




Castillo, Víctor
“Anticorrupción y la incorporación del
Capítulo 27 al Tratado México, Estados Unidos
y Canadá (T-MEC): ¿Es suficiente?”
En las Fronteras del Derecho 1.2871 (2022)
ISSN: 2735-7236
Este trabajo se publica bajo licencia  4.0
Sección: Notas y ensayos
Fecha de recepción: 09-12-2021
Fecha de aceptación: 23-12-2021

Anticorrupción y la incorporación del Capítulo 27 al Tratado México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC): ¿Es suficiente?

USMCA Chapter 27 on Anticorruption: Is it enough?

Víctor Castillo

Resumen

El presente artículo tiene por objeto tratar sobre la incorporación del capítulo 27 en el acuerdo T-MEC, titulado “Anticorrupción”, y valorar si representa un impacto real en el combate con dichas prácticas. El capítulo 27 viene a confirmar la tendencia que se ha ido desarrollando en torno a una efectiva implementación de políticas de anticorrupción entre sus Estados partes mediante este tipo de acuerdos. Esa tendencia ha sido fruto de una evolución cultural y política relevante que permite evidenciar la voluntad de un trabajo efectivo y eficiente para un sano comercio internacional, lo que en nuestra opinión representa un impacto real en el combate con dichas prácticas. Sin perjuicio de lo anterior, también es posible concluir que, a pesar de existir un fuerte mensaje y la manifestación de una clara intención en la implementación de estas medidas, existen vacíos que dicen relación principalmente con la falta de regulación en el sometimiento de estas materias a procedimientos arbitrales y a la falta de medidas administrativas que, en la práctica, permitan una adecuada incorporación. Eso debiese ser el foco y objetivo de futuras negociaciones.

Palabras clave: Corrupción; Anticorrupción; Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC)

Abstract

The purpose of this article is to discuss USMCA Chapter 27 on “Anticorruption”, and to assess whether it represents a real impact in the fight against such practices. Chapter 27 confirms the trend that has been developing towards an effective implementation of anticorruption policies among its State parties through this type of agreement. This trend has been the result of a relevant cultural and political evolution that shows the willingness to work effectively and efficiently for a healthy international trade, which in our opinion represents a real impact in the fight against such practices. Notwithstanding the above, it is also possible to conclude that, despite the existence of a strong message and the manifestation of a clear intention in the implementation of these measures, there are gaps that are mainly related to the lack of regulation in the submission of these matters to arbitration procedures and the lack of administrative measures that, in practice, allow an adequate incorporation. This should be the focus and objective of future negotiations.

Keywords: Corruption; Anticorruption; United States-Canada-Mexico Agreement (USMCA)

1. Introducción

Transparency International define a la corrupción como el “abuso de poder confiado para beneficio privado” (Transparency International). La OECD por su parte que la corrupción ha generado “uno de los mayores obstáculos para el desarrollo económico, político y social de los países desarrollados y de los países en desarrollo” (CleanGovBiz Initiative).

El 1 de julio del año 2020, oficialmente el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) vino a reemplazar el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA, por su sigla en inglés), para efectos de fijar las nuevas relaciones entre los países contratantes.

Mediante la inserción de un capítulo 27, relativo a materias de anticorrupción, se busca dar una base respecto a la cual dichos países aúnen el mayor de sus esfuerzos en el combate contra estas prácticas. Define esta conducta, en su artículo 27.1, como el “actuar o abstenerse de actuar en relación con el desempeño de las funciones oficiales, incluyendo cualquier uso del cargo del funcionario público, se encuentre o no dentro de la competencia autorizada del funcionario”.

Establece también materias relativas al ámbito de aplicación, las medidas para combatir la corrupción, la promoción de la integridad entre los funcionarios públicos, la participación del sector privado y la sociedad, la aplicación y la observancia de leyes contra la corrupción, la relación con otros acuerdos, la solución de controversias y, finalmente, la cooperación.

La incorporación de este capítulo ha sido un gran impulsor para los países signatarios en el compromiso al combate de este tipo de conductas; se puede evidenciar un avance en esta materia. Su implementación y su futura materialización dependerán en gran medida de los compromisos políticos conjuntos que sean necesarios para impulsarla.

Por lo anterior, este estudio pretende responder la interrogante de si la introducción del capítulo 27 al acuerdo T-MEC ha sido eficiente y útil, como instrumento emergente, en la regulación de la corrupción y en el compromiso de los países suscritos, para generar el impacto adecuado; a fin de que éstos y las empresas sometidas bajo este régimen puedan tomar acciones concretas para evitar este tipo de conductas o si, por el contrario, se hace necesario tomar otro tipo de medidas que complementen la inserción de dicha disposición.

2. El T-MEC y la anticorrupción

La necesidad de haber implementado un nuevo capítulo a este acuerdo atiende a un importante factor cultural que afecta a la región, particularmente a México. En ese sentido, las conductas constitutivas de actos de corrupción son más frecuentes de lo que se pudiera estimar y su extensión afecta e involucra de igual forma al comercio internacional (Husted). Así, estamos de acuerdo en que, si bien se trata de uno de los factores que influyen en las sociedades y en el libre comercio, la corrupción no es el único, pero sí uno determinante.

En relación con lo anterior, también es posible determinar que el factor cultural se encuentra en directa relación con un incremento en las conductas de corrupción que han afectado a estos países a lo largo del tiempo y que se han manifestado en las más variadas formas, como los sobornos o la malversación, entre otros, así como en la percepción que se tiene respecto a la corrupción. Esto afecta de sobremanera la confianza en los negocios internacionales y en las inversiones.

El sistema es principalmente vulnerable por el considerable incentivo económico que hay detrás de estas prácticas. Husted hace un acabado desarrollo sobre cómo la corrupción se desarrolla a lo largo de Latinoamérica, en sus diversas variables, y es adecuado en su análisis respecto a las implicaciones que existen en cuanto a la efectividad de las convenciones sobre anticorrupción existentes.

Sin embargo, si bien el capítulo 27 establece una serie de medidas que los miembros deberán implementar, consideramos que no es claro en la adopción de qué medidas administrativas, en la práctica, permiten establecer su debida incorporación, ni tampoco vemos de qué forma se puede dar una respuesta al respecto. No obstante lo anterior, nos parece interesante destacar el elemento cultural como un factor de relevancia en el desarrollo de este tipo de políticas. En este sentido, la distinción realizada entre países con dimensión masculinidad – feminidad (según la medida en que una cultura valora los logros y la asertividad sobre la preocupación por las relaciones y la cooperación, como expresa Hofstede¹) evidencia que, más que enfocar los esfuerzos en desarrollar reglas claras con sanciones duras (lo que no es menos importante), es determinante tomar en consideración la forma de comportamiento de las diversas sociedades. Por ende, si sólo existe un enfoque desde la perspecti-

¹Geert Hofstede: “Cultures and Organizations: Software of the Mind”, McGraw Hill, Nueva York, 1997. Citado en Husted (2002), pág. 418.

va de imponer multas y sanciones económicas para un país con dimensión masculina, probablemente tendrá mayores posibilidades de impactar en una sociedad donde el éxito material y el dinero tengan mayor importancia. Por el contrario, si la misma política se intenta incorporar en países con dimensión femenina, ello no impactará de la misma manera, dado que lo relevante para estas sociedades tienden a ser las relaciones entre individuos. Frente a esto, medidas como una pena de cárcel efectiva tendrían un impacto mucho mayor. Lo anterior no implica que uno sea excluyente de otro, pero sí ayuda a establecer un mejor enfoque.

Sin perjuicio de lo anterior, para la lucha contra prácticas de anticorrupción, la cooperación internacional adquiere una rotunda importancia en el éxito individual y colectivo de los países contratantes (Chijioko-Oforji); esto no sólo para mejorar sus economías, sino también para recibir un apoyo constante que permita intercambiar experiencias y recursos. Por ejemplo, México podría verse mayormente beneficiado, ya que se podría inferir que sus recursos y su capacidad técnica y logística son menores en comparación a sus socios en el T-MEC.

Chijioko-Oforji destaca que efectivamente la incorporación del capítulo 27 reafirma la tendencia en establecer, mediante este tipo de acuerdos, mecanismos que permitan enfrentar los más diversos actos de corrupción. Pero esto en sí mismo no es suficiente. Además, existen otros mecanismos de control en contra de conductas constitutivas de corrupción.

Son necesarios otros acuerdos que complementen dicho capítulo. Ejemplos de aquellos pueden ser los que señala el propio capítulo 27, como la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, entre otros. Compartimos la observación de Chijioko-Oforji en el sentido de que la política que se intenta implementar sólo atendería a funcionarios públicos. Frente a ello, consideramos que esto debería ser extensivo para instituciones privadas y no sólo públicas, como inicialmente se sugiere.

Sin embargo, es importante destacar que todos estos esfuerzos y compromisos sólo podrían quedar como una declaración de buenas intenciones si no hay forma de exigir de manera real su cumplimiento frente a países con estándares bajos o limitados de fiscalización. En este sentido, compartimos la visión de Chijioko-Oforji, respecto a establecer la incorporación del arbitraje como un

mecanismo de ejecución del cumplimiento de los compromisos adquiridos. De todas formas, para los países miembros del T-MEC, sin duda que la discusión para alcanzar este acuerdo no fue para nada fácil, por lo que no hay que restar méritos a los avances hasta ahora alcanzados.

El establecimiento de medidas de anticorrupción en los acuerdos internacionales viene nuevamente en reafirmar la efectividad de dictar estas medidas, mediante una adecuada responsabilidad social corporativa (Yan). El capítulo 27 no es una innovación en la materia, sino que es una materialización de un compromiso político, como uno más de un sinnúmero de instrumentos multilaterales que recogen este asunto y que justamente dan origen a la creación de diversas medidas.

Sin embargo, Yan plantea ciertas falencias. Entre ellas, figuran como relevantes dos situaciones: en primer lugar, las disposiciones anticorrupción basadas en la responsabilidad social de las empresas son normas de derecho indicativo, que dan lugar a obligaciones o efectos limitados; y, en segundo lugar, las disposiciones anticorrupción “exentas” en realidad favorecen los intereses de los Estados, porque evalúan únicamente la conducta de los inversores sin tener en cuenta el acto de corrupción de un Estado. Asimismo, Yan alienta a que los inversionistas den el paso en el sentido de someterse a un grado más profundo de obligatoriedad en el cumplimiento de estas medidas. De todas maneras, entrega una solución bastante interesante respecto a la situación del arbitraje, en el entendido de permitir que a los inversionistas se les excluya de cualquier tipo de reclamación cuando se pueda acreditar que ha sido basada en actitudes fraudulentas contrarias a la ley del Estado anfitrión o en contravención con los acuerdos suscritos por ambas partes.

3. Conclusión

Podemos concluir que el capítulo 27 del T-MEC confirma una tendencia respecto a la implementación de políticas de anticorrupción entre sus países miembros, por intermedio de estos acuerdos. Esto ha sido fruto de una evolución cultural y política relevante, que permite evidenciar la voluntad de un trabajo efectivo y eficiente para un sano comercio internacional, lo que, en nuestra opinión, representa un impacto real en el combate contra dichas prácticas.

Asimismo, también es posible colegir que para el éxito de los propósitos y compromisos adquiridos en el T-MEC y para la proyección en un futuro

próximo, son fundamentales la cooperación internacional, la ayuda mutua entre los países miembros, una adecuada asistencia, la retroalimentación de experiencias y los recursos. Esto es válido sobre todo en países con desventajas.

Por otro lado, es plausible concluir que, sin perjuicio de que la inserción del capítulo 27 transmite un fuerte mensaje y la manifestación de una clara intención en la implementación de estas medidas, existen vacíos que eventualmente limitarían a otros mecanismos que pudieran ser efectivos contra la lucha de conductas de anticorrupción. Nos referimos principalmente a aquellas que dicen relación con la falta de regulación en el sometimiento de estas materias en contra de entidades privadas, así como en el caso de las medidas administrativas. Otro vacío se refiere a la falta de la regulación en torno a procedimientos arbitrales, que deberían ser los focos en futuras negociaciones.

De todas maneras, no es menos cierto que lo destacable en el acuerdo del caso en estudio radica en el hecho de no solo criminalizar estas conductas, sino que también impone una obligación de prevención. Esto evidencia, nuevamente, la tendencia de recoger en estos instrumentos una política comercial concreta.

Finalmente, y centrando la discusión de la efectividad del capítulo 27 para los efectos de dar respuesta a la interrogante planteada, podemos concluir que su introducción sí ha sido eficiente y útil, como instrumento emergente, en la regulación de la corrupción transnacional y en el compromiso de los países suscritos para generar el impacto adecuado. Sin embargo, su incorporación en sí misma no es suficiente por los vacíos que deja y por la falta de regulación en materias de relevancia, como el arbitraje.

Agradecimientos

Deseo agradecer al Profesor Dr. Jaime Tijmes por su interés en mi trabajo y por animarme a participar de esta oportunidad. De igual manera deseo

agradecer a todas las personas que forman parte activa en esta revista y que con su trabajo y dedicación hacen posible esta publicación.

Acerca del autor

Victor Castillo. Magíster en Derecho Internacional Inversiones, Comercio y Arbitraje. Universidad de Chile y Universidad de Heidelberg.

✉ vcastilloguerrero@outlook.com

🆔 0000-0003-0678-1402

Bibliografía

Chijioko-Oforji, Chijioko. «Regulating Corruption Through Free Trade Agreements: An Analysis of the NAFTA 2.0 Anti-corruption Provisions.» (2019). <http://researchonline.ljmu.ac.uk/id/eprint/11314/10/Regulating%20Corruption%20Through%20Free%20Trade%20Agreements%20An%20Analysis%20of%20the%20NAFTA%202.0%20Anti-corruption%20Provisions.pdf>.

CleanGovBiz Initiative. «The rationale for fighting corruption.» 2014. <https://maritimecyprus.files.wordpress.com/2017/09/oecd.pdf>.

Husted, Bryan W. «Culture and international anti-corruption agreements in Latin America.» *Journal of Business Ethics* 37 (2002): 413-422. <https://doi.org/10.1023/A:1015248921716>.

Transparency International. *What is corruption?* 13 de Mayo de 2020. <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption>.

Yan, Yueming. «Anti-Corruption Provisions in International Investment Agreements: Investor Obligations, Sustainability Considerations, and Symmetric Balance.» *Journal of International Economic Law* 23.4 (2020): 989-1013. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgaa026>.