



Ius Comitiālis

ISSN: 2594-1356

iuscomitalis@uaemex.mx

Universidad Autónoma del Estado de México
México

Pérez Saldaña, Juan Manuel
Los pagos de facilitación (Facilitation payments) en el T-MEC
Ius Comitiālis, vol. 4, núm. 8, 2021, Julio-Diciembre, pp. 88-105
Universidad Autónoma del Estado de México
México

- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org



Los pagos de facilitación (facilitating payments) en el T-MEC

Facilitating payments in the USMCA

JUAN MANUEL PÉREZ SALDAÑA¹

 *Ius Comitiālis* / Año 4, Número 8 / julio - diciembre 2021 / pp. 88-105 / ISSN: 2594-1356

Recepción: 8 de marzo de 2021 / Aceptación: 4 de septiembre de 2021

Resumen: Por primera ocasión en un tratado comercial (T-MEC), México, Estados Unidos y Canadá reconocen los efectos negativos de los delitos de corrupción en el comercio y la inversión, por lo que se comprometieron a tipificar como delito al cohecho, en sus respectivas leyes, y a promover la ética, los alertadores, las buenas prácticas contables, etc., con la participación del sector público, privado y de la sociedad. De igual manera, acordaron desalentar los denominados “pagos de facilitación” a funcionarios públicos, conforme a su derecho interno. En virtud de que los casos de relevancia que se han presentado sobre “pagos de facilitación” involucran a empresas de Estados Unidos y a funcionarios de México, en este trabajo solo se analizarán los pagos de facilitación en estos dos países, así como sus repercusiones en el comercio, inversión y combate a la corrupción.

Palabras clave: Corrupción, cohecho, pagos de facilitación, delitos.

Abstract: For the first time in a trade agreement (USMCA), Mexico, the United States and Canada recognize the negative effects of corruption crimes on trade and investment, and therefore agreed to criminalize bribery in their respective laws, and to promote ethics, whistleblowers, good accounting practices, etc., with the participation of the public and private sectors and society. They also agreed to discourage so-called “facilitation payments” to public officials, in accordance with their domestic laws. Since the relevant cases that have been presented on “facilitation payments” involve U.S. companies and Mexican officials, this paper will only analyze facilitation payments in these two countries, as well as their repercussions on trade, investment, and the fight against corruption.

Key words: Corruption, bribery, facilitating payments, crimes.

 <https://orcid.org/0000-0003-0345-2072>. / Correo electrónico: juansaldanaperez@hotmail.com

¹ Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México. Ciudad de México.



INTRODUCCIÓN

Paralelo al incremento significativo del intercambio comercial y del flujo de inversiones a nivel mundial, resultado de la globalización de los últimos años, y particularmente en la Zona de Libre Comercio de América del Norte creada en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y preservada mediante el Tratado Comercial Estados Unidos, México y Canadá (T-MEC), se han desarrollado complejas y poderosas redes de corrupción (organizada) que involucran jurisdicciones de diferentes países. Por lo anterior, cobra gran relevancia que, por primera ocasión en un “tratado comercial”, Estados Unidos, México y Canadá se comprometan a prevenir y combatir, conjunta y coordinadamente, la corrupción en el comercio y la inversión internacionales. Entre muchas otras cosas, los tres países convinieron en desalentar los denominados “pagos de facilitación”, conforme a sus respectivas legislaciones. Los casos de corrupción más relevantes relacionados con los “pagos de facilitación” que se conocen, involucran a empresas de Estados Unidos y a funcionarios públicos de México, motivo por el cual en este trabajo únicamente se analizará la legislación estadounidense y mexicana, no la canadiense.

Es abundante la bibliografía sobre el tema de la corrupción en México; sin embargo, es prácticamente inexistente la literatura mexicana sobre “pagos de facilitación”, esto probablemente se debe a que esta figura (pagos de facilitación) se incluye por primera ocasión en el sistema jurídico mexicano a través de un tratado internacional (T-MEC), en donde ni siquiera se señala su significado ni alcance. Actualmente los tres países están en diferentes niveles de valoración en el combate a la corrupción, particularmente en la aplicación de sus leyes sobre la materia. México se encuentra en el nivel más bajo, en tanto que Estados Unidos en el más alto y Canadá en el medio.

En el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) de Transparencia Internacional 2020, de 180 países, Dinamarca y Nueva Zelanda se ubican en la posición 1 (88 puntos), Finlandia, Singapur, Suecia y Suiza en la posición 2 (85 puntos), en tanto que Sudán del Sur y Somalia se encuentran en la posición 179 (12 puntos). México mejoró su calificación dos puntos respecto a 2019, al pasar de 29 a 31 puntos; sin embargo, no recupera aún su mejor evaluación de 35 puntos en 2014. En términos relativos, México mejoró, escaló seis lugares, pasando del 130 (2019) al 124 (2020), ubicándose junto a Bolivia, Kenia, Kirguistán y Pakistán. Sin embargo, es el peor evaluado entre los integrantes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), al ubicarse en la posición 37 de 37 países que la integran.² México tiene una

² El IPC de Transparencia Internacional es el más acreditado a nivel mundial en medición de percepción de la corrupción, registra la opinión de analistas, personas expertas y mujeres y hombres de negocios de diversos países sobre la situación que guarda la corrupción en cada uno de los países evaluados. El IPC 2020 pone especial énfasis en la corrupción a partir de la emergencia sanitaria por COVID-19 (Transparencia Mexicana, 2021).

larga historia de prometedoras campañas contra la corrupción, pero con resultados muy limitados. No hay duda de que las reformas anticorrupción del 2015 y 2016 representan un avance sin precedentes en la historia de nuestro país.

En efecto, el 27 de mayo de 2015 se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) la reforma constitucional que creó el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) como una instancia de coordinación entre autoridades de todos los órdenes de gobierno y la participación de la ciudadanía. A efecto de implementar esta reforma constitucional, el 18 de junio de 2016, se publicaron en el DOF cuatro nuevas leyes y modificaciones a otras ya existentes: Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, Ley General de Responsabilidades Administrativas, Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa y Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas. Dichas leyes modificaron, a su vez, las siguientes: Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Código Penal Federal y Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (Blumenkron Escobar, 2019).

Después de varios meses de difíciles negociaciones, finalmente el 1 de julio de 2020 entró en vigor el T-MEC (Diario Oficial de la Federación, 29 de junio 2020), el cual sustituye al TLCAN de 1994. A diferencia del TLCAN, el T-MEC destina todo el Capítulo 27 al combate a la corrupción,³ convirtiéndose en el segundo tratado comercial suscrito por México que establece reglas para la consecución de dicho fin, siendo el primero el Tratado Integral y Progresista de la Asociación Transpacífico (TIPAT) suscrito el mes de marzo del 2018 (Diario Oficial de la Federación, 2018), que incluyó todo un Capítulo sobre Transparencia y Anticorrupción. Son 11 los países miembros del TIPAT: Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam. Los miembros del TIPAT, en materia de transparencia, entre otros compromisos, se obligan a publicar anticipadamente sus leyes, regulaciones, procedimientos y resoluciones administrativas de aplicación general, relativas a cualquier asunto cubierto en el referido tratado comercial, dar a las personas interesadas la oportunidad de formular comentarios sobre las mismas y, en su caso, publicar y difundir ampliamente la regulación, incluida una explicación de su propósito (TIPAT, Capítulo 26.4, 2018).

En virtud de que el T-MEC no proporciona una definición de corrupción, para mejor comprensión del tema en estudio, se puede definir como la acción y efecto de dar o recibir algo de valor para que alguien haga o deje de hacer algo, burlando una regla formal o implícita acerca de lo que debe hacer o dejar de hacer en beneficio del que da ese algo de valor, o de un tercero, tanto en el sector público como en el privado (Argandoña, 2004). Para mayor entendimiento, la corrupción consiste en “el mal uso del poder confiado (sea en el sector público o en el privado) para beneficio privado, no necesariamente personal de la persona que usa mal el poder, sino incluyendo también a los miembros de la familia y amigos” (Pope, 2000).

En el T-MEC, Estados Unidos, México y Canadá (las Partes) asumieron, en términos generales, el compromiso de promover la transparencia, el buen gobierno, el

³ Es importante mencionar que el Capítulo 13 del T-MEC sobre Contratación Pública se relaciona directamente con el Combate a la Corrupción.

estado de derecho, eliminar el cohecho, la corrupción, y facilitar el comercio internacional, la inversión y el crecimiento económico. Lo anterior mediante las siguientes acciones: cooperación internacional, aplicación y observancia de leyes anticorrupción más estrictas que tipifiquen como delito las conductas que afecten el comercio o las inversiones internacionales, promover la integridad, honestidad y responsabilidad de los servidores públicos, la participación del sector privado y la sociedad, y la solución de diferencias.

Es importante destacar que los tres países reconocen que la corrupción se presenta tanto en el sector público como en el privado, por lo que su combate debe ser integral; esto es, abarcar los sectores público, privado y social, ya que cada uno tiene responsabilidades complementarias respecto a este flagelo. Particularmente en México, la corrupción ha propiciado endeudamiento para los Estados y municipios, concesiones pactadas, un sistema de aduanas ineficiente, leyes flexibles y débiles lo que ha deteriorado la figura del Estado de Derecho (García Atrá, 2019). Tanto en el T-MEC como en el TIPAT, las Partes confirman su adhesión a la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, hecha en París, Francia, el 17 de diciembre de 1997, con su Anexo (Convención de la OCDE) a la Convención Interamericana contra la Corrupción, hecha en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996 (CICC), y a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, creada en Nueva York, Estados Unidos, el 31 de octubre de 2003 (CNUCC), reiterando su apoyo a los principios contenidos en los documentos elaborados por el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) y a los foros anticorrupción del Grupo de los Veinte (G-20) para prevenir y combatir la corrupción.⁴

Sin embargo, ambos tratados comerciales omitieron reiterar el compromiso de las partes a observar los principios y recomendaciones para el combate a la corrupción en las aduanas, previstos en la Declaración del Consejo de Cooperación Aduanera Concerniente al Buen Gobierno y a la Ética en las Aduanas, Declaración de Arusha (Organización Mundial de Comercio, 7 de junio de 1993), revisada en 2003, donde se establece que la “ética” debe ser el principio rector para el buen funcionamiento de las aduanas, a efecto de alcanzar un mayor intercambio comercial a nivel mundial y un incremento en la recaudación de ingresos, protección de la comunidad, facilitación del comercio y seguridad nacional. La Declaración de Arusha establece los siguientes principios básicos para fortalecer la ética en las aduanas:

- Liderazgo y compromiso,
- Marco regulatorio,
- Transparencia,
- Automatización,
- Reforma y modernización,

⁴ Se Incluyen los Principios de Alto Nivel del G20 sobre la Organización contra la Corrupción; Principios de Alto Nivel del G20 sobre Corrupción y Crecimiento; Principios Rectores del G20 sobre la Aplicación de Delitos de Cohecho Transnacional (2013); Principios Rectores del G20 para Combatir la Solicitud de Sobornos; Principios de Alto Nivel sobre la Responsabilidad de Personas Jurídicas por Corrupción del G20; Principios de Conducta para Funcionarios Públicos de APEC; y los Principios de APEC sobre Prevención de Cohecho y Aplicación de Leyes anti cohecho.

- Auditoría e investigación,
- Código de conducta,
- Gestión de Recursos Humanos,
- Moral y cultura organizacional,
- Relación con el sector privado.

Con el propósito de prevenir y combatir la corrupción que afecta el comercio y la inversión, en el Capítulo 27 del T-MEC, las Partes acordaron adoptar acciones de diferente naturaleza, en los ámbitos de los sectores público, privado y de la sociedad civil, tales como: medidas legislativas, protección de denunciantes, rechazo a los pagos de facilitación, contabilidad legal, educación y ética empresarial, coordinación, cooperación y solución de controversias, entre otras (Vallejo Montaña, 2019). El Capítulo anticorrupción del T-MEC, aunque insuficiente, es un paso más para alcanzar un combate efectivo a la corrupción, de forma que se incentive la recepción de inversión y un mayor intercambio comercial dentro y fuera de la zona de libre comercio de América del Norte.

MEDIDAS ANTICORRUPCIÓN

En el ámbito legislativo, las partes se comprometieron a adoptar o, en su caso, mantener las leyes que tipifiquen como delitos de corrupción el soborno, el cohecho y la desviación de recursos públicos. Lo anterior, en asuntos que afecten el comercio y la inversión internacionales, cuando se cometan “intencionalmente” por una persona sujeta a su jurisdicción, así como la ayuda, complicidad o conspiración para su comisión (Diario Oficial de la Federación, 2020). Es pertinente hacer notar que el T-MEC, el TIPAT, y otros tratados en materia anticorrupción, tales como la Convención de la OCDE, en su artículo 1, y la CNUCC, en sus artículos 15 y 16 (Organización de las Naciones Unidas, 2003), establecen que la conducta debe ser “deliberada o intencional” como requisito para configurar el tipo penal de los delitos de corrupción, de soborno y cohecho en las legislaciones de los Estados miembros. Esta condición no se requiere en la CCIC ni en el Código Penal Federal (Código Penal Federal, artículos 222 y 222 bis, 2020). En la Ley General de Responsabilidades Administrativas tampoco se requiere que la conducta sea “deliberada o intencional” para que se configure una “falta administrativa grave”.

Capítulo II

De las faltas administrativas graves de los Servidores Públicos

Artículo 51. Las conductas previstas en el presente Capítulo constituyen Faltas administrativas graves de los Servidores Públicos, por lo que deberán abstenerse de realizarlas, mediante cualquier acto u omisión.

Artículo 52. Incurrirá en cohecho el servidor público que exija, acepte, obtenga o pretenda obtener, por sí o a través de terceros, con motivo de sus funciones, cualquier beneficio no comprendido en su remuneración como servidor público, que podría consistir en dinero; valores; bienes muebles o

inmuebles, incluso mediante enajenación en precio notoriamente inferior al que se tenga en el mercado; donaciones; servicios; empleos y demás beneficios indebidos para sí o para su cónyuge, parientes consanguíneos, parientes civiles o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que el servidor público o las personas antes referidas formen parte (Ley General de Responsabilidades Administrativas, 2016).

Las Partes también se comprometieron a establecer la responsabilidad de las personas jurídicas (personas morales o empresas) por los referidos delitos de corrupción, su penalización y sanción en función de su gravedad, así como adoptar o mantener medidas para la protección de alertadores o informantes de los referidos delitos de corrupción. Sobre el particular, México, a través de la Secretaría de la Función Pública (SFP), estableció un sitio electrónico denominado Sistema de Ciudadanos Alertadores Internos y Externos de la Corrupción. Como se analizará enseguida, uno de los casos más polémicos, descubierto gracias a un *whistleblower* (denunciante interno) es el de Wal-Mart, al que se le acusó en el año 2006 de hacer pagos “para facilitar trámites por todo México”. Muchos de estos pagos pudieron escudarse bajo el término escurridizo y legal de “pagos para facilitar” (Rogozinski, J., 2018).

PAGOS DE FACILITACIÓN

Las Partes del T-MEC asumieron los siguientes compromisos en materia de pagos de facilitación, por un lado, se comprometieron a “alentar” a las empresas a prohibir la realización de estos pagos y, por otro, a “concientizar” a sus funcionarios públicos sobre sus leyes relacionadas al cohecho. Por lo anterior, en este artículo se analizan los denominados pagos de facilitación, su definición, origen, significado y alcance, su regulación en el derecho norteamericano y en el mexicano, los compromisos asumidos en el T-MEC sobre estos pagos y las implicaciones jurídicas en México, principalmente. Es preciso mencionar que el estudio de los “pagos de facilitación” se centra en el ámbito de varias ramas del derecho como el internacional, el mercantil y el penal, entre otras.

En el Artículo 27.1 del T-MEC se definen diversos conceptos, tales como, actuar o abstenerse de actuar en relación con el desempeño de las funciones oficiales, funcionario público y funcionario público extranjero; sin embargo, llama la atención que en ninguna parte del tratado encontramos una definición de “pagos de facilitación”, figura que tampoco se encuentra regulada como tal en la legislación mexicana, donde ni siquiera se menciona. Los pagos de facilitación (*facilitating payments, grease payments o expedition payments*) son una figura acuñada en el derecho norteamericano y de otros países. Según Argondoña, son:

Una forma pequeña de corrupción. Podemos definirlos como la acción y efecto de dar y recibir algo de reducido valor para que un funcionario o em-

pleado haga o deje de hacer algo, o lo haga con mayor o menor rapidez y eficacia, burlando una regla formal o implícita acerca de lo que debe hacer o dejar de hacer, en beneficio del que da ese algo de valor o un tercero, para ayudar a resolver un asunto, acelerar un trámite, conceder una licencia, un permiso o un servicio, etc., pero no para la obtención de un negocio, contrato u operación comercial, o para conseguir una ventaja competitiva importante. (Argandoña, 2004)

En otras palabras, los *facilitating payments* son pequeños pagos, no oficiales e “impropios”, que se hacen a un funcionario público, nacional o extranjero, para obtener o agilizar el desempeño de una acción de rutina, o necesaria, a la cual se tiene derecho. Estos pagos son una “pequeña” forma de “corrupción” que normalmente son entregados a funcionarios públicos para obtener licencias, certificados y otros servicios públicos. Estos pagos tienen el propósito de “acelerar trámites”, “acelerar” o “engrasar la burocracia” para que sea más rápida. La diferencia entre los denominados pagos de facilitación y los sobornos está en lo que se trata de conseguir. Con el pago se pretende conseguir algo a lo que se tiene derecho, en tanto que con el soborno se pretende conseguir algo a lo que no se tiene derecho (García Atrá, 2019); sin embargo, las dos conductas mencionadas son “corrupción” y afectan, no solo el comercio y la inversión, puesto que contaminan los valores y principios éticos de toda sociedad. En el ámbito del comercio y las inversiones, los primeros afectados son aquellos competidores que no dan *grease payments*. Los funcionarios públicos que reciben los pagos, al menos, darán preferencia a la solución de los asuntos de las personas o empresas que sí realizaron pagos en perjuicio de los que no, siendo que, por simple prelación o turno podrían tener preferencia en su atención los asuntos de las personas o empresas que no realizaron ningún pago.

Los pagos de facilitación también sientan un mal hábito o costumbre (cultura) en los funcionarios públicos y en la sociedad: desincentivan el cumplimiento del deber de los funcionarios y la ausencia de un pago de facilitación (regalo) puede llegar a provocar lentitud e incumplimiento en la función pública. Por ejemplo, todos los ciudadanos tienen derecho a la vacuna de la COVID 19, pero algunos (pocos) dan un pequeño pago (regalo) para obtenerla antes de millones de ciudadanos que, por edad y factores de vulnerabilidad, tienen el derecho a recibirla mucho antes. En otras palabras, todos los trámites para obtener licencias, permisos, etc., tienen un orden o turno, y saltarse o burlar ese orden afecta a los que tienen mayor derecho o preferencia, ya sea por tiempo, sexo, edad, vulnerabilidad o cualquier otro aspecto. Es claro que las Partes del T-MEC reconocen los efectos nocivos de los *expedition payments*, por lo que, conforme a lo previsto en sus leyes y regulaciones, asumieron los siguientes compromisos (Diario Oficial de la Federación, 2020):

- (a) alentar a las empresas a prohibir o desalentar el uso de pagos de facilitación; y
- (b) tomar medidas para concientizar a sus funcionarios públicos sobre sus leyes sobre cohecho, con miras a detener la solicitud y la aceptación de pagos de facilitación (énfasis añadido).

El verbo transitivo “alentar” significa: infundir ánimo o energía a una persona para que prosiga en una lucha o tarea (Real Academia Española, 2019). En consecuencia, México, Estados Unidos y Canadá se comprometieron a infundir ánimo y energía a las empresas privadas para desalentar el uso de pagos de facilitación, conforme a su legislación, y cuando mucho se obligaron a “animar” a otros, a las empresas, a que lo prohíban. Por otro lado, “concientizar” significa: hacer que alguien sea consciente de algo o adquirir conciencia de algo (Real Academia Española, 2019), por lo que las Partes únicamente se comprometieron a implementar acciones encaminadas a que sus funcionarios públicos conozcan sus leyes de cohecho con el propósito de detener la solicitud y aceptación de pagos de facilitación.

Las Partes en el T-MEC no se obligaron a prohibir a las empresas privadas los pagos de facilitación. Es más, el T-MEC no solo no prohíbe los *grease payments*, sino que los permite. Todo lo que no está prohibido está permitido. Lo anterior cobra sentido si consideramos que la legislación norteamericana anticorrupción prohíbe realizar *facilitating payments* a los funcionarios públicos estadounidenses y los autoriza, bajo ciertos supuestos que en seguida se analizarán, cuando los receptores son funcionarios públicos extranjeros. En otras palabras: no a la corrupción en Estados Unidos, sí a la corrupción en el extranjero.

A) EN ESTADOS UNIDOS

En efecto, la *Foreign Corrupt Practices Act of 1977 of The United States, as amended, 15 U.S.C. §§ 78dd-1* (*Foreign Corrupt Practices Act* o FCPA), prohíbe realizar pagos de facilitación a funcionarios públicos estadounidenses dentro o fuera de territorio norteamericano (Congreso de los Estados Unidos, 1998). En particular, prescribe:

- Ofrecer o dar,
- Cualquier cosa de valor (comidas, regalos, entretenimiento, transporte, donaciones de caridad, etc.),
- Directa o indirectamente,
- A un funcionario público extranjero, (de cualquier nivel),
- De forma corrupta, esto es, con intención de inducir al receptor de que abuse de su cargo,
- Para obtener una ventaja inapropiada (obtener o retener negocios, registros o contratos, etc.)

Aún cuando la FCPA también prohíbe realizar *grease payments* a funcionarios públicos extranjeros, establece un supuesto de excepción o autorización y dos de defensa para “facilitar pagos” legalmente a funcionarios públicos extranjeros, bajo las siguientes condiciones: el supuesto de “excepción” o autorización comprende aquellos casos en que los *grease payments* se realizan para promover acciones de rutina del gobierno que no sean discrecionales, esto es, para impulsar (engrasar) una acción que comúnmente lleva a cabo un funcionario público extranjero. En otras palabras, la FCPA

permite los “pagos de facilitación” para impulsar aquellas acciones que el funcionario público extranjero ya está obligado a realizar, tales como la obtención de permisos, licencias u otros documentos oficiales, suministro de servicios, procesamiento de documentos gubernamentales, visas y órdenes de trabajo, protección policial, programación de inspecciones asociadas con el cumplimiento del contrato o inspecciones relacionadas con el tránsito de mercancías a través del país y acciones de naturaleza similar. Por otra parte, el primer supuesto de “defensa” establece la condición de que el pago corrupto, “*expedition payment*”, sea legal según las leyes y regulaciones escritas del país del funcionario extranjero. La segunda defensa comprende aquellos pagos de facilitación que son gastos “razonables y de buena fe” para la promoción, demostración o explicación de productos y/o servicios, o para la ejecución de un contrato con el gobierno extranjero (FCPAmericas, 2013).

En resumen, la *Foreign Corrupt Practices Act* prohíbe la realización (recepción) de los *grease payments* a funcionarios públicos norteamericanos y los autoriza o permite cuando se realizan (reciben) a funcionarios públicos extranjeros, aún cuando la ley del funcionario extranjero tipifique estos pagos como delito de corrupción. Este es el caso de México y la mayoría de los países latinoamericanos, donde se prohíben tales pagos de facilitación.

B) EN MÉXICO

En México están prohibidos los pagos de facilitación realizados a funcionarios públicos. El que da y quien los recibe incurre en el delito de “cohecho”, conforme a lo previsto en el Código Penal Federal:

Artículo 222. Cometén el delito de cohecho:

I.- El servidor público que por sí, o por interpósita persona solicite o reciba ilícitamente para sí o para otro, dinero o cualquier beneficio, o acepte una promesa, para hacer o dejar de realizar un acto propio de sus funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión;

II.- El que dé, prometa o entregue cualquier beneficio a alguna de las personas que se mencionan en el artículo 212 de este Código, para que haga u omita un acto relacionado con sus funciones, a su empleo, cargo o comisión, y

III.- El legislador federal que, en el ejercicio de sus funciones o atribuciones, y en el marco del proceso de aprobación del presupuesto de egresos respectivo, gestione o solicite:

a) La asignación de recursos a favor de un ente público, exigiendo u obteniendo, para sí o para un tercero, una comisión, dádiva o contraprestación, en dinero o en especie, distinta a la que le corresponde por el ejercicio de su encargo;

b) El otorgamiento de contratos de obra pública o de servicios a favor de determinadas personas físicas o morales...

Se aplicará la misma pena a cualquier persona que gestione, solicite a nombre

o en representación del legislador federal las asignaciones de recursos u otorgamiento de contratos a que se refieren los incisos a) y b) de este artículo. (Código Penal Federal, artículo 222, 2020)

A diferencia de Estados Unidos, que permite los pagos de facilitación a funcionarios públicos extranjeros, en México se tipifican como delito de “cohecho a servidores públicos extranjeros”, conforme a lo establecido en el artículo 222 bis del referido Código Penal Federal.

Artículo 222 bis.

Se impondrán las penas previstas en el artículo anterior al que con el propósito de obtener o retener para sí o para otra persona ventajas indebidas en el desarrollo o conducción de transacciones comerciales internacionales, ofrezca, prometa o dé, por sí o por interpósita persona, dinero o cualquiera otra dádiva, ya sea en bienes o servicios:

I. A un servidor público extranjero, en su beneficio o el de un tercero, para que dicho servidor público gestione o se abstenga de gestionar la tramitación o resolución de asuntos relacionados con las funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión;

II. A un servidor público extranjero, en su beneficio o el de un tercero, para que dicho servidor público gestione la tramitación o resolución de cualquier asunto que se encuentre fuera del ámbito de las funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión, o

III. A cualquier persona para que acuda ante un servidor público extranjero y le requiera o le proponga llevar a cabo la tramitación o resolución de cualquier asunto relacionado con las funciones inherentes al empleo, cargo o comisión de este último.

Para los efectos de este artículo se entiende por servidor público extranjero, toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión en el poder legislativo, ejecutivo o judicial o en un órgano público autónomo en cualquier orden o nivel de gobierno de un Estado extranjero, sea designado o electo; cualquier persona en ejercicio de una función para una autoridad, organismo o empresa pública o de participación estatal de un país extranjero; y cualquier funcionario o agente de un organismo u organización pública internacional. (Código Penal Federal, artículo 222 bis, 2020)

Además de los nocivos efectos de índole cultural, ético, social, económico y hasta político que trae aparejada la autorización de los pagos de facilitación realizados a funcionarios públicos extranjeros (mexicanos) conforme a la FCPA, también tiene consecuencias negativas para México en el ámbito jurídico, particularmente en lo relativo al enjuiciamiento o, en su caso, al cumplimiento de sentencias dictadas por tribunales mexicanos. En otras palabras, cuando México quiera juzgar a una persona o empresa estadounidense por haber realizado este tipo de pagos tipificados como delito de “cohecho”, no podrá hacerlo, pues en Estados Unidos, donde está constituida la empresa, es legal hacer pagos para “aceitar el engranaje” y, por lo tanto, habrá presión para que México no sancione. Por supuesto, tampoco habrá posibilidad de pedir la extradición del individuo imputado (Código Penal Federal, Artículos 222 y 222

bis, 2020) en su caso, tal y como se verá más adelante.

EL SECTOR PÚBLICO

Por otra parte, los tres países se comprometieron a fomentar la promoción de la integridad, honestidad y responsabilidad de los funcionarios públicos, mediante leyes que establezcan procedimientos para la selección de funcionarios vulnerables a la corrupción, promover la transparencia en sus funciones públicas, identificar y gestionar conflicto de intereses, la presentación de declaraciones patrimoniales y de intereses, la remoción, suspensión o reasignación, en su caso, de un funcionario acusado de un delito corrupción y la implementación de códigos de conducta. Además, adoptarán y mantendrán medidas para prevenir la corrupción y fortalecer la integridad de los miembros del poder judicial.

Es importante señalar que el Sistema Nacional Anticorrupción ya cuenta con los instrumentos y normas para el cumplimiento de la mayoría de los compromisos sobre la integridad de los funcionarios públicos, tal es el caso de las famosas declaraciones 3 de 3, impulsadas por las organizaciones de la sociedad civil, donde se establece la obligación de todos los funcionarios públicos de hacer públicas tres declaraciones: patrimonial, de intereses y fiscal.

EL SECTOR PRIVADO Y LA SOCIEDAD

El T-MEC involucra a toda la sociedad en la lucha contra la corrupción y la participación tanto de servidores públicos como de las empresas privadas, lo que contribuye a atender de una manera integral el flagelo. Promueve la participación de individuos y organizaciones no gubernamentales y organizaciones comunitarias en prevenir y combatir la corrupción en el comercio y la inversión internacionales. Además, las Partes fomentarán a las empresas privadas para la creación, desarrollo y publicación de controles internos, programas de ética y cumplimiento de medidas para prevenir y detectar cohecho y corrupción en el comercio e inversión internacionales, tales como, sujetar la contabilidad y estados financieros de las empresas privadas a procedimientos de auditoría y certificación apropiados (Diario Oficial de la Federación, 2020).

La política preventiva en el ámbito de la empresa que se ha calificado como *corporate compliance*, importada del mundo anglosajón, marca la apuesta de un enfoque preventivo o de identificación de espacios de riesgo con la finalidad de evitar ciertos delitos societarios; sin embargo, aunque el *corporate compliance* tiene su proyección fundamental en las organizaciones, ofrece una oportunidad real de trasladar esas políticas preventivas al sector público y a las organizaciones públicas (Jiménez, 2017).

IMPLICACIONES LEGALES

La autorización de la FCPA para realizar pagos de facilitación a funcionarios públicos extranjeros (mexicanos) tiene implicaciones de muy variada índole, tanto en el ámbito ético, social, económico, político y jurídico. El análisis de todas estas rebasa con mucho el objeto del presente estudio, por lo que solo nos referiremos a algunas consecuencias legales, particularmente a la extradición internacional, que es el procedimiento judicial (penal-administrativo) por el cual una persona acusada o condenada por un delito conforme a la ley de un Estado es detenida en otro Estado y devuelta al primero para ser enjuiciada o para que cumpla la pena ya impuesta. Es activa la extradición cuando un Estado solicita a otro la entrega de una persona y es extradición pasiva cuando el Estado requerido entrega al requirente la persona reclamada. Actualmente, la extradición ya no es un acto meramente político del Estado, tal como lo fue durante siglos, pues su regulación, en tanto institución jurídica, la encontramos plasmada, generalmente, en tratados internacionales, así como de manera particular y con carácter supletorio, en las disposiciones del orden jurídico interno de cada país (Rodríguez y Rodríguez, 2016); esto es, en la Ley de Extradición Internacional de 1975 en el caso de México (Ley de Extradición Internacional, artículos 1 y 2, 2017).

En el Tratado de Extradición entre México y Estados Unidos de 1978, ambos países establecieron los requisitos que se deben cumplir para que proceda la entrega de una persona. Entre los requerimientos de mayor relevancia para el objeto del presente estudio, destaca el que la persona tenga iniciado un procedimiento penal en su contra o que haya sido declarada responsable del delito:

Artículo 1.

1. Las Partes Contratantes se comprometen a entregarse mutuamente, con sujeción a las disposiciones de este Tratado, a las personas respecto de las cuales las autoridades competentes de la Parte requirente hayan iniciado un procedimiento penal o que hayan sido declaradas responsables de un delito o que sean reclamadas por dichas autoridades para el cumplimiento de una pena de privación de libertad impuesta judicialmente, por un delito cometido dentro del territorio de la Parte requirente. (Diario Oficial de la Federación, 1980)

Además, solo procede la extradición respecto a los delitos enumerados en el Apéndice del propio tratado, donde se encuentra el “cohecho y la concusión”. También se incluyó el Principio de “doble incriminación”, conforme al cual, el ilícito cometido por la persona objeto de la extradición debe ser considerado delito, tanto en el Estado solicitante como en el Estado requerido.

Artículo 2.

1.- Darán lugar a la extradición conforme a este Tratado las conductas intencionales que, encajando dentro de cualquiera de los incisos del Apéndice, sean punibles conforme a las leyes de ambas Partes Contratantes con una pena de

privación de la libertad cuyo máximo no sea menor de un año. (Diario Oficial de la Federación, 2020)

Es importante señalar que no hay obligación o compromiso de México ni Estados Unidos para extraditar a nacionales. El Ejecutivo de cada estado tendrá la facultad de decidir si extradita o no a un nacional, en conformidad con su legislación.

Con la excepción prevista en la FCPA estadounidense para dar dichos pagos a funcionarios públicos extranjeros, México siempre estará en desventaja; esto es, cuando quiera aplicar la ley e interpele a la empresa norteamericana por haber realizado este tipo de pagos, no podrá hacerlo, pues en Estados Unidos, donde está constituida, es legal hacer pagos para “aceitar el engranaje” y, por lo tanto, habrá presión para que México no sancione. Por supuesto, no existe la posibilidad de pedir la extradición del imputado (Diario Oficial de la Federación, 2020).

PAGOS DE FACILITACIÓN O SOBORNO

Es muy delgado el hilo para determinar si se trata de simples “pagos de facilitación” o del “delito de cohecho”, ya que, en la práctica y para su calificación, intervienen elementos de muy variada naturaleza, como comerciales, económicos y políticos, entre otros, y no únicamente jurídicos. El 17 de diciembre de 2012, *The New York Times* reveló uno de los casos de soborno más grandes realizados por empresarios norteamericanos en el extranjero (La Jornada, 2012). Expertos indican que los supuestos sobornos no eran más que pagos rutinarios para acelerar, lo que está permitido en la Ley de Estados Unidos (Staff, 2012). La filial mexicana de Wal-Mart Stores recurrió sistemáticamente a sobornos para abrir 19 tiendas y almacenes en México, entre 2003 y 2004, en lugares que consideró “convenientes” (Aristegi Noticias, 2012); Wal-Mart de México había establecido objetivos de crecimiento “agresivos” y por eso es que requirieron la apertura de nuevas tiendas en tiempos récord. Para alcanzar dicha meta se orquestó una campaña de sobornos para obtener permisos, aprobaciones de zonificación, reducciones en las tarifas de impacto ambiental y la lealtad de los líderes del vecindario en prácticamente todos los rincones de México, y así ganar el dominio del mercado (Celis, 2019). La idea era construir cientos de nuevas tiendas tan rápido que los competidores no tuvieran tiempo de reaccionar. Los permisos, que normalmente tardaban meses en procesarse, se materializaban mágicamente en días. “Lo que estábamos comprando era tiempo”, dijo uno de los informantes (Barstow, 2012).

El soborno jugó un papel persistente y significativo en su rápido crecimiento. Con 209,000 empleados, Wal-Mart México se convirtió en el empleador privado más grande del país, representando la historia de éxito más brillante de la compañía, presentada a los inversionistas como modelo para el crecimiento futuro (hoy en día, una de cada cinco tiendas Wal-Mart está en México). Después de los reportajes de *The Times* en México, Wal-Mart informó al Departamento de Justicia que había comenzado una investigación “interna” sobre posibles violaciones de la Ley de Prácticas Corrup-

tas en el Extranjero, por algunos casos “discretos” sobre la forma en que obtenía los permisos. El 20 de junio de 2019, la minorista en México informó que su accionario mayoritario Walmart Inc. llegó a un acuerdo con el Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos (SEC) para pagar 283 millones de dólares y ser monitoreada por parte del DOJ durante dos años, para poner fin a una investigación de siete años por violaciones de la Ley sobre Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA), las investigaciones de las autoridades estadounidenses también incluyeron a Brasil, India y China (Corkery, 2019).

En México no se tiene conocimiento de alguna investigación ni sanción impuesta a alguna persona involucrada en actos de corrupción del Caso Wal-Mart. Continúa sin respuesta la pregunta de si se trataba de pagos para acelerar un permiso o si realmente fueron sobornos. La falta de sanciones en casos y redes de corrupción que se han hecho del conocimiento público gracias a fuentes periodísticas continúa siendo un asunto delicado y sin resolver en México. En 2020 Transparencia Internacional informó que de 2016 a 2019 ningún caso de corrupción transnacional que involucre empresas y funcionarios mexicanos, fue sancionado en México (Mexicana, 2021).

REFLEXIONES FINALES

Primera. La corrupción es una epidemia mundial que afecta a todos los países del planeta, a unos con mayor intensidad que a otros, deteriorando los principios éticos de toda sociedad sin importar, raza, religión, nivel social o sistema económico.

Segunda. El reconocimiento de las consecuencias negativas de la corrupción en el comercio y la inversión, así como la adopción de medidas coordinadas entre Partes del T-MEC, es un avance importante para el combate de este flagelo.

Tercera. En el T-MEC, los tres países se comprometen a adoptar diversas acciones para combatir la corrupción de manera coordinada, entre otras: tipificar en sus respectivas leyes como delito de corrupción el cohecho, involucrar al sector público, al sector privado y a la sociedad, fomentar *corporate compliance* y los alertadores, etc., así como a “desalentar” en su territorio los “pagos de facilitación” (no prohibirlos), sin siquiera definir el significado y alcance de este término de origen anglosajón.

Cuarta. En conformidad con lo acordado en el T-MEC, Estados Unidos prohíbe realizar pagos de facilitación a un funcionario norteamericano y los autoriza cuando se dan a funcionarios públicos extranjeros, incluidos los mexicanos, lo que puede significar no a la corrupción en Estados Unidos, pero sí a la corrupción fuera de Estados Unidos.

Quinta. En cambio, en México comete el delito de cohecho, en términos generales, quien solicite, reciba o prometa para sí o para otro, dinero o cualquier beneficio,

para que un funcionario público de México o del extranjero haga o deje de realizar un acto propio de sus funciones inherentes a su empleo, cargo o comisión.

Sexta. Los pagos de facilitación constituyen una “práctica desleal” en el comercio y la inversión, en perjuicio de todas aquellas personas o empresas que no dan estos pagos y, en general, de la sociedad del país en donde se realizan, obstaculizando un eficaz combate a la corrupción.

REFERENCIAS

1. Argandoña, A. (enero de 2004). La Corrupción y las Empresas: El caso de los Pagos de Facilitación. *IESE Business School Occasional Papers*, 07 (21). Recuperado de <https://media.iese.edu/research/pdfs/OP-07-21.pdf>
2. Aristegi Noticias (18 de diciembre de 2012). Con pago de sobornos, Walmart abrió 19 tiendas en México: NYT. *Aristegi Noticias*. Recuperado de <https://aristeginoticias.com/1812/mexico/con-pago-de-sobornos-walmart-abrio-19-tiendas-en-mexico-nyt/>
3. Barstow, D. (21 de abril de 2012). WalMart Hushed Up a Vast Mexican Bribery Case. *The New York Times*. Recuperado de <https://www.nytimes.com/2012/04/22/business/at-wal-mart-in-mexico-a-bribe-inquiry-silenced.html>
4. Blumenkron Escobar, F. (2019). *Origen y funcionamiento del Sistema Nacional Anticorrupción*. México: Flores Editor y Distribuidor.
5. Celis, F. (24 junio de 2019). Walmart Inc. pagó 283 mdd para cerrar caso de corrupción en México, *Forbes México*. Recuperado de <https://www.forbes.com.mx/walmart-inc-pago-283-mdd-para-cerrar-caso-de-corrupcion-en-mexico/>
6. Código Penal Federal (14 de agosto de 1931) Diario Oficial de la Federación. Recuperado de https://www.dof.gob.mx/index_113.php?year=1931&month=08&day=14
7. Congreso de los Estados Unidos (10 de noviembre de 1998). *Ley Pública 105-366 que actualiza la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos de 1977 o Foreign Corrupt Practices Act of 1977 of The United States, as amended, 15 U.S.C. §§ 78dd-1*
8. Convención Interamericana contra la Corrupción (29 de marzo de 1996) Organización de los Estados Americanos. Disponible en http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp
9. Corkery, M. (20 junio de 2019). Walmart pagará 282 millones de dólares para cerrar investigación de sobornos en México y otros países. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/es/2019/06/20/espanol/america-latina/walmart-mexico-teotihuacan.html>

10. Diario Oficial de la Federación (29 de junio de 2020) “Decreto Promulgatorio del Protocolo por el que se Sustituye el TLCAN por el T-MEC...”, Ciudad de México, México: Secretaría de Relaciones Exteriores. Recuperado de https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=5595761&fecha=29/06/2020&cod_diario=287341
11. Diario Oficial de la Federación (29 de noviembre de 2018) Decreto Promulgatorio del Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico, hecho en Santiago de Chile, el ocho de marzo de dos mil dieciocho, Ciudad de México, México: Secretaría de Relaciones Exteriores. Recuperado de https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5545134&fecha=29/11/2018
12. FCPAméricas. (3 septiembre de 2013). *Prohibiciones*. FCPAméricas. <https://fcpamericas.com/languages/espanol/prohibiciones/#>
13. García Atrá, L. J. (2019). *El Sistema Nacional Anticorrupción* (1a Ed.). Tax Editores Unidos S.A. de C.V.
14. Jiménez, R. (2017). *Cómo prevenir la corrupción*. Madrid: Editorial Catarata.
15. La Jornada (19 diciembre de 2012). *Prevén expertos se apliquen cuantiosas multas a Wal-Mart*. Recuperado de <https://www.jornada.com.mx/2012/12/19/politica/005n1pol>
16. Ley de Extradición Internacional (26 de junio de 2017). Diario Oficial de la Federación, Recuperada de https://www.cjf.gob.mx/sjpa/data/documentos/LeyExtradInt_260617.pdf
17. Ley General de Responsabilidades Administrativas (18 de julio de 2016) Diario Oficial de la Federación, Recuperada de <https://declarinegi.inegi.org.mx/Documentos/LGRA.pdf>
18. Organización de las Naciones Unidas (31 de octubre de 2003) Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Recuperada de https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corrupcion.pdf
19. Organización Mundial de Comercio (7 de junio de 1993). *Declaración de Arusha*, revisada en 2003. Recuperada de [http://www.wcoomd.org/en/topics/integrity/~media/WCO/Public/ES/PDF/About%20Us/Legal%20Instruments/Declarations/Arusha_Declaration_Revised_Spanish.ashx](http://www.wcoomd.org/en/topics/integrity/~/media/WCO/Public/ES/PDF/About%20Us/Legal%20Instruments/Declarations/Arusha_Declaration_Revised_Spanish.ashx)
20. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (21 de noviembre de 1997) “*Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales*”. Adoptada por la Conferencia Negociadora. Recuperado de https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_Spanish.pdf

21. Pope, J. (2000). *Confronting Corruption: The Elements of a National Integrity System*. Berlin: Transparency International (TI).
22. Real Academia Española. (2019). *Diccionario de la Lengua Española*. (Edición del Tricentenario).
23. Rodríguez y Rodríguez, J. (2016). Extradición. "*Diccionario Jurídico Mexicano*" (2nd ed., p. 1638). Ciudad de México: Porrúa.
24. Rogozinski, J. (29 enero de 2018). Facilitating payments. *El Financiero*. Recuperado de <https://www.elfinanciero.com.mx/opinion/jacques-rogozinski/facilitating-payments>
25. Staff, R. (18 diciembre de 2012). Wal-Mart afrontaría una multa elevada en EEUU por el pago de sobornos. *U.S.* Recuperado de <https://www.reuters.com/article/oesbs-minoristas-walmart-sobornos-idESMAE8BI00720121219>
26. Transparencia Mexicana. (2021). Mejora percepción de corrupción en México 2020; riesgo de impunidad, latente: Transparencia Mexicana. Recuperada de: <https://www.tm.org.mx/ipc2020/>
27. Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América, (4 de mayo de 1978) firmado en México, D. F. Recuperado de <https://www.abm.org.mx/legislacion-y-regulacion/juridico/tratadosint/TratadoExtradicionentreMexicoyUSA.pdf>
28. Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) (29 de junio de 2020). Diario Oficial de la Federación. Recuperado de http://dof.gob.mx/2020/SRE/T_MEC_290620.pdf
29. Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (30 de diciembre de 2018). Gobierno de México. Recuperado de <https://www.gob.mx/tratado-de-asociacion-transpacifico#7530>
30. Vallejo Montaña, V. (2019). Medidas anticorrupción en el nuevo Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá (Análisis y comentarios del Capítulo 27 con énfasis en las aduanas). *Revista Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, 26. Recuperado de https://www.tfja.gob.mx/investigaciones/praxis.turn_26/inicio_praxis/index.html#page/2

LISTA DE SIGLAS

APEC - Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico.
CICC - Convención Interamericana contra la Corrupción.
CNUCC - Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción.

DOF - Diario Oficial de la Federación.

DOJ - Department of Justice.

FCPA - Foreign Corrupt Practices Act of 1977 of The United States, as amended, 15 U.S.C

G-20 - Grupo de los Veinte.

IPC - Índice de Percepción de la Corrupción.

OCDE - Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

SEC - Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos.

SFP - Secretaría de la Función Pública.

SNA - Sistema Nacional Anticorrupción.

T-MEC - Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá.

TIPAT - Tratado Integral y Progresista de la Asociación Transpacífico.

TLCAN - Tratado de Libre Comercio de América del Norte.