobiliario. Adicional a su operación en Brasil, a través de otras empresas sobre las cuales ejerce control corporativo. Odebrecht tiene operaciones comerciales en 27 países.

> Entre 2001 y 2016, Odebrecht pagó aproximadamente US$788'000,000 dólares en sobornos relacionados con diversos proyectos en, al menos, doce países: Angola, Argentina, Brasil, República Dominicana, Ecuador, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú y Venezuela. Los pagos eran realizados a funcionarios públicos y partidos políticos extranjeros, con el objetivo de obtener u retener negocios en estos países.[8]

La investigación realizada por el DOJ, la SEC, autoridades de Brasil y Suiza, resultaron en un acuerdo de declaración de culpabilidad, por virtud del cual, en diciembre de 2016, Odebrecht acordó pagar aproximadamente US$3,500 millones de dólares, de los cuales, los EE.UU recibirán el 10%, Suiza recibirá otro 10% y Brasil recibiría el 80% restante.[9] Para la obtención de diversos beneficios, Odebrecht acordó continuar cooperando con las autoridades correspondientes en la investigación y sanción de individuos responsables.

De conformidad con el acuerdo de cooperación establecido por Odebrecht, para el seguimiento de las investigaciones y sanciones, la empresa constructora confesó haber pagado sobornos a funcionarios públicos de diversos países de Latinoamérica. Autoridades de las diferentes jurisdicciones iniciaron investigaciones en contra de actores políticos relevantes involucrados en el sistema de pagos ilegales desarrollado por Odebrecht a través de los años.

En este entorno, Hilberto Mascarenhas Alves da Silva Filho, anterior director del Sector de Operaciones Esctructuradas de Odebrecht declaró que en noviembre de 2014 realizó pagos por, aproximadamente, US$5

millones de dólares al anterior Director General de PEMEX, Emilio Lozoya. La finalidad de estos pagos fue obtener y asegurar la asignación de contratos públicos en beneficio de Odebrecht.[10] En México, las investigaciones no oficiales realizadas sobre el caso han hecho del conocimiento público la complicidad de los funcionarios involucrados y, a pesar de que se habían reportado irregularidades en los contratos celebrados con la empresa brasileña, nunca fueron debidamente investigados y/o sancionados.

Al día de hoy, y ante la magnitud de los hechos, las autoridades mexicanas competentes en la investigación de actos de corrupción— Procuraduría General de la República ("PGR") y la Secretaría de la Función Pública ("SFP") —han manifestado su interés en investigar los actos manifestados por Odebrecht. El 18 de mayo de 2017, Reforma reportó que Odebrecht, pidió a la PGR llegar un acuerdo reparatorio con la filial mexicana de Odebrecht a cambio de respetar los acuerdos reparatorios y de inmunidad que la empresa y sus funcionarios han logrado en Brasil y EE.UU.[11]

El 14 de junio de 2017, la Secretaría de la Función Pública, a través de la Unidad de Responsabilidades de PEMEX informó que inició cuatro procedimientos administrativos para sancionar a las empresas filiales de Odebrecht en México.[12] La ley aplicable a las investigaciones por las irregularidades administrativas, es la Ley Federal Anticorrupción en Contrataciones Públicas ("LFACP"), antecedente legislativo de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, que entra en vigor el 18 de julio de 2017.

b) Total S.A.

En mayo de 2013, Total S.A. ("Total"),[13] empresa francesa del sector energético (petróleo y gas), fue sancionada por el DOJ y la SEC a pagar $398 millones de dólares por violaciones a la FCPA. Dichas violaciones consistieron en el pago de $60 millones de dólares en sobornos a intermediarios de un funcionario del gobierno iraní quien utilizó su influencia para ayudar a la empresa a obtener contratos para el desarrollo del sector energético en materia de petróleo y gas en Irán.

Total buscaba reingresar al mercado iraní del gas y petróleo con el objetivo de explotar los yacimientos petroleros conocidos como "Sirri A" y "Sirri E". Asimismo, Total buscaba desarrollar las fases 2 y 3 de los depósitos de gas "South Pars- North Dome", ubicados en el Golfo Pérsico y pertenecientes al territorio de Irán.

Con el objetivo de realizar los pagos corruptos a un funcionario de alto rango de la Compañía Nacional de Petróleo Iraní –empresa controlada por el Ministerio de Petróleo de Irán-, Total celebraba "contratos de consultoría" con un intermediario que trabajaba en un banco suizo. Los términos del contrato no contenían cláusulas específicas para el desarrollo del mismo, no obstante, comprendía disposiciones para realizar pagos periódicos que eran registrados en la contabilidad de Total como "gastos para el desarrollo de negocios". El empleado del banco suizo, posterior a recibir el dinero de Total, hacía transferencias al funcionario iraní para así asegurar la ventaja indebida en los contratos con la compañía iraní.

En el mismo sentido, Total creó una compañía de responsabilidad limitada en las Islas Vírgenes Británicas, la cual estaba controlada por el funcionario iraní. El esquema usado por Total también consistió en celebrar un contrato de consultoría, realizando pagos que, finalmente, ingresaban a la cuenta del funcionario público iraní.

La sanción por los hechos cometidos por Total, fue el resultado de la primera combinación de esfuerzos entre autoridades francesas y de los EE.UU. en relación con la investigación y sanción por violaciones al FCPA en materia de anticorrupción.

c) Teva Pharmaceutical

En diciembre de 2016, Teva Pharmaceutical Industries Limited ("Teva"),[14] empresa farmacéutica con sede en Israel (conocida por ser la mayor fabricante mundial de productos farmacéuticos genéricos), acordó pagar al DOJ más de US$519 millones de dólares para la resolución de diversos cargos civiles y criminales procedentes de violaciones al FCPA por pagos de sobornos a funcionarios extranjeros en Rusia, Ucrania y México y por no implementar controles internos para evitar la corrupción.

Teva produce, principalmente, Copaxone, el cual es un medicamento utilizado para tratar la esclerosis múltiple, mismo que le ha provisto de las mayores ganancias económicas en los últimos años.

Rusia

Teva pagó sobornos a un servidor público ruso, desde el año de 2008. El objetivo de los estipendios era lograr que el oficial ruso usara su capacidad oficial e influenciara al Ministerio de Salud de Rusia y comprar Copaxone a Teva. Los pagos se realizaban a través de una compañía rusa que empacaba y distribuía el medicamento en nombre de Teva.

Empleados de Teva en Rusia contactaron al servidor público ruso con ejecutivos de la matriz de Teva en Israel con el objetivo de que la compañía incrementara la venta de Copaxone en Rusia. A través de diversos correos electrónicos, los empleados de Teva planearon un modelo que disimulara el sistema de pagos corruptos, el cual consistía en contratar una empresa (propiedad del servidor público ruso) para la distribución de Copaxone y, a través de los altos márgenes de ganancias obtenidos, el servidor público indirectamente obtenía su pago.

Después de que Teva tuvo conocimiento que la empresa rusa era investigada por hechos de corrupción, Teva decidió suspender el acuerdo con la compañía que distribuía Copaxone. No obstante, en 2010, celebró un nuevo contrato de distribución del medicamento con la compañía rusa. Teva tuvo una ganancia total de US$204,167,303 dólares, resultado de los pagos corruptos en que incurrió en Rusia.

Ucrania

El esquema de sobornos en Ucrania involucró a un servidor público que ocupaba un alto cargo en el Ministerio de Salud. Este servidor público, quien tenía a su cargo el registro y aprobación de las medicinas para ser comercializadas y distribuidas en el sistema nacional de salud. El servidor público tenía la capacidad de usar su poder político para aprobar el registro de productos farmacéuticos.

Desde el año de 2001, Teva celebró un contrato de consultoría con el servidor público ucraniano, acordando realizar pagos mensuales y absorbiendo gastos por viajes, bonos y entregando objetos de valor. El objetivo de dichos pagos era lograr que el servidor público influyera en el gobierno ucraniano y se otorgaran los registros a los productos farmacéuticos de Teva. El monto de los sobornos ascendió a la cantidad de $200,000 dólares de los Estados Unidos de América.

México

Teva también fue acusada por la falta de implementación de controles adecuados en materia de contabilidad como manera de prevenir pagos corruptos. De acuerdo al DOJ, Teva conocía los riesgos de realizar negocios en países con alto índice de corrupción, como México, y no ejecutó planes de acción contra sobornos.

En México, Teva corrompió a médicos adscritos a instituciones de salud pertenecientes al sistema de gobierno federal. Durante los años de 2011 y 2012, Teva usó como intermediario a una empresa mexicana para realizar pagos a aquellos médicos que prescribieran Copaxone a sus pacientes. En total, Teva entregó $159, 000 dólares de los Estados Unidos de América, en efectivo, como sobornos a los médicos especialistas.

Al conocer las posibles consecuencias que enfrentaría Teva por los pagos corruptos en México, ejecutivos de Teva intentaron implementar políticas internas para prevenir la corrupción. Sin embargo, en diversos reportes el Oficial de Cumplimiento, a nivel regional, manifestó que "el programa de cumplimiento, la política local actual y los lineamientos de ventas y mercadeo no eran relevantes para Latinoamérica y, por lo tanto, debían ser ignorados".

> Con la colaboración de las autoridades estadounidenses, ucranianas y mexicanas, la SEC pudo determinar que derivado de los sobornos realizados, Teva obtuvo ganancias ilícitas por más de US$214 millones de dólares, aumentando su valor de mercado, logrando aprobaciones regulatorias y de fórmulas medicinales y consiguiendo decisiones favorables en compra de medicamentos y prescripciones por parte de los gobiernos involucrados.

d) Siemens

En diciembre de 2008, Siemens Aktiengesellschaft ("Siemens AG")[15] empresa alemana dedicada al desarrollo, construcción, venta de equipos y sistemas de telecomunicaciones se declaró culpable de violar las disposiciones de la FCPA al pagar "comisiones ilícitas" por el monto de US$1,400 millones de dólares en Asia, África, Europa, Medio Oriente y las Américas; falsificar sus libros y registros contables, y fallar en la implementación o eludir el cumplimiento de sus controles internos. Todos los actos contrarios al FCPA

propiciaron a que Siemens obtuviera contratos multimillonarios en distintas jurisdicciones.

Después de la Segunda Guerra Mundial, las sanciones monetarias impuestas a Alemania (país de origen de Siemens AG) provocaron el debilitamiento en la economía, como resultado, Siemens AG tuvo un debilitamiento en el desarrollo de sus relaciones comerciales. En este contexto, la compañía alemana buscó nuevos mercados donde exportar sus productos; Sudamérica, el Medio Oriente y África fueron los principales objetivos de negocio.

La legislación de Alemania no prohibía realizar pagos corruptos trasnacionales e inclusive permitía deducir de impuestos los sobornos por considerarlos dispendios necesarios para la realización de negocios. En 1999, Alemania tuvo que reformar su legislación interna para implementar la Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales.

En este contexto, Siemens AG y sus subsidiarias, Siemens Argentina, Siemens Turquía, Siemens Francia, Siemens Bangladesh, Siemens Venezuela, Osreim Middle East (subsidiaria en los Emiratos Árabes) y Gas Turbine Technologies utilizaban mecanismos similares para corromper a funcionarios públicos y obtener ventajas indebidas.

Los actos que Siemens AG y sus subsidiarias realizaban para violar las disposiciones contables del FCPA consistían en (i) pagos corruptos que no se registraban en los libros contables; (ii) celebrar "contratos de consultoría" sin justificación como medio para realizar pagos corruptos; (iii) contratar a sus propios ex empleados como "consultores", con el objeto de que sirvieran a la empresa como intermediarios para el pago de sobornos a funcionarios públicos; (iv) justificar con facturas falsas, los gastos erogados por sobornos; (v) falsificar los libros contables para registrar como legítimos los gastos en sobornos; (vi) registrar, en los libros contables, que las ganancias eran obligaciones pendientes de pago para, posteriormente, usarlas como pagos corruptos; (vii) falta de denuncia al tener conocimiento del incumplimiento con regulación aplicables, entre otros.

Adicionalmente, de 2001 a 2007 Siemens AG y sus subsidiarias pagaron un total de US$1,360 millones de dólares para obtener beneficios y ventajas comerciales indebidas. Los sobornos se realizaron a través de mecanismos que permitían pagos directos a consultores, quienes a su vez, los entregaban a los servidores públicos; cheques simples cobrados y depositados en cuentas bancarias de servidores públicos extranjeros; emisión de cheques al portador, entregados a intermediarios para su cobro; pagos directos a intermediarios; creación de un sistema confidencial de pagos; etc.

Petróleo por Alimentos

Después de la Guerra del Golfo, Irak fue sancionado con medidas económicas que le impedían exportar o celebrar acuerdos para comercializar petróleo. En 1995, con la adopción de la Resolución 986 del Consejo de Seguridad de la ONU, se autorizó a Irak para que comercializara petróleo con la condición de que las ganancias obtenidas se destinaran a la compra de productos para cubrir las necesidades básicas de su población (ayuda humanitaria). En este contexto, el programa Petróleo por Alimentos ("PPA") fue creado.

Los contratos para la exportación del petróleo que celebraran las autoridades de Irak y las empresas que suministrarían la ayuda humanitaria, así como cualquier pago en relación con el PPA debían de ser aprobados por un comité de la ONU, especialmente creado para ello.

En agosto del año 2000, el gobierno iraquí denunció que funcionarios públicos locales recibían pagos corruptos con el objeto de beneficiar a las empresas que suministraban la ayuda humanitaria en Irak, para la obtención de los contratos. Las empresas y los oficiales iraquíes incrementaban en un 10% el valor total del contrato, destinando ese monto al pago corrupto en favor del servidor público.

En este contexto, las investigaciones realizadas por las autoridades alemanas y estadounidenses determinaron que las subsidiarias de Siemens AG, Siemens Francia, Siemens Turquía, Osram Middle East y Gas Turbine Technologies obtuvieron 42 contratos relacionados con el programa PPA de la ONU, en virtud de pagos corruptos por la cantidad de US$1,736,076 dólares.

Conjuntamente con la sanción impuesta a Siemens AG y sus subsidiarias por el DOJ y la SEC, en EE.UU., Siemens fue sancionada en Alemania por la falta de supervisión en sus directores y empleados. Siemens AG acordó pagar la suma de aproximadamente US$1,600 millones de dólares por la comisión de actos de corrupción a las autoridades de EE.UU. y Alemania.

4. Cooperación internacional en el nuevo Sistema Nacional Anticorrupción

Desde el inicio de su mandato, el Presidente de México, Enrique Peña Nieto, declaró el combate a la corrupción, la rendición de cuentas y la transparencia como prioridades en la agenda del gobierno mexicano. Sin embargo, la discusión de la legislación para el combate a la corrupción fue relegada debido a otras reformas estructurales promovidas por la administración de Peña Nieto.

Después de varios escándalos por conflictos de intereses y hechos de corrupción –que supuestamente no fueron comprobados según las investigaciones oficiales del propio poder Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de la Función Pública y no fueron, en consecuencia, sancionados- en los que se vio envuelto el Presidente, en mayo de 2015 fueron publicadas, en el Diario Oficial de la Federación, las reformas Constitucionales en materia de anticorrupción. En ese contexto, se creó el SNA, instancia coordinadora entre las autoridades de todos los niveles de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos.

La sociedad civil organizada intervino como diseñador y creador de la legislación secundaria del SNA, resultando en la emisión de un “paquete legislativo” consistente en cuatro nuevos ordenamientos legales (Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, Ley General de Responsabilidades Administrativas, Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación) y la reforma a tres leyes pre existentes (Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y Código Penal Federal).

En el proceso de emisión de la legislación secundaria, el legislador federal consideró la relevancia de la cooperación internacional en el marco jurídico que integra el SNA y determinó la obligación de las autoridades integrantes del SNA para colaborar en las investigaciones relacionadas con cualquier falta administrativa o delito que se relacione con hechos de corrupción por parte de servidores públicos y/o particulares.[16]

Diversas disposiciones comprendidas en la legislación del SNA que establecen a las autoridades su participación internacional en la lucha contra la corrupción; algunos ejemplos:

- La Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción[17] otorga facultades al Comité Coordinador del SNA para "participar, conforme a las leyes en la materia, en los mecanismos de cooperación internacional para el combate a la corrupción, a fin de conocer y compartir las mejores prácticas internacionales, para colaborar en el combate global del fenómeno; y, en su caso, compartir a la comunidad internacional las experiencias relativas a los mecanismos de evaluación de las políticas anticorrupción,"[18]
- La Ley General de Responsabilidades Administrativas[19] obliga a las autoridades investigadoras a "cooperar con las autoridades internacionales a fin de fortalecer los procedimientos de investigación, compartir las mejores prácticas internacionales, y combatir de manera efectiva la corrupción"[20]
- La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República[21] le otorga facultades a al Fiscal Anticorrupción para "instrumentar mecanismos de colaboración con otras autoridades para la elaboración de estrategias y programas tendientes a combatir los hechos que la ley considera como delitos en materia de corrupción."[22]

Conforme a tales disposiciones anteriores las autoridades mexicanas que conforman el SNA tienen la obligación de, y las facultades para, luchar contra la corrupción a nivel trasnacional, defendiendo los intereses de la comunidad internacional y buscando erradicar el lacerante fenómeno que perjudica a la población mexicana y al mundo entero.

En México, a pesar de los esfuerzos continuos de la sociedad civil organizada, se ha hecho notoria la falta de voluntad política de aquellos a quienes les corresponde realizar los nombramientos para el funcionamiento integral del SNA. Hasta julio de 2017, la omisión en la ratificación por el Senado de los Magistrados especializados en responsabilidades administrativas que integrarán el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y la falta de designación del Fiscal Anticorrupción,[23] demuestran el desinterés de la clase política gobernante para combatir localmente a la corrupción. Más aun, el que la clase política siga postergando la creación de la Fiscalía General de la República como organismo constitucionalmente autónomo (en oposición a la Procuraduría General de la República, órgano dependiente del poder ejecutivo Federal), denota claramente la superposición de los intereses partidistas sobre el interés general de los casi 120 millones de mexicanos a los que se supone que los políticos gobernantes sirven.

Hoy hay 16 gobernadores que enfrentan algún proceso por hechos de corrupción.[24] El Presidente Peña Nieto sostiene que la corrupción en México es un asunto cultural.[25] Los partidos políticos pareciera que intentan sabotear todo el SNA y omiten legislar sobre Fiscalía General de la República y pronunciarse respecto a la Fiscalía Anticorrupción y la designación de los Magistrados del Tribunal Federal de Justicia Administrativa. Una agenda política más preocupada por preservar y acaparar el poder que por implementar los elementos faltantes del SNA, tiene paralizada la consolidación y efectiva operación del SNA.

Ante esta frustrante situación, la pregunta obvia es la que presenta Luis Rubio, "¿[c]ómo se combate esto [la corrupción]? Hay dos formas: una se deriva de la creencia en que la autoridad actuará ante cualquier caso de corrupción, o sea el miedo a que se descubra el presunto o potencial delito. La otra tiene que ver con los incentivos que envuelven al funcionario (o equivalente en el sector privado): en ausencia de rendición de cuentas, la corrupción es una forma eficiente y barata de evitar conflictos. Sin embargo, cuando hay rendición de cuentas efectiva, nadie se atrevería a incurrir en casos de corrupción. Los incentivos y la amenaza de la autoridad constituyen los dos factores que hacen posible, o imposible, la corrupción."[26]

El SNA aborda de frente estos dos factores: (i) con la generación de una instancia de coordinación entre diferentes agencias de gobierno y el Comité de Participación Ciudadana pretende enviar un mensaje de que la impunidad disminuirá—apela a la creencia de que, ahora sí, las autoridades sancionarán la corrupción y (ii) de la mano del Sistema Nacional de Transparencia y el Sistema Nacional de Fiscalización, pretende inhibir, con una mayor transparencia y rendición de cuentas, la inercia de corrupción que caracterizó al sistema post-revolucionario de compadrazgos y amiguismos que aún impera en México.

Desde un punto de vista pragmático, la corrupción ha sido el mayor demérito de la popularidad de los partidos político. Tal vez el partido político que más ha sufrido descrédito y pérdidas en las urnas en años recientes ha sido el PRI. Pensando en su deseo de poder, quienes se perfilan como candidatos a la presidencia para las elecciones de mediados de 2018, así como sus partidos, actuarían contra sus propios intereses al no asumir como prioridad la implementación de los principales pendientes del SNA. En este contexto, en mi opinión, lo racional sería que el gobierno del saliente Presidente Peña Nieto reconociera la oleada anticorrupción que impera en Latinoamérica[27] y que enfocara el remanente de su capital político (no obstante su paupérrima popularidad)[28] a urgir al Congreso a legislar y resolver nominaciones respecto a los principales factores pendientes para que la implementación (cuando menos estructural) del SNA quede concluida: transición de PGR a Fiscalía General de la República; designación de Fiscal Anticorrupción y designación de Magistrados especializados en responsabilidades administrativas.

Mientras tanto, como bien señala Sergio Aguayo "[l]a guerra contra la corrupción seguirá. Acompañemos a los ciudadanos y organizaciones que desde del SNA están buscando cómo frenar y desenmascarar a los corruptos que, enquistados en el poder, pregonan como chachalacas su falso compromiso con la honestidad."[29]

BIBLIOGRAFÍA

1 María Amparo Casar, Anatomía de la Corrupción, 2ª edición, corregida y aumentada, Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad, p. 11.

2 Convención de la OCDE para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, consultada en https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf, en junio de 2017; Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, consultada en https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf, en junio de 2017; y Convención Interamericana contra la Corrupción, consultada en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp, en junio de 2017.

3 Trump Told Russians That Firing 'Nut Job' Comey Eased Pressure From Investigation, en NY Times, del 19 de mayo de 2017. Consultado en https://www.nytimes.com/2017/05/19/us/politics/trump-russia-comey.html, en mayo de 2017.

4 En el 2017, México ocupa el lugar 123 de 176 países. Asimismo, México tiene un puntaje de 30 sobre 100, donde 100 representa al país menos corrupto. Corruption Perceptions Index by Transparency International, consultado en https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016, en mayo de 2017.

5 Luis Rubio, Corrupción ¿Evidenciarla o combatirla?, extracto del libro Un Mundo de Oportunidades, Wilson Center Mexico Institute, consultado http://luisrubio.mx/wp/?p=5557 en julio 2017.

6 The Foreign Corrupt Practices Act, consultado en https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf, en mayo de 2017.

7 A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act, By the Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities 7nd Exchange Commission, 2012, p. 3 ("Congress enacted the FCPA in 1977 after revelations of widespread global corruption in the wake of the Watergate political scandal. SEC discovered that more than 400 U.S. companies had paid hundreds of millions of dollars in bribes to foreign government officials to secure business overseas. SEC reported that companies were using secret "slush funds" to make illegal campaign contributions in the United States and corrupt payments to foreign officials abroad and were falsifying their corporate financial records to conceal the payments." [citas omitidas]) Consultado en https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf, en mayo de 2017.

8 Information. United States of America v. Odebrecht S.A., Cr. No. 16-643 (E.D.N.Y. Dec. 21, 2016). Consultado en https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/920096/download, en mayo de 2017. Plea Agreement. Information. United States of America v. Odebrecht S.A., Cr. No. 16-643 (E.D.N.Y. Dec. 21, 2016). Consultado en https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/920101/download, en mayo de 2017.

9 Press Release. United States of America v. Odebrecht S.A., Cr. No. 16-643 (E.D.N.Y. Dec. 21, 2016). Consultado en https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve, en mayo de 2017.

10 Petição 6.655 DISTRITO FEDERAL, Relator min. Edson Fachin. Consultado en http://revistafortuna.com.mx/inicio/wp-content/uploads/2017/05/Relatoria.pdf, en mayo de 2016.

11 Pide Odebrecht pactar a la PGR, consultado en http://www.reforma.com/aplicaciones/articulo/default.aspx?id=1116348, en mayo de 2017.

12 Inicia la SFP procedimientos administrativos en contra de empresas filiales de Odebrecht y de sus representantes legales, consultado en http://www.gob.mx/sfp/prensa/inicia-la-sfp-procedimientos-administrativos-en-contra-de-empresas-filiales-de-odebrecht-y-de-sus-representantes-legales-111578?idiom=es, en junio de 2017.

13 Deferred Prosecution Agreement. United States of America v. Total, S.A., Criminal. No. 1:13 CR239. (L.A.R. May 23, 2013). Consultado en https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2013/06/12/2013-05-29-total-dpa-filed.pdf, en mayo de 2017.

14 Deferred Prosecution Agreement. United States of America v. Teva Pharmaceutical Industries LTD. Cr. No. 16-20968 (S.A. Fla. L.R. Dec. 22, 2016). Consultado en https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/920436/download, en mayo de 2017.

15 Plea Agreement. United States of America v. Siemens Aktiengesellschaft, Cr. 08-367- BIL (D.D.C. Dec. 15, 2008). Consultado en https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2013/05/02/12-15-08siemensakt-plea.pdf, en mayo de 2017.

16 Exposición de motivos de la Reforma constitucional de mayo de 2015. Consultado en http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?/

17 Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción. Consultada en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNA.pdf, en mayo de 2017.

18 Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, Artículo 9, fracción XVII.

19 Ley General de Responsabilidades Administrativas. Consultada en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGRA.pdf, en mayo de 2017.

20 Ley General de Responsabilidades Administrativas, artículo 90.

21 Ley Orgánica de Procuraduría General de la República. Consultada en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOPGR_180716.pdf, en mayo de 2017.

22 Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, artículo 10 TER, fracción X.

23 Columna Templo Mayor de Reforma, de 13 de julio de 2017. ("QUÉ EXHIBIDA le pusieron a los senadores los integrantes del Comité de Acompañamiento Ciudadano que decidieron renunciar en protesta por la falta de compromiso de los legisladores para sacar adelante el Sistema Nacional Anticorrupción. SI ALGO quedó claro en la carta de estos siete expertos, es que en el Senado no hay el menor interés en contar con un Fiscal Anticorrupción. Y los que no quieren tienen nombre y apellido: son Emilio Gamboa, Fernando Herrera, Carlos Puente y Pablo Escudero. (…)"). Consultada en http://www.reforma.com/aplicaciones/editoriales/editorial.aspx?id=116265 en julio de 2017

24 http://www.milenio.com/firmas/joaquin_lopez-doriga/gobernadores-presos-procesados-profugos_18_941485884.html, consultado en julio de 2017.

25 http://www.animalpolitico.com/2014/09/la-corrupcion-es-un-asunto-cultural-pena-nieto/, consultado en julio de 2017.

26 Luis Rubio, Un Mundo de Oportunidades, Wilson Center Mexico Institute, p. 121; consultado en https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/un_mundo_de_oportunidades.pdf, en julio de 2017

27 Insiste Lula en candidatura tras condena, consultado en http://www.reforma.com/aplicaciones/articulo/default.aspx?id=1161247&v=3 en julio de 2017. (Ex Presidente de Brasil, Lula, condenado a 9 años de prisión por corrupción y lavado de dinero y aun así anuncia que buscará presidencia nuevamente.)

28 Reportaje de Expansión reporta aprobación de Peña Nieto a marzo de 2017 de 15%. Consultado en http://expansion.mx/nacional/2017/03/29/la-popularidad-de-pena-nieto-va-a-la-baja-segun-una-encuesta en julio de 2017.

29 Publicado por Sergio Aguayo en Reforma el 12 de julio de 2017; consultado en http://www.reforma.com/aplicaciones/editoriales/editorial.aspx?id=116200 en julio de 2017.

Sobre la International Chamber of Commerce (ICC)

La ICC es la organización mundial de las empresas cuya misión es fomentar la apertura del comercio y la inversión internacional, así como ayudar a las empresas a enfrentarse a los retos y las oportunidades que surgen con la globalización.

Con intereses que abarcan todos los sectores de la empresa privada, la red global de la ICC comprende más de 6 millones empresas, cámaras de comercio y asociaciones empresariales en más de 130 países. Los comités nacionales trabajan con las empresas miembro de la ICC en sus propios países para abordar sus preocupaciones e intereses, y haciéndoles llegar a sus respectivos gobiernos las posturas empresariales.

La ICC transmite sus prioridades a través de una estrecha colaboración con las Naciones Unidas, la Organización Mundial del Comercio, el G-20 y otros foros intergubernamentales.

Cerca de 3,000 expertos procedentes de las empresas miembros de la ICC alimentan con su conocimiento y experiencia los puntos de vista de la ICC sobre cuestiones específicas que afectan directamente a la actividad empresarial.

www.iccwbo.org

International Chamber of Commerce México (ICC México)

El Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio (ICC México), fue fundado en el año de 1945, como organismo de afiliación voluntaria, destinado a vincular a las empresas establecidas en México, con el objetivo de promover el cabal establecimiento de una economía global de mercado con responsabilidad social, ética y ecológica, y auspiciar una mayor certidumbre para las operaciones empresariales, con la firme convicción de que el intercambio comercial promueve la prosperidad y la paz entre las naciones.

www.iccmex.mx