

La contratación pública y el sistema nacional anticorrupción

Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA
Rodolfo CANCINO GÓMEZ
Coordinadores



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Doctor en derecho administrativo. Investigador titular B de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Autor de los libros *El control de convencionalidad en la administración pública* y *La responsabilidad administrativa de los servidores públicos en México*. Coautor del libro *La contratación pública*.

Miguel Alejandro
LÓPEZ OLVERA

Doctor en derecho. Profesor titular C de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la UNAM. Autor del libro *El arbitraje comercial internacional*; coautor de los libros *La contratación pública internacional* y *La contratación pública*.

Rodolfo
CANCINO GÓMEZ

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL SISTEMA
NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 889

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Miguel López Ruiz
Cuidado de la edición

José Antonio Bautista Sánchez
Formación en computadora

Óscar Martínez González
Apoyo editorial

Mauricio Ortega Garduño
Elaboración de portada

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y EL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA

RODOLFO CANCINO GÓMEZ

Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
MÉXICO, 2020

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 30 de marzo de 2020

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 968-607-30-3013-7

CONTENIDO

Presentación	XI
Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA Rodolfo CANCINO GÓMEZ	
La contratación pública: retos y perspectivas jurídicas en el Estado me- xicano	1
Humberto ARRÓNIZ MEZA	
Contrataciones públicas: análisis a la luz del sistema nacional anticon- rupción.	13
Francisco Javier CAMACHO ROMERO	
Las mejores prácticas sobre contratación pública en la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).	27
Rodolfo CANCINO GÓMEZ	
La participación ciudadana como un derecho. Sus interrogantes en la contratación administrativa de la ciudad autónoma de Buenos Aires .	47
Isaac Augusto DAMSKY	
Gobernanza global en la contratación pública	77
Susana L. GARCÍA GARCÍA	
El control de las contrataciones públicas en México. Propuestas para evitar la corrupción	93
Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA	
Nuevos retos de la contratación pública	113
Daniel MÁRQUEZ	
Gobernanza global y contrataciones públicas. Interés general como principio rector de las contrataciones públicas	143
Pastora MELGAR MANZANILLA	

Herramientas del derecho internacional para la lucha contra la corrupción en la contratación pública	161
Javier MIRANZO DÍAZ	
La Nueva Ley Española 9/2017 de Contratos del sector público y sus principales objetivos y conexión con el derecho de la Unión Europea.	183
José Antonio MORENO MOLINA	
La aplicabilidad de los métodos alternativos de solución de controversias en la contratación pública: el caso de México	197
Sylvia SÁMANO BERISTÁIN	
Corrupción y derechos humanos.	209
Christopher Arpaur PASTRANA CORTÉS	
Contratación pública y régimen anticorrupción	227
Ximena PINTO NERÓN	
Los tratados de libre comercio como instrumentos para combatir la corrupción.	255
Gustavo Alejandro URUCHURTU CHAVARÍN	

PRESENTACIÓN

El 27 de mayo de 2015 se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* las reformas constitucionales que establecen formalmente el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA), mientras las normas secundarias esperaron hasta el 18 de julio de 2016 para darle vida jurídica al sistema que tiene como objetivo central la prevención, inhibición, combate y sanción a los hechos y actos de corrupción. En palabras de Pedro Salazar Ugarte,

...la corrupción es un fenómeno que opera contra el derecho. Pero, paradójicamente, los actos de corrupción utilizan al propio derecho y se valen de las instituciones jurídicas vigentes para sacar ventaja de ellas. Desde esta óptica la corrupción es un fenómeno que también se verifica desde el derecho. Por lo mismo es un fenómeno disruptivo para el “Estado de derecho” de maneras muy diversas y complejas: es el abuso del derecho en detrimento del derecho...¹

La mecánica de operación del SNA prioriza la participación de la ciudadanía y la coordinación de autoridades federales, estatales y municipales en la prevención, inhibición y sanción de conductas corruptivas y las faltas administrativas, de tal manera que en casos específicos se finque responsabilidad administrativa. El SNA se integra por: el Sistema Nacional Anticorrupción; el Sistema Nacional de Rendición de Cuentas; el Sistema Nacional de Fiscalización; el Sistema Nacional de Transparencia; el Sistema Nacional de Contabilidad Gubernamental; Sistema Nacional de Presupuestación y Deuda Pública y los Sistemas de Adquisiciones y Obras Gubernamentales; este último es el tema de estudio de la presente obra, dada su relevancia, transcendencia e implicaciones que tiene para el desarrollo del país y la inversión extranjera.

La importancia del tema estriba en que las compras gubernamentales donde intervienen las dependencias federales, estatales y municipales, las entidades del Poder Judicial y del Poder Legislativo, incluyendo los organismos constitucionales autónomos, según un Informe de la Comisión Na-

¹ Salazar Ugarte, Pedro, “Nota introductoria”, en Salazar, Pedro *et al.*, *¿Cómo combatir la corrupción?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. XII.

cional de Competencia Económica del universo de licitaciones, existen un margen del 30% de corrupción mediante la oferta de productos y servicios con sobreprecios y otras prácticas corruptas, además de que la mayoría de los contratos públicos se dan por adjudicación directa (80%), lo cual contraviene el mandato constitucional de que las licitaciones deben ser abiertas, considerando la audiencia pública un elemento esencial para transparentar la actuación de la autoridad.

La Contratación Pública es el único tema que se analiza bajo la lupa de la anticorrupción, y representa 27% del producto interno bruto del país, sin sumar los dineros derivados del financiamiento externo o bajo empréstitos internacionales. Esta corrupción lacerante causa una sangría al presupuesto federal, que enriquece a los servidores públicos deshonestos en detrimento de la colectividad, lo cual debe ser objeto de una investigación seria y responsable que aporte soluciones para cumplimentar lo que se establece en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y en las leyes en la materia, así como las recomendaciones de las organizaciones internacionales y las disposiciones de los capítulos de contratación pública establecidas en los tratados comerciales internacionales.

Considerando lo expuesto, y en vista de que no se trata únicamente de una percepción aislada, sino de un verdadero problema, que se debe detener y erradicar, se ha convocado, bajo el auspicio del Instituto de Investigaciones Jurídicas, a especialistas en el tema, para que, bajo una perspectiva transversal del fenómeno y las implicaciones dentro de la cadena corruptiva que se presenta en las licitaciones públicas, sin soslayar los principios que permean la operación y funcionamiento del sistema de contrataciones, analicen en un trabajo académico las implicaciones, los retos y el futuro de la contratación pública bajo el nuevo paradigma del Sistema Nacional Anticorrupción.

La suma de esfuerzos con los distintos actores sociales es indispensable para frenar, o por lo menos disminuir la incidencia de la práctica corrupta en un sector tan delicado y propenso al tráfico de influencias, la complicidad, el soborno, la impunidad y la fragilidad de las instituciones de impartición de justicia. En esta cadena de corrupción, donde intervienen diversos actos y actores, se trastocan derechos fundamentales de la población, se agravan las situaciones de desigualdad económica y las posibilidades de desarrollo colectivo.

En este contexto, Humberto Arróniz Meza propone un control judicial eficaz y eficiente de la contratación pública, partiendo del hecho de que este control debería ser la “razón extrema” para contar con medios de impugnación en sede administrativa que en teoría debieran ser suficientes para

paliar el fenómeno de la corrupción, aunque esto no sea así en la práctica, por lo que se deben reforzar los medios de defensa legal en la materia.

En el texto de Francisco Camacho se hace una revisión histórica del tema, y se efectúa un recuento de la organización impuesta por la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, así como de las atribuciones y competencias de cada entidad. Además, analiza los sistemas de fiscalización y de transparencia como principio fundamental para conducir los procedimientos de contratación, considerando el sistema electrónico de contratación pública en el país, o sea, CompraNet.

Por su parte, Rodolfo Cancino define las Mejores prácticas sobre la contratación pública en el marco internacional, principalmente dentro la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). En el desarrollo del capítulo, destaca la importancia que revisten las mejores prácticas a través del marco jurídico del SNA; asimismo, explica que tales prácticas son parte del derecho indicativo, y sirven para transparentar y limpiar los procedimientos de contratación pública a nivel internacional. El autor señala que la prevención de la corrupción en este tipo de actividades es fundamental mediante la implementación de los principios de integridad y transparencia, sin olvidar los demás principios que se encuentran en el Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio. Enfatiza que la contratación pública internacional siempre ha tenido una expresión proteccionista en los mercados domésticos, dado que se pretende siempre incentivar los segmentos productivos nacionales mediante empresas nacionales, de tal manera que los procedimientos de licitación están cerrados a la competencia externa. El reto del libre comercio es lograr una mayor apertura de la contratación pública a la proveeduría extranjera, a través de leyes nacionales armonizadas a las mejores prácticas internacionales, así como a los compromisos contenidos en los tratados comerciales u otros mecanismos de cooperación comercial en materia de contratación. La conectividad de la ley nacional con el ámbito internacional será la base para fomentar el desarrollo económico, incentivar la inversión extranjera, combatir la corrupción y detener las prácticas monopólicas absolutas y relativas.

Por su parte, Isaac Augusto Damsky escribe acerca de la participación ciudadana como un derecho en el sector de la contratación pública en Argentina. El tema se circunscribe al ámbito legal argentino, donde pone de manifiesto los elementos que componen tal prerrogativa y las consecuencias beneficiosas que acarrearían de llevarse a cabo. Un aspecto que llama la atención es el relativo a la toma de decisiones de una manera más plural, en un intento por fortalecer y robustecer las democracias que poseemos.

Del mismo modo, Susana García expone el tema de la contratación pública en México desde el sistema CompraNet, como una reminiscencia de las recomendaciones de la OCDE en la materia. La autora patentiza el hecho de que la gobernanza global es ya una realidad que no podemos evadirla, sino al contrario, nos obliga a incorporarla en el régimen de contratación pública nacional.

En el capítulo a cargo de Miguel Alejandro López Olvera se propone la creación de tribunales especializados en materia de contratación administrativa. El autor hace un recuento sucinto de algunos medios de defensa legal, y pone el acento en el derecho a la tutela judicial efectiva, en la tutela cautelar y en las medidas cautelares en el plano de la contratación. López Olvera realiza un análisis exhaustivo del artículo 134 constitucional, donde critica todos los sistemas de contratación ad hoc que han surgido y que coexisten con los federales y los estatales, que son inconstitucionales, toda vez que no están acordes al principio de reserva de ley. Esa fragmentación de sistemas satélites, donde destacan los de los organismos constitucionales autónomos, tendrán que alinearse a un sistema uniforme de contratación pública mediante principios y uniforme para todas las dependencias, entidades y entes que conforman la administración pública federal.

Daniel Márquez trae a colación los avances que se han dado en la Unión Europea respecto a la contratación pública, de conformidad con la directiva 2014/24/UE, donde se establecen nuevas aristas; por ejemplo, cuestiones medioambientales, sociales, económicas, entre otras, que son parámetros esenciales para la toma de decisiones de las autoridades que conducen las licitaciones. También da cuenta de la ineficacia y de la ineficiencia de la burocracia encargada de estos aspectos, al repasar los regímenes de contratación administrativa en México, no sin antes abreviar sobre los aspectos históricos del tema.

Un tema ineluctable deviene en la gobernanza global y en las contrataciones públicas, que de manera magistral expone Pastora Melgar Manzana. En el estudio de referencia se tocan aspectos elementales de la gobernanza global, y se estudia la directiva sobre contratación pública de la Unión Europea, pero bajo la perspectiva de satisfacer el interés general y las necesidades colectivas, o simplemente que los tratados en la materia servirán para beneficiar a quienes deciden tales procedimientos y a los empresarios.

Javier Miranzo Díaz, de la Universidad de Castilla-La Mancha, en su colaboración sobre las “Herramientas del derecho internacional para la lucha contra la corrupción en la contratación pública”, ilustra sobre los instrumentos internacionales universales y regionales en la lucha contra la co-

rrupción y sobre los principios que servirán de base a mejores mecanismos en la contratación pública, con especial énfasis en la Convención de Naciones de las Unidas contra la Corrupción, donde concluye que los programas contra la corrupción deben estar insertos dentro de una política de Estado.

José Antonio Moreno Molina precisa sobre la nueva Ley de Contratos del Sector Público español, que se encuentra ampliamente conectada con las directivas de la Unión Europea en cuestiones de contratación pública, referentes principalmente a la incursión de los medios electrónicos en el área; también se refiere a los aspectos medioambientales que deben ser tomados en cuenta a la hora de contratar, por tratarse de un ámbito sustancial e importante del desarrollo español y de la Unión Europea. Asimismo, analiza la rendición de cuentas y los métodos de control de cumplimiento, y destacan las medidas preventivas y sancionatorias.

El tema de los medios alternativos de solución de controversias (MASC) en el área de la contratación administrativa es expuesto de manera breve y accesible por Silvy Sámano Beristain, quien fundamenta y justifica la existencia e importancia de los MASC; asimismo, efectúa un breve estudio sobre el arbitraje que tiene cabida en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, al poner de manifiesto los casos de procedencia y los requisitos del arbitraje en ese sector.

Christopher Arpaup Pastrana Cortés reflexiona sobre la corrupción desde el espacio de lo ético y de la eficacia de los derechos humanos; señala una de las tantas debilidades del SNA cuando hace caso omiso de las recomendaciones de organizaciones internacionales para mejor estructurar y practicar tal sistema, y concluye que existe la necesidad urgente de que nuestras sociedades empiecen a exigir cuentas a quienes les sirven y representan.

Ximena Pinto Nerón comparte desde la República Oriental del Uruguay su visión en cuanto a la ética pública que debe regir para quienes componen la administración pública, en especial en los procedimientos de contratación pública, que, como hemos señalado, es el caldo de cultivo para el fomento y la práctica de la corrupción. Muy interesante se torna el estudio, que versa sobre ciertos principios rectores en la materia, además, ilustra su dicho con el exitoso caso chileno que redundó en exámenes para todo aquel que desea irrumpir en el ámbito de la contratación estatal.

Por último, Gustavo Uruchurtu Chavarín afirma que el tema de la anticorrupción es ya un contenido esencial en los tratados internacionales, donde se han establecido medidas y sistemas para paliar la corrupción en el ámbito del comercio exterior, así como también en el sector de las compras gubernamentales y en el de las inversiones extranjeras. Asimismo, hace una breve exposición sobre los tratados que ha suscrito el país para efectos de

contrarrestar el fenómeno corruptivo a través de las medidas preventivas y correctivas establecidas en los tratados comerciales internacionales.

El hilo conductor de la presente obra es el análisis del fenómeno de la corrupción dentro de la contratación pública. Se trata de una figura poliédrica que enaltece el análisis y la investigación. La opinión de los expertos bajo distintos enfoques le imprime y le da más fuerza a la interpretación y hace más viable una eventual aplicación en nuestro marco jurídico nacional. El libro puede ser un recetario de mejores prácticas para que el sistema de las contrataciones públicas sea uniforme, congruente y armónico con la normativa internacional.

El presente libro es el primer producto de investigación, pero no el último, bajo un compromiso de mejora continua dentro de un proceso académico que incida en el establecimiento de un sistema de profesionalización en el sistema de contratación pública para capacitar, formar y actualizar a todos los operadores jurídicos que intervienen en el sistema de contratación pública.

Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA
Rodolfo CANCINO GÓMEZ

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: RETOS Y PERSPECTIVAS JURÍDICAS EN EL ESTADO MEXICANO

Humberto ARRÓNIZ MEZA*

SUMARIO: I. *Aspectos generales.* II. *Contratación pública.* III. *Corrupción en la contratación pública.* IV. *Falta de profesionalización de servidores públicos.* V. *Falta de control jurisdiccional y normas ineficaces.* VI. *Otros factores.*

I. ASPECTOS GENERALES

Un tópico fundamental para cualquier Estado moderno, sin duda lo constituye la forma en la que éste lleva a cabo su vinculación jurídica con diversos entes, tanto públicos como privados, para la consecución de sus fines, dentro de los cuales resulta fundamental la adquisición de bienes y servicios, para alcanzar objetivos en beneficio de la colectividad.

Así, la “contratación pública” resulta ser un tema de capital relevancia, siendo un aspecto medular de estudio para la ciencia jurídica, y en particular para el derecho administrativo, sobre todo en los últimos tiempos, dada la imperiosa necesidad de los entes públicos, de transparentar su actuar, principalmente en el ejercicio de los recursos públicos que administra y la cada vez mayor participación de la sociedad en la vigilancia del gasto público.

Ahora bien, partiendo de la premisa fundamental de que la Constitución general de la República, en su artículo 134, establece las bases generales respecto de las cuales se debe regir el manejo de recursos públicos y, por ende, lo relativo a la contratación pública, siendo que ésta, por regla general, tendrá que llevarse a cabo a través del procedimiento de licitación pública, en la que se deberán procurar en todo momento las mejores condiciones para el Estado, respecto al precio, calidad, financiamiento y oportunidad, tenemos en principio una tutela específica por parte de la norma

* Abogado postulante especializado en temas de contratación pública.

suprema, para la preservación en favor del Estado, de las mejores condiciones en la contratación de bienes y servicios.

Así, cobra relevancia el principio de desigualdad respecto del Estado frente a los sujetos o las partes que intervienen en los procedimientos administrativos de contratación pública, y en específico, por cuanto hace a los particulares que celebren cualquier acuerdo de voluntades con el ente público; lo anterior, con la finalidad de garantizar en todo momento la satisfacción de aspectos de interés colectivo. Esta situación encuentra clara justificación jurídica al anteponer los intereses colectivos a los de carácter individual.

Frente a dicha ventaja fundamental en favor del Estado, también resulta evidente que los derechos de todos los participantes en una licitación pública, por regla general, así como posterior a que se emita el fallo respectivo, mediante el cual se adjudique un determinado contrato en favor de alguna persona (jurídica o física), también deben ser preservados, y el Estado deberá garantizar igualdad de condiciones entre los licitantes, para con ello respetar los derechos humanos de los particulares en la contratación una vez adjudicados los contratos.

Con relación a ello, existen diversos pronunciamientos por parte del Poder Judicial Federal, que, delimitan claramente los derechos que derivan en favor de los particulares que participan en un procedimiento de licitación pública, limitándose éstos al de participar en la comparación de ofertas, teniendo el interés legítimo de llegar a ser adjudicatarios, y acotada a la posibilidad de recurrir en amparo los diversos actos de la autoridad licitante, atendiendo al principio de definitividad, dada la posibilidad de defensa en sede administrativa, a través de la instancia de inconformidad.¹

Es precisamente en este momento donde encontramos la mayoría de los retos y áreas de oportunidad por cuanto a la contratación pública se refiere, dado que es en los procedimientos de adjudicación, previo a las suscripciones de los contratos, ya sea de obra pública, de prestación de servicios, arrendamiento o adquisición de bienes en general, en donde encontramos la mayoría de los problemas a combatir, como son, entre otros:

- La corrupción.
- La falta de profesionalización de los operadores de la contratación pública.
- La falta de un control jurisdiccional y normas ineficaces.

¹ Licitaciones públicas. Derechos que derivan a favor de los particulares que participan en ellas. Tesis 2a. CXXXVIII, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, registro 189052, t. XIV, agosto de 2001, p. 240.

Asimismo, la contratación pública resulta ser un parangón fundamental en la discusión moderna del ejercicio público; dicho intercambio de ideas tiene distintas aristas fundamentales a contrastar, como se ha expresado con antelación. Una de ellas radica en el hecho patente de que los Estados destinan para dichas acciones, ya sea en materia de prestación de servicios públicos o contratación de obra pública (planeación, desarrollo y ejecución de proyectos de infraestructura encaminados al bienestar de la sociedad), gran parte de los recursos públicos con los que cuentan, y a menudo estos caudales no son ejercidos de manera adecuada.

En 2013, México destinó a la contratación pública el 5.2% del PIB y el 21.2% del gasto gubernamental;² en 2015, el gasto en contratación gubernamental fue de aproximadamente 111.5 mil millones de dólares estadounidenses, lo que representa un 21% del gasto total del gobierno; esto, revelado en el Estudio del Sistema Electrónico de Contratación Pública de México, realizado por la OCDE. En auditorías al gasto público en contrataciones y obra públicas, de acuerdo con cálculos de la Auditoría Superior de la Federación (ASF), se destina entre 15 y 20% del Presupuesto de Egresos de la Federación (PEF) para el desarrollo de proyectos de inversión física.³

Tan sólo en 2014 las contrataciones públicas representaron el 5.33% del producto interno bruto (PIB), lo que equivale al 26.7% del gasto total del gobierno federal para ese mismo año.⁴ En 2016, se asignaron 409,766.26 millones de pesos al rubro de gasto de obra pública, lo que equivale al 8.66% del PEF y al 2.13% del PIB.⁵

Derivado de lo anterior, y precisamente, ante el destino y manejo de recursos públicos encaminados a dichas acciones, es que tanto en el Estado mexicano como en diversos países de América Latina nos encontramos en presencia de ciertas inconsistencias, anomalías e irregularidades, que impactan, en la mayoría de los casos, de manera negativa dentro de dicho campo de acción de los Estados.

² Fuente: OECD (2016a), Preventing Corruption in Public Procurement (Prevención de la Corrupción en la Contratación Pública) OECD, París, disponible en: www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-in-Public-Procurement-Brochure.pdf.

³ Auditoría Superior de la Federación, Problemática general en materia de obra pública (México: ASF, 2012), disponible en: https://www.asf.gob.mx/uploads/61_Publicaciones_tecnicas/Separata_ObraPublica.pdf (fecha de consulta: 6 de noviembre de 2017).

⁴ Palacios, Jana, “La competencia, mecanismo anticorrupción en las contrataciones públicas”, La corrupción en México: transamos y no avanzamos (México: IMCO 2015), p. 119.

⁵ Centro de Investigación Económica y Presupuestaria, “Recursos destinados a Obra Pública 2013-2016”, disponible en: <http://ciep.mx/recursos-destinados-a-obra-publica-2013-2016/> (fecha de consulta: 7 de noviembre de 2017).

Una vez dicho lo anterior y sentadas las bases del problema, resulta fundamental arribar a la discusión, respecto a las aristas complejas que han sido dilucidadas, al inicio del presente ensayo, destacando en cada una de ellas, la problemática real que representan para la adecuada nitidez, tanto en el proceso de contratación pública, como una vez que se formaliza el acuerdo de voluntades y su ejecución, abordaremos sus peculiaridades, partiendo de aspectos generales conceptuales.

II. CONTRATACIÓN PÚBLICA

Resulta fundamental para el arribo de la problemática planteada, poder establecer por lo menos de manera somera, el concepto de contratación pública, siendo este, el procedimiento de carácter administrativo, por medio del cual, un ente público selecciona y posteriormente, celebra un acuerdo de voluntades, con una persona física o jurídica colectiva, para que ésta, preste algún servicio público o lleve a cabo la ejecución de una obra pública, con recursos públicos del Estado y en beneficio de la colectividad.

De acuerdo con la obra *Teoría y praxis de la contratación administrativa*, de los autores Jorge Fernández Ruiz y José Alfonso Herrera García, el proceso de contratación pública se distingue por contener tres etapas: la preliminar, la ejecutiva y la final o complementaria.⁶ La *etapa preliminar* está destinada a orientar a la administración pública en la celebración de los contratos administrativos y su consiguiente aplicación de recursos

En la *etapa ejecutiva*, de acuerdo con los autores, los pasos principales son: la selección del contratante de la administración pública, la celebración del contrato, la ejecución y cumplimiento de las obligaciones contractuales y, en su caso, las modificaciones al contrato.

La *etapa final o complementaria*, que se refiere básicamente, de acuerdo con los autores, a la terminación y finiquito del contrato. Por su parte, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Tesis aislada de rubro “Licitaciones Públicas. Principios que rigen el procedimiento relativo conforme al artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, ha establecido que en todo procedimiento licitatorio deben procurarse los principios de eficiencia, eficacia, economía, imparcialidad y honradez, puntualizando su significado de acuerdo con lo establecido en la propia Constitución.⁷

⁶ Fernández Ruiz, Jorge y Herrera García, José Alfonso, *Teoría y praxis de la contratación administrativa*, México, Doctrina Jurídica Estatal, UNAM, 2004, p. 20.

⁷ Tesis: 1a. CXLII/2012,10a., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XI, agosto de 2012, t. 1, p. 490.

Será precisamente en la etapa ejecutiva, y primordialmente en la etapa de adjudicación del contrato, el que podrá ser por regla general licitación pública, y excepcionalmente por invitación restringida, abierta o adjudicación directa, en donde encontraremos la mayoría de los problemas que aquejan a dicha función, dado que es precisamente en esta subetapa, tal como se establecía al principio del presente trabajo, en donde se encuentra la mayor opacidad, e inclusive, la presencia de actos de corrupción, y en donde se refleja de mayor forma la falta de profesionalización de los servidores públicos operantes de los procedimientos, en donde menor eficacia tienen los medios de impugnación (instancia de inconformidad), y en donde las debilidades de la norma tienden a relucir por su ineficacia, e inclusive, como con posterioridad lo abordaremos, sirve como un catalizador para la corrupción.

III. CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La mayoría de la bibliografía en materia de contratación pública a nivel internacional, reiteradamente alude a los severos problemas de corrupción que enfrentan los Estados respecto de esta actividad de la administración pública, y particularmente en la contratación pública, derivado de distintas razones, prevaleciendo la gran cantidad de recursos públicos que son destinados a dicha actividad.

Dicha situación no es ajena a nuestro continente, y particularmente, en el caso del Estado mexicano, resulta señalado de manera puntual por diversos organismos internacionales; por ejemplo, podemos destacar que somos el país miembro de la OCDE, que tiene un mayor índice de corrupción de manera generalizada, y en particular, con énfasis en los temas relativos a la contratación pública.⁸

La corrupción en el sector público se puede entender como el desorden, práctica indebida o actuar irregular, por parte de servidores o funcionarios públicos, en el cumplimiento de las facultades encomendadas, con la finalidad de obtener dádivas en efectivo o especie, a su favor, a contraprestación de otorgar un proyecto u obra para su realización, en favor de un particu-

⁸ Combate a la colusión en los procedimientos de compras públicas en México, Informe Analítico del Secretariado sobre el Cumplimiento de la Legislación, Regulaciones y Prácticas de la CFE con las Mejores Prácticas de la OCDE, México, 2015, p. 16, disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/CombateColusi%C3%B3nContrataci%C3%B3nP%C3%ABlicaM%C3%A9xico-InformeCFE-2015.pdf>.

lar (contratista). Esto trae consigo consecuencias graves, que repercuten en toda la administración pública y en la sociedad en general, y para lo cual se hacen erogaciones que deberían ser innecesarias, lo que merma considerablemente el patrimonio del Estado, incluso, llega al absurdo de realizar “dobles pagos”, porque, por una parte, se paga la contratación del servicio, y, por otra, se subsanan las irregularidades que hayan sido cometidas durante los procedimientos administrativos de contratación y los resultados derivados de dichas contrataciones.

La verdadera amenaza reside en la impunidad en los actos de corrupción, que existe o pueda seguir latente, por lo que es de vital importancia su combate con base en estrategias sólidas, comenzando con la implementación de regímenes jurídicos adecuados, actuar de manera frontal y efectiva, para determinar las responsabilidades en las que cualquier empleado o servidor público puede incurrir por este tipo de conductas, entre otras.

La corrupción, en los procedimientos licitatorios, sin duda ha sido un grave problema al que la gran mayoría de los Estados se han enfrentado, y que tiene diversos orígenes; el más palpable son las grandes sumas de dinero público que se destinan a la adquisición de bienes y servicios por parte de los Estados, pero también la ineficacia de las normas jurídicas en la materia y en el control jurisdiccional ineficaz durante las distintas etapas del procedimiento.

Es precisamente el hecho de que fluyan grandes cantidades de recursos públicos para la contratación pública lo que ha motivado a diversos servidores públicos a incurrir en prácticas indebidas; lo anterior, como ya se dijo, en conjunción con las laxas normas y el indebido control jurisdiccional que existe en la materia.

Es conocido que en gran parte del territorio nacional la regla general para que pueda ser asignada una obra pública a diversos contratistas es el pago de dádivas, y existen desdeñables prácticas, como lo es la entrega de porcentajes de dinero respecto del valor total a contratar a los servidores públicos que tienen las atribuciones para adjudicar la obra a cambio de garantizar ésta en favor de alguna persona en particular; la entrega de dinero tiene diversas variantes y porcentajes, que van desde un 10 hasta un 25%.

Es decir, el requisito fundamental para acceder a un contrato, ya sea de obra pública, suministro, arrendamiento o prestación de servicios públicos, entre otros, no estriba en la mayor o menor capacidad técnica o material del proveedor ni la garantía a las mejores condiciones de contratación para el Estado, sino la simple entrega de una ilegal contraprestación económica a los servidores públicos con capacidad de decidir con respecto a la adjudicación de un contrato público.

Otra práctica que suele observarse es la recurrente forma en la que las autoridades, en contravención a lo establecido en la ley, eluden el cumplimiento de la norma, procurando excepcionar la regla general para la contratación pública, que es la licitación pública, y establecen prácticas evasivas y adjudican directamente las obras, fraccionando su valor o creando hipotéticamente circunstancias específicas de los constructores o proveedores, como competencias específicas o existencia de patentes como motivos de urgencia o especialización, para adjudicar contratos, sin pasar por el rigor de una licitación pública.

Asimismo, observamos que para el caso de la adjudicación por invitación, ya sea restringida o abierta, regularmente existe un concierto previo entre las partes concursantes y la autoridad contratante, en el que, a través de empresas a modo, se logran adjudicar contratos sin pasar por un verdadero rigor en cuanto a la contratación se refiere. Es decir, mediante el conocimiento específico y previo de las bases de licitación, así como los montos máximos y calidades específicas de lo requerido, un mismo contratista, con control de tres o más personas jurídicas, cuyo objeto social sea acorde a los requerimientos, acude de acuerdo con la autoridad, simuladamente al procedimiento, con la seguridad de ser el adjudicatario.

Por otra parte, e igual de ilegal práctica, se observa que también se han empleado diversas empresas fantasma o fachada, que se utilizan para llevar a cabo grandes desvíos de recursos públicos. Eso significa que diversos particulares, en colusión con servidores públicos con capacidad de decisión en cuanto a la asignación de contratos públicos, constituyen personas jurídicas colectivas, en muchas de las ocasiones con domicilios inexistentes, y en simulación de actos, reciben cuantiosos contratos públicos para la prestación de servicios, suministro de bienes o hasta obra pública, con la única finalidad de desviar recursos de su fin público, lo que trae consigo una grave lesión para el Estado.

Regularmente existe concierto previo entre los contratistas y el ente estatal contratante, lo cual es el motivo principal de la existencia de corrupción en los contratos públicos con las empresas particulares.

IV. FALTA DE PROFESIONALIZACIÓN DE SERVIDORES PÚBLICOS

Otro de los factores en cuestión estriba precisamente en la falta de profesionalización de los servidores públicos que desempeñan su encargo en las cuestiones inherentes a la contratación pública. Si bien es cierto han existido

grandes avances en cuanto a la sistematización y profesionalización de la contratación pública, sobre todo en el gobierno federal, el hecho de que los funcionarios públicos encargados de llevar a cabo los procedimientos licitatorios no cuenten con las capacidades específicas para llevarlos a cabo de manera adecuada es otro de los grandes problemas que enfrentamos.

Además, tampoco debe dejar de observarse que parte de esa falta de profesionalización radica en la nula idoneidad de la profesión de los servidores públicos encargados de tramitar tanto los aludidos procedimientos administrativos como, en su caso, de resolver los medios de impugnación que se interponen, en contra de actos cometidos dentro de los mismos.

Por ejemplo, una inconformidad presentada por el contratista puede ser resuelta, y así lo es, en la mayoría de los casos, por un servidor público que no es perito en derecho, que no cuenta con conocimientos mínimos o básicos en leyes y/o procedimientos, y que además, su profesión nada tiene que ver con su actuar (ingeniero, contador, arquitecto, administrador). Dicha falta de profesionalización, tratándose de los servidores públicos encargados del trámite de procedimientos administrativos de contratación y medios de impugnación respectivos, deviene en variados problemas en la contratación pública.

Adicional a lo anterior, la falta de profesionalización es una cuestión generalizada en dicha materia (contratación pública), que influye en el indebido y en ocasiones ilegal actuar de los servidores públicos correspondientes, en detrimento de los particulares y de la colectividad, dado que el debido ejercicio de los recursos públicos resulta ser de orden público.

Esto es, dichos funcionarios, al adolecer de las características y habilidades específicas adquiridas por medio de instituciones educativas, y quienes carecen de los conocimientos y experticia suficiente y necesaria para desempeñar sus cargos (falta de profesionalización), hacen un uso indebido de los recursos públicos entregados bajo su resguardo y para dichos fines.

V. FALTA DE CONTROL JURISDICCIONAL Y NORMAS INEFICACES

Ahora bien, respecto del tema en cuestión, debemos entender como control jurisdiccional en la contratación pública, a los medios de impugnación y/o recursos que se encuentran al alcance de las partes que conforman los procedimientos administrativos en materia de contratación pública, encaminados a preservar la legalidad de éstos, por cuanto hace a sus etapas, determinaciones o resoluciones, que al efecto se dicten.

Grosso modo, son los medios de defensa establecidos dentro de los ordenamientos procesales de la misma materia, en virtud de los cuales se combaten aquellas cuestiones que no se observen durante las etapas de los procedimientos de contratación pública, realizando un reexamen parcial de las determinaciones y/o resoluciones dictadas, también como segunda instancia, siempre y cuando el recurso sea autorizado por la misma ley.

Dicho lo anterior, éstos deben considerarse como el acto procesal de la autoridad administrativa, en funciones materialmente jurisdiccionales, en la que habiéndose tomado una decisión hasta entonces válida, pero que puede causar un agravio a las partes que intervienen en el proceso, ya sea a una o ambas, por lo que están legitimados y cuentan con el interés para interponer el medio impugnatorio que los ordenamientos jurídicos les permitan dentro del mismo procedimiento o en otro autónomo, a fin de salvaguardar la justicia y proteger los intereses de cada uno de los intervinientes o terceros, que también puedan resentir una afectación en su esfera de derechos humanos.

En esencia, el control jurisdiccional lleva a subsanar o remediar el agravio que se haya cometido en contra de las partes en el procedimiento, y con esto, más allá de corregir los errores humanos que constituyen la base, se trata de contrarrestar la injusticia o ilegalidad que se cometió, ocasionando un daño o perjuicio al gobernado durante la tramitación de los procedimientos administrativos de contratación pública.

Dentro de los procedimientos administrativos para realizar la contratación pública existen diversos recursos, atendiendo que puedan estar viciados por diversos defectos o motivos, por lo que se da la oportunidad de interponerlos por cualquiera de las partes, utilizados como medios de defensa frente a los actos que resulten indebidos por parte de la administración pública, generalmente por los particulares que han sufrido un agravio en perjuicio de sus intereses.

Los recursos, tal como señala la doctrina, deben ser sencillos y breves, es decir, que sólo deben sujetarse a las formalidades indispensables y requerir la documentación mínima, eliminando las actuaciones innecesarias, y que deben resolverse en el menor lapso posible, a efecto de lograr oportunidad, trascendencia y eficacia.⁹

De igual forma, las leyes deben garantizar el cumplimiento a proporcionar un recurso efectivo y sencillo, por parte de las autoridades judiciales y administrativas, tal como lo establece el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

⁹ Fernández, Jorge Ruiz, *Teoría y praxis de la contratación administrativa*, México, Doctrina Jurídica Estatal, UNAM, 2004, p. 63.

Para efectos de contratación pública, en el ámbito federal del Estado mexicano, tanto en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, en su artículo 65, así como en el numeral 83 de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, se establece la instancia de inconformidad, que debe considerarse como un recurso (medio de impugnación), que procede en contra de los actos emitidos dentro de los procedimientos de contratación pública.

Dicho recurso debe considerarse como aquellos de naturaleza “horizontal”, habida cuenta que tanto su tramitación como su resolución, si bien es cierto corresponden a la Secretaría de la Función Pública, no escapa de la esfera jurisdiccional de la propia administración pública del Estado; es decir, la autoridad federal, en dicho caso, actúa como juez y parte, aun cuando se trate de distintas dependencias.

Sin embargo, aun cuando se considera que el control jurisdiccional en la materia debería ser una instancia “extrema” de legalidad de los procedimientos, es claro que éste se encuentra viciado por diversos factores que obstaculizan su debida funcionalidad, convirtiéndolo en un control ineficaz e insuficiente.

Si existen diversos recursos que el contratista puede emplear con la finalidad de que no sean vulnerados sus derechos dentro de los procedimientos de contratación pública en los que tome parte, también lo es, que algunos de estos medios de defensa no garantizan la protección efectiva, son estériles, por lo que es necesario dar una solución a este problema, que en gran medida afecta ya no sólo a quienes forman parte de las contrataciones, sino también, a la colectividad.

Así, el control jurisdiccional en materia de contratación pública debería, pero no es así, ser la última instancia reguladora de la legalidad, transparencia y certeza jurídica, de los procedimientos de contratación, ya sea en tratándose de servicios públicos u obra pública.

Sin embargo, ante la actualización de diversos factores tanto externos como internos, dentro de dichos procedimientos, tales, como ya se dijo, corrupción, falta de profesionalización de servidores públicos, entre otros, no ha resultado posible, para los estados, la debida implementación, y no sólo ello, sino la debida aplicación del control jurisdiccional dentro de dicha materia.

VI. OTROS FACTORES

Finalmente, aunado a los factores abordados en líneas anteriores, otro aspecto que impacta negativamente en el control jurisdiccional a que nos referi-

mos, y que de igual forma lo hace ineficaz, es el veto infundado de aquellas empresas que osan impugnar o inconformarse con las resoluciones dictadas dentro de los procedimientos respectivos, en los cuales participan para la contratación pública de obras y/o servicios públicos, a desarrollarse y brindarse en conjunto con el Estado.

Es un problema recurrente y latente, tanto en el Estado mexicano como en América Latina, que aquellas empresas o compañías que no recurren o se inconforman con los actos, determinaciones o resoluciones dictados dentro de los procedimientos administrativos de contratación pública, son “premiadas” por parte de la autoridad administrativa, con seguir en las competiciones o licitaciones.

En sentido contrario, aquellas que se inconforman o interponen los recursos establecidos en la ley aplicable, para preservar la legalidad de los actos correspondientes, son vetadas, incluso, consideradas como detractoras de la función pública, en materia de contratación, para con ello y el paso del tiempo ser excluidas paulatinamente de todo tipo de participación. Esto, evidentemente, hace ineficaz el control jurisdiccional en la materia, porque obstruye el desarrollo e implementación de éste, ya que los actores principales de los procedimientos administrativos de contratación pública, en aras de no hacerse acreedores a dicho veto, optan por el “silencio de impugnar” las determinaciones o actos llevados a cabo por parte de la autoridad, que sean contrarios a la ley.

En pocas palabras: quien guarda “silencio” tiene mayores probabilidades de seguir participando dentro de los procedimientos para las contrataciones de obra pública, que quien se inconforma dentro de los mismos, a quien, incluso, se tilda de ser una carga negativa en el actuar de la administración pública, en dicha materia (contratación).

Sin que lo anterior signifique el estar de acuerdo o a favor de aquellas empresas que únicamente buscan retardar, no sólo los procedimientos, sino las obras a ejecutarse o servicios públicos a brindarse; sino por el contrario, quien sufra una anomalía o ilegalidad dentro de dichos procedimientos, no debería ser castigado por parte de las autoridades del Estado, con un veto, y sólo así se estaría permitiendo un desarrollo y aplicación integral y conforme a derecho, del control jurisdiccional en la materia.

Por tanto, tal como se ha expresado, si bien es cierto a lo largo de los años ha existido un relativo avance en cuanto al mejoramiento de las prácticas en materia de contratación pública, ya que se han limitado las facultades discrecionales de los servidores públicos para adjudicar contratos públicos a los particulares, al ser un rubro en el que el Estado ejerce una gran cantidad

de recursos públicos, sigue siendo un área vulnerable a los factores antes aludidos, que impactan negativamente en el control jurisdiccional respectivo, lo cual tiene varios orígenes, que van desde la propia condición humana, hasta un origen legal, tal como se abordó en la porción respectiva del presente ensayo.

Así, la contratación pública debe dejar de ser vista como una forma de allegarse ilegalmente de recursos por parte de las autoridades; es una práctica que debe ser severamente castigada a través de la optimización de los procedimientos administrativos que se siguen, así como por cuanto hace al control jurisdiccional que rige la materia en cuestión.

CONTRATACIONES PÚBLICAS: ANÁLISIS A LA LUZ DEL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

Francisco Javier CAMACHO ROMERO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Algunos aspectos de corte histórico*. III. *El nuevo Sistema Nacional Anticorrupción*. IV. *El combate a la corrupción en las contrataciones públicas*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Si identificamos a la “corrupción” como el abuso de un puesto público para el beneficio privado,¹ se nos hará por demás conocido tanto el término como la práctica en nuestro país. Y es que hoy día, tanto corrupción como su antítesis “anticorrupción” son expresiones que escuchamos en los medios de comunicación, lo leemos en las noticias impresas, en los medios digitales, en las redes sociales, y hasta es tema de una charla cualquiera en un café. No se diga en las campañas electorales recién pasadas.

Así, el uso de estas palabras se ha instalado en nuestro vocabulario como si se tratara de recientes descubrimientos o de terminología incorporada a los discursos. Tampoco es un mal que desaparecerá como por arte de magia, ni mucho menos. Se trata de un perjuicio que no se erradica, sino se controla y se desincentiva su práctica a diferentes ritmos en cada caso. No existe un país en el mundo que podamos señalar que tenga cero corrupción. Lo que sí existen son países que se encuentran muy cercano a ello, con un excelente control de este cáncer social.

En este sentido, un tema de suma importancia en el discurso y en los hechos, debe ser el de las contrataciones públicas. Y no sólo el contrato *per*

* Director general adjunto de la Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción.

¹ Esta definición se ha adoptado en diversos estudios, tal como lo han utilizado Michael Johnston y Jens-Ivo Engels.

se, sino desde la elección del proceso a seguir, los funcionarios participantes, los proveedores adjudicados, etcétera.

Es por ello que nos damos a la tarea de presentar un panorama general, primero histórico sobre la corrupción, y después abundando en el Sistema Nacional Anticorrupción y sus actores. Posteriormente nos damos a la tarea de establecer una perspectiva sobre el tema relativo a las contrataciones públicas como un referente obligatorio en la lucha contra la corrupción y el papel que necesariamente debe jugar el referido Sistema.

II. ALGUNOS ASPECTOS DE CORTE HISTÓRICO

Coloquemos nuestro punto de partida en América, y específicamente hacia la época colonial de la Nueva España, en donde era evidente que los comerciantes provenientes de España regularmente ignoraban las leyes, y al mismo tiempo acusaban a otros de corrupción, pero no por hechos en sí, sino a manera de arma política contra otros; esto es, se trataba de una cuestión de exceso y de visión política a futuro. Pero al final, corrupción.

Lo mismo sucedía con los encomenderos de la Corona o de los encargados de recaudación en la Nueva España, quienes contaban con cierta discreción sobre los pagos y condonaciones que se pudieran realizar principalmente con los hacendados. Hacia el siglo XVIII, y gracias a la eliminación de ambigüedades entre lo lícito e ilícito en la justicia al otorgar mayor legitimidad a las leyes reales, se hacía más complicado recurrir al pluralismo judicial a manera de defensa; sin embargo, aun la discrecionalidad del juez se encaminaba a favor de quien resultara más conveniente, ya fuera a sus intereses, o bien a quien hubiera entregado alguna dádiva.

Ya en el siglo XIX, el término de “corrupto” se utilizó para tildar todo lo que se consideró premoderno, bárbaro o no civilizado, descalificando desde ese momento lo acontecido previamente y señalándolo ya de facto como inferior a lo hecho previamente,² deslegitimando de esta manera a los gobernadores, y en general al sistema de gobierno en su totalidad.

Desde una perspectiva contemporánea se advierte que la corrupción es una “figura fundamental de la comunicación política”,³ ya que es fácil ob-

² Rosenmüller, Christoph y Ruderer, Stephan, “Introducción. La nueva historia de la corrupción en América Latina”, en Rosenmüller, Christoph y Ruderer, Stephan (eds.), *Dádivas, dones y dineros. Aportes a una nueva historia de la corrupción en América latina desde el imperio español a la modernidad*, España, Iberoamericana-Vervuert, 2016, p. 14.

³ Grüne, Niels, “Undsiewissennicht, was es ist”, en Grüne, Niels/Slanicka, Simona (eds.), *Korruption. Historische Annäherungenaneine Grandfigurpolitischer Kommunikation*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, p. 31.

servar que la acusación de corrupción es un arma poderosa que permite a actores políticos colocarse sobre otros con la simple acusación, y al mismo tiempo los gobernantes aprovechan las acusaciones en contra de sus predecesores para legitimarse frente a una posible corrupción de los otros.

En este sentido, podemos afirmar que la corrupción forma parte de una especie de herencia que nos ha alcanzado en América Latina, y en específico coadyuva perenemente con el disfuncionamiento de nuestro país. Para muestra de ello, los números que nos presenta el Índice de Percepción de la Corrupción 2017 de *Transparency International*⁴ ubica a México en el lugar 135 de un universo de 180 países, en donde se observa el grado de corrupción en el sector público según la percepción de empresarios y analistas, por debajo de países como Panamá, Perú o Bolivia en Latinoamérica, o aquellos en guerra constate como Irán, Pakistán o Kazajistán, y en iguales condiciones con Honduras o Paraguay.

Para los optimistas, la visión puede ser distinta, y advertirán que la percepción de acuerdo con este Índice no es tan mala como en Nicaragua, Haití, Irak, Venezuela, Siria o Somalia (último lugar); sin embargo, sobra decir que la situación de México es crítica si nos comparamos con estos países, máxime si advertimos que en un año en lugar de ascender en el listado y mejorar en consecuencia, descendimos doce lugares, dado que nos encontrábamos en el lugar 123.⁵

Al respecto, la estadística en comento hace evidente la necesidad de conjugar esfuerzos en el establecimiento de medidas institucionales, y al mismo tiempo con la participación de la sociedad civil y del sector académico, prevenir, detectar y sancionar las conductas relacionadas con actos de corrupción en los diversos ámbitos y niveles de gobierno.

III. EL NUEVO SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

Esfuerzos en principio que podemos observar (al menos desde el marco jurídico positivo y vigente) con la reforma constitucional en materia de combate a la corrupción publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 27 de mayo de 2015, a través de la cual, formalmente se da vida al Sistema Na-

⁴ Transparency International, “Índice de Percepción de la Corrupción 2017 de Transparency International”, disponible en: https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2018/02/tabla_sintetica_ipc-2017.pdf.

⁵ Transparency International, “Índice de Percepción de la Corrupción 2017 de Transparency International”, disponible en: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#table.

cional Anticorrupción (SNA), como la instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como la fiscalización y control de recursos públicos.

No está por demás hacer hincapié en que con la reforma se crean la Fiscalía Especializada Anticorrupción y el Comité de Participación Ciudadana, reformándose, entre otros, los artículos 79, 108, 109 y 113 de la carta magna; asimismo, se modifica el régimen de responsabilidades, que comprende no sólo a los servidores públicos, sino también a los particulares; se introduce el nuevo esquema para el fincamiento de responsabilidades y se redistribuyen las facultades de investigación por parte de la Secretaría de la Función Pública (SFP), los Órganos Internos de Control y la Auditoría Superior de la Federación (ASF), así como las de sanción, por lo que hace a la SFP y al Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA). Se destaca que el plazo para la prescripción de faltas administrativas graves se amplía a siete años.

Bajo este contexto, podemos entender al Sistema Nacional Anticorrupción como un conjunto de instituciones que con absoluta independencia se coordinan entre sí para elaborar y ejecutar políticas públicas integrales encaminadas a la prevención, detección y sanción de las conductas constitutivas de responsabilidades administrativas y actos de corrupción, así como a la fiscalización y control de recursos públicos, que incidan en todas y cada una de las instituciones que conforman el Estado mexicano, en los tres niveles de gobierno.

De igual manera, a través de este Sistema se procura fomentar los valores, como la transparencia, honestidad e integridad, echando mano de invaluable aliados, como las organizaciones de la sociedad civil, instituciones académicas y de la participación ciudadana directa. Uno de los problemas de la conformación del SNA es precisamente el referido a los principios rectores del mismo, ya que en la Constitución Política se alude a algunos principios, y en la ley de la materia se estipulan otros principios que superan a los previstos constitucionalmente. Al respecto, cabe formularse algunas preguntas; por ejemplo, ¿es constitucional que las leyes secundarias vayan más allá de lo que prescribe la Constitución federal?, ¿es conveniente imponer principios no derivados de la Constitución federal a los servidores públicos?⁶

⁶ Márquez Gómez, Daniel, *El marco jurídico para la operación del Sistema Nacional Anticorrupción. Combate a la corrupción, fiscalización y transparencia*, México, Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Guanajuato-Novum, 2017, p. 45.

Como complemento de esta reforma, el 18 de julio de 2016 se publicó en el *DOF*, la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, que se gesta como una ley de orden público, de observancia general en todo el territorio nacional, y cuyo objeto radica en establecer las bases de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, los municipios y las alcaldías de la Ciudad de México, para el funcionamiento del SNA previsto en el artículo 113 de la Constitución Política, a efecto de que las autoridades competentes prevengan, investiguen y sancionen las faltas administrativas y los hechos de corrupción. Dos aspectos debemos poner de manifiesto en esta Ley: primero, por estar viciada de origen, al no contemplar la totalidad de conductas que generan el fenómeno corruptor; en otras palabras “...¿cuál es el entorno social, político y cultural sobre el que se desea incidir?”;⁷ segundo, y no menos importante, es el hecho de que la entrada en vigor del decreto del 18 de julio de 2016 rompe con lo previsto en el decreto del 27 de mayo de 2015, al prescribirse que la aplicación del SNA se llevaría al cabo en un año a partir del día siguiente de su publicación en el *DOF*.

Ahora bien, y de manera muy general, debemos señalar que el Sistema Nacional Anticorrupción está integrado por el Comité Coordinador, el Comité de Participación Ciudadana, el Comité Rector del Sistema Nacional de Fiscalización y los sistemas locales. Al respecto, el Comité Coordinador lo conforman un representante del Comité de Participación Ciudadana, quien lo preside; el titular de la Auditoría Superior de la Federación; el titular de la Fiscalía Especializada de Combate a la Corrupción;⁸ el titular de la Secretaría de la Función Pública; un representante del Consejo de la Judicatura Federal; el presidente del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI), y el presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

Todos ellos, de manera conjunta, tienen, entre otras facultades, las de establecer mecanismos de coordinación con los sistemas locales; aprobar, diseñar y promover la política nacional en la materia, así como su evaluación periódica, ajustes y modificaciones; determinar e instrumentar los mecanismos, bases y principios para la coordinación con las autoridades de fiscalización, control y de prevención y disuasión de faltas administrativas y hechos de corrupción, en especial sobre las causas que los generan.

⁷ *Ibidem*, p. 37.

⁸ Aún pendiente de nombrar.

Como podemos ver, ya se cuenta con un tribunal colegiado encargado de hacer funcionar, a partir de sus atribuciones y facultades, al SNA.⁹ Por otro lado, tenemos al Comité de Participación Ciudadana, que, de acuerdo con la propia Constitución, se integra por cinco ciudadanos destacados por su contribución a la transparencia, la rendición de cuentas o el combate a la corrupción, y cuyo objetivo radica en coadyuvar, en términos de esta Ley, al cumplimiento de los objetivos del Comité Coordinador, así como ser la instancia de vinculación con las organizaciones sociales y académicas relacionadas con las materias del SNA.

Una de las críticas que pudieran ventilarse en este apartado del SNA corresponde a la aparente “ciudadanización” del sistema, en tanto que dicha presencia es de un voto en el momento de tomar decisiones.¹⁰

A su vez, el Comité Rector del Sistema Nacional de Fiscalización se integra por la Auditoría Superior de la Federación, la Secretaría de la Función Pública y siete miembros rotatorios de entre las entidades de fiscalización superiores locales, y las secretarías o instancias homólogas encargadas del control interno en las entidades federativas, y el cual ejecutará las acciones correspondientes al diseño, aprobación y promoción de políticas integrales en la materia, así como a la implementación de mecanismos de coordinación entre todos los integrantes del Sistema, y a la integración e implementación de mecanismos de suministro, intercambio, sistematización y actualización de la información que en materia de fiscalización y control de recursos públicos generen las instituciones competentes en dichas materias.

Es menester señalar que ni en la Ley de mérito ni en la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación se aprecia una definición de “fiscalización”, motivo por el cual creemos poner de manifiesto una que nos ayude a precisar este sector del sistema de referencia: “Es la acción por medio de la cual se evalúan y revisan las acciones de gobierno considerando su veracidad, su razonabilidad y el apego a la ley”.¹¹

Ahondando en el tema, nos encontramos con imprecisiones, que dificultan el correcto uso del mismo. Ahora bien, desprendido de la Declaración de Lima sobre las Líneas Básicas de la Fiscalización, que se complementa con la Declaración de México sobre la Independencia de las Entidades Fis-

⁹ No perdamos de vista que cada uno de los integrantes tiene sus atribuciones y facultades bien delimitadas, y que de acuerdo con ellas coadyuvará a partir del Comité Coordinador con los demás entes.

¹⁰ *Op. cit.*, nota 6, p. 33.

¹¹ Adam Adam, Alfredo *et al.*, *La fiscalización en México*, México, UNAM, 1996, p. 7.

calificadoras Superiores, de los cuales se desprende que se trata de un examen cuidadoso de algo, en este caso del actuar de los servidores públicos de la administración pública,¹² lo que pone en entredicho la definición vertida en la Ley del SNA.

Finalmente, los sistemas locales deberán contar con una integración y atribuciones equivalentes a las que se establecen en la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción; esto es, con las debidas reservas, que deberán replicar a nivel local lo que se proyecta a nivel federal.

Uno de los problemas observados en la coordinación con el resto de los niveles de gobernación y del federalismo mismo es el que atañe a querer replicar todo lo desarrollado en las leyes generales, omitiendo que cada entidad federativa tiene un contexto diferente y necesidades distintas. Nos parece que deberíamos rediseñar el sistema institucional del federalismo mismo para crear mejores mecanismos de coordinación y cooperación.

En este sentido, podemos señalar que la implementación del SNA se genera como una imperante demanda histórica de llevar a cabo actividades coordinadas con la intención de mitigar la corrupción que aqueja a nuestro país, y para lo cual se cuenta con diversos actores en su integración, haciendo partícipes a los distintos actores de los tres poderes, e inclusive a organismos constitucionales autónomos, como el INAI, para que de manera conjunta se lleven a cabo esfuerzos colectivos, desde la prevención, corrección, hasta la sanción de aquellas conductas de corrupción.

Dicho lo anterior, se observa que se trata de un problema histórico, y que me atrevería a señalar como un *modus vivendi* desafortunado el de la corrupción en México, y en consecuencia, la necesidad de establecer un sistema integral que busque combatirlo. La tarea no es sencilla, sino por el contrario, debe ser arduo el trabajo a mediano y largo plazo para obtener resultados.

La corrupción, como bien decíamos, es un abanico de posibilidades derivado del beneficio privado que se obtiene abusando de un puesto público; puede darse desde la aceleración de un trámite a cambio de una dádiva o en recibirla por no levantar una infracción; por hacer uso de amistades para evitar el pago de impuestos o la imposición de multas; para la obtención de un permiso, o bien para beneficiarse de la celebración de un contrato público, entre otros supuestos.

¹² *Op. cit.*, nota 6, pp. 64 y 65.

IV. EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

Al respecto, en seguida nos enfocaremos en las contrataciones públicas para visualizarlas como un elemento crítico que deberá estar en los ojos del Sistema Nacional Anticorrupción. Para ello, debemos partir del supuesto de que las contrataciones públicas son aquellas que se derivan de la celebración de un instrumento oneroso entre un ente público, como contratante, y un contratado, ya sea privado o público, en materias de adquisiciones, arrendamientos o servicios, así como de obras públicas y servicios relacionados con las mismas.¹³

En principio, debemos considerarlos como contratos administrativos sometidos a los principios de libre participación en la contratación pública, en donde imperen los principios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, para satisfacer los objetivos a los que estén destinados, tal como lo prevé el primer párrafo del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Al respecto, a nivel federal, las leyes que rigen la contratación pública son la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP) y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM), dependiendo del objeto del contrato en cuestión.

En adición a ello, la Ley de Petróleos Mexicanos publicada en el *DOF* el 11 de agosto de 2014,¹⁴ establece su régimen especial en materia de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras.

En este sentido, las contrataciones públicas —también conocidas como contrataciones y/o adquisiciones abiertas—, son indispensables no sólo para el funcionamiento gubernamental, sino que son un catalizador en la economía mexicana. Como muestra, la OCDE¹⁵ señala, por ejemplo, que en 2015 el gasto de contratación gubernamental fue de 111.5 mil millones de dólares; esto representa un 21% del gasto total del gobierno, o bien tra-

¹³ Estas materias en el caso de México. En Francia, por ejemplo, se refieren a obras, suministro y servicios.

¹⁴ La cual, de acuerdo con su artículo 1o., tiene por objeto regular la organización, administración, funcionamiento, operación, control, evaluación y rendición de cuentas de la empresa productiva del Estado Petróleos Mexicanos.

¹⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Estudio del Sistema Electrónico de Contratación Pública de México. Rediseñando CompraNet de manera incluyente*, disponible en: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/estudio-del-sistema-electronico-de-contratacion-publica-de-mexico_9789264287938-es#page3.

ducido en un 15.37% del Presupuesto de Egresos de la Federación o 5.8% del producto interno bruto.¹⁶

A mayor abundamiento, de un análisis presentado en 2018, el Instituto Mexicano para la Competitividad, A.C. (IMCO),¹⁷ de un universo de seiscientos mil procedimientos de compras públicas en el periodo de 2012 a 2017, se observa que éstos representan poco más del 10% del gasto público en dicho periodo; esto es, más de 2.3 billones de pesos.

Por ello, es que las contrataciones públicas son actividades económicas clave para los gobiernos, ya que son un termómetro sobre la forma en la que el erario se utiliza para la prestación del servicio público estatal, por lo que necesariamente deben contar con una debida supervisión en sus procedimientos, en los contratos en sí, en su supervisión, y finalmente en su auditoría.

En este sentido, recordemos que la contratación pública puede realizarse, de acuerdo con lo dispuesto en las leyes antes referidas, a través de licitación pública o concurso abierto;¹⁸ la invitación a cuando menos tres personas, o la adjudicación directa, siendo la licitación pública la regla general de contratación.

Sobre el particular, y sin entrar en detalles de la LAASSP y de la LOP-SRM, es necesario subrayar que en la contratación pública en México es indispensable que los participantes cumplan todos y cada uno de los requisitos establecidos en las bases de licitación, concurso o procedimiento de contratación aplicable.

No es óbice señalar que dichos procedimientos pueden llevarse a cabo de manera presencial o electrónica a través del Sistema Electrónico de Información Pública Gubernamental denominado “CompraNet”, al entrar en operaciones, en el mes de septiembre de 1996, tras el anuncio del entonces subsecretario de Atención Ciudadana de la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, el maestro José Octavio López Presa, con la intención de contar con un mayor control y al mismo tiempo dar un paso al uso de las tecnologías de la información y comunicaciones (TIC), como una herramienta cuyo objeto es, *grosso modo*, sistematizar la información pública gubernamental en línea sobre adquisiciones, arrendamientos y servicios de

¹⁶ Secretaría de la Función Pública, *Cursos de capacitación en materia de contrataciones públicas*, disponible en: <https://www.gob.mx/sfp/acciones-y-programas/cursos-de-capacitacion-en-materia-de-contrataciones-publicas-35395>.

¹⁷ Instituto Mexicano para la Competitividad, A. C., *Índice de Riesgos de Corrupción: El sistema mexicano de contrataciones públicas*, disponible en: https://imco.org.mx/articulo_es/indice-riesgos-corrupcion-sistema-mexicano-contrataciones-publicas/.

¹⁸ Término utilizado en la Ley de Petróleos Mexicanos.

la administración pública federal, a través del cual se propicia la operación de los procedimientos de contratación desde la publicación de la convocatoria hasta el fallo correspondiente, buscando con ello “obtener las mejores condiciones para el Estado en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes, de manera íntegra, participativa, transparente y con apego a la legalidad”.¹⁹

De esta manera, la intención ha sido procurar una mayor transparencia en los procesos, evitar lo más posible el contacto personal entre servidores públicos y proveedores, y al mismo tiempo facilitarle a estos últimos la posibilidad de participar en diversos procesos sin la necesidad de desplazarse a un espacio físico gubernamental.

Sin embargo, no ha sido del todo funcional, tan es así que el 9 de enero de 2018, un grupo plural (entre los cuales se encuentra el gobierno mexicano a través de la SFP, la OCDE, cámaras empresariales y el INAI) presentó el “Estudio del Sistema Electrónico de Contratación Pública en México”, a través del cual se desarrolló un diagnóstico de CompraNet, del que se derivaron algunas recomendaciones, tales como ajustar la estrategia de contratación electrónica a un programa de reforma amplio y coordinado; trabajar hacia un proceso más eficiente, eficaz y transparente; garantizar la integridad en los procesos de contratación pública; formar a los funcionarios en las competencias necesarias para trabajar con las herramientas fundamentales e implementar prácticas sólidas de datos abiertos, a efecto de estandarizar los datos de las contrataciones públicas y mejorar los mecanismos de rendición de cuentas.

Dicho lo anterior, obtenemos un diagnóstico inicial sobre la necesidad de perfeccionar los avances tecnológicos con los que cuenta México a través de CompraNet, máxime que no ha representado un avance como una medida anticorrupción.

Tan es así que de acuerdo con los datos del IMCO, encontramos dependencias o entidades con unidades administrativas de alto riesgo de corrupción,²⁰ dentro de las cuales destacan la Comisión Federal de Electricidad, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, el Instituto Mexicano del Seguro Social, Aeropuertos y Servicios Auxiliares, y la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, por mencionar

¹⁹ Secretaría de la Función Pública, *Contrataciones públicas que garanticen las mejores condiciones para el Estado*, disponible en: <https://www.gob.mx/sfp/acciones-y-programas/contrataciones-publicas-que-garanticen-las-mejores-condiciones-para-el-estado>.

²⁰ Instituto Mexicano para la Competitividad, A. C., *Índice de Riesgos de Corrupción: El sistema mexicano de contrataciones públicas*, cit.

algunas. Pemex no entra en el análisis de referencia ya que tras la reforma energética dejó de utilizar CompraNet.

Al respecto, y si bien es cierto que no se trata de casos de corrupción ya comprobados, sí es un termómetro importante para que el Sistema Nacional Anticorrupción preste una atención específica al tema de las contrataciones públicas, dado que se estima que es un bastión importante de este tipo de prácticas, independientemente del procedimiento que se utilice para ello.

Esto no es una cuestión meramente circunstancial, sino una necesidad de análisis profundo, ya que encontramos datos que si bien no son suficientes para hacer un señalamiento de corrupción, sí nos permite establecer un punto de reflexión sobre el tema. Por ejemplo, las 73 empresas con mayores montos adjudicados de 2016 que no figuraban en las empresas con mayores montos adjudicados en 2012 pasaron de tener menos del 2% del monto total adjudicado, a tener poco más del 32%, o bien que las 73 empresas con mayores montos adjudicados de 2012, que no figuran en las empresas con mayores montos adjudicados en 2016, vieron reducida su participación en un 96%. Este tipo de información debe ser contemplada necesariamente como una cuestión pretérita, pero sobre todo, con una visión hacia el perfeccionamiento de procesos futuros en los que se busque mitigar al menos estos riesgos.

Dicho lo anterior, es evidente que el tema relativo a las contrataciones públicas es un foco rojo en la administración pública —no sólo federal—, y por tanto requiere una atención especial al cobijo del Sistema Nacional Anticorrupción; esto es, desde un enfoque correctivo, pero también desde una perspectiva de prevención.

Sin duda alguna, la auditoría es una labor importante para la revisión minuciosa de los procesos de contratación al interior de las dependencias y entidades, iniciando por aquellas en las que, como ya vimos, existe un alto riesgo de corrupción, y a su vez con el debido fincamiento de responsabilidades, en apego al principio de legalidad y con todas las formalidades que refiere la Ley General de Responsabilidades Administrativas, que hoy en día distribuye competencias para establecer sus obligaciones, responsabilidades y sanciones aplicables, así como las que correspondan a los particulares vinculados con faltas administrativas graves y los procedimientos para su aplicación.

Es importante la debida fundamentación y motivación, ya que posteriormente deberá ser suficiente para sostener las aseveraciones ante el tribunal competente, en este caso el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

Ahora bien, desde una perspectiva de prevención, se deben sumar esfuerzos desde la SFP como dependencia competente para establecer y con-

ducir la política general de las contrataciones públicas reguladas por la LA-ASSP y la LOPSRM, propiciando las mejores condiciones de contratación, así como para emitir las normas, lineamientos, manuales, procedimientos y demás instrumentos análogos que se requieran en materia de contrataciones públicas.

Tal como hemos dicho anteriormente, la labor anticorruptiva debe emerger de esa ficción jurídica denominada Sistema Nacional Anticorrupción a través de todos y cada uno de sus integrantes, advirtiendo a partir de sus facultades y posteriormente a través de las medidas que correspondan, las actividades que deben seguirse para prevenir, encontrar y sancionar este tipo de conductas en el rubro de contrataciones públicas.

La Secretaría Ejecutiva del SNA se ha dado a la tarea de identificar las necesidades y desafíos de los países en materia de contrataciones abiertas y sus alternativas de solución, y entender qué es el Estándar de Datos de Contrataciones Abiertas, su implementación en la región, sus particularidades y ventajas, así como generar insumos para la adaptación de un estándar de contrataciones abiertas en la región, enfocadas en una política interamericana de contrataciones públicas.

En este sentido, con el apoyo técnico y financiero del Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Mundial, se aplicará al caso mexicano la Metodología de Evaluación del Sistema de Adquisiciones Públicas (MAPS, por sus siglas en inglés) desarrollada por la OCDE. Mediante esta metodología, se pretende llevar a cabo una evaluación integral tanto del marco normativo como de las capacidades institucionales, prácticas de mercado, integridad, transparencia y rendición de cuentas en las compras públicas a nivel nacional, lo que se prevé permitirá detectar las fortalezas y debilidades del sistema actual.

Así se pretende observar y transparentar cómo se realizan y quiénes realizan los procedimientos de contratación en las instituciones gubernamentales, tiempos, proveedores etcétera, a efecto de llegar hasta el fondo del problema. Son grandes las expectativas al respecto. Tenemos confianza en que este ejercicio permitirá observar las fallas en los procedimientos, detectar posibles riesgos de corrupción y los espacios para los posibles “errores”.

V. CONCLUSIONES

El combate a la corrupción es un tema en boga, y no es para menos. Nos encontramos en un momento histórico grave ante dicho mal, por lo que necesariamente debemos hacer un alto en el camino, y comprometernos desde

todos los sectores de la sociedad no con un andamiaje sistémico, sino con una convicción que debe emerger desde lo más profundo de la idiosincrasia mexicana. Ciertamente, a partir de un marco jurídico con el que ya contamos, desde un Sistema Nacional Anticorrupción que hagamos funcionar debidamente, y que lo acompañemos en esta batalla, y al cual exijamos los resultados en un mediano y largo plazo.

Hoy contamos con una buena oportunidad de combatir este cáncer social. Son muchas las aristas que debemos cuidar. Una de ellas son las contrataciones públicas, que necesariamente deben estar en la agenda de los integrantes del SNA, así como de los demás grupos académicos y de la sociedad civil que se quieran sumar en estas acciones.

Los primeros esfuerzos están dados; el paso siguiente es continuar fomentando los estudios, análisis (nacionales e internacionales), obtener resultados, dar seguimiento, sancionar, en su caso, y al mismo tiempo corregir aquellos errores de arquitectura procesal que se detecten.

LAS MEJORES PRÁCTICAS SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA EN LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE)

Rodolfo CANCINO GÓMEZ*

SUMARIO: I. *Marco conceptual de las buenas prácticas internacionales.* II. *Las mejores prácticas dentro del Sistema Nacional Anticorrupción en México.* III. *Las mejores prácticas en la OCDE.* IV. *La OCDE y el combate al soborno.* V. *Recomendaciones de la OCDE para mejorar el marco jurídico mexicano en materia de contratación pública.* VI. *Conclusiones.*

I. MARCO CONCEPTUAL DE LAS BUENAS PRÁCTICAS INTERNACIONALES

El Estado, como forma de organización política, tiene como premisa fundamental alcanzar el bienestar común, y satisfacer las necesidades de la sociedad. Es el poder político que diseña e interpreta a su modo el tinglado normativo. Utiliza la maquinaria normativa para alcanzar sus fines. En materia de contratación pública, en la medida en que para que funcione la ecuación entre presupuesto/necesidad, es decir, satisfacer las verdaderas necesidades mediante el dinero público se estará cumpliendo con sus fines constitucionales. Sin embargo, lo primero que debe hacerse es delimitar qué se entiende por “necesidad”, a través de una evaluación objetiva para ser más eficiente y eficaz el procedimiento de contratación pública.

En el Estado, a través de su estructura orgánica, orbitan varios mecanismos de financiamiento para atraer recursos. El sistema tributario se nutre de los montos recaudados por el cobro de contribuciones, ya sea por impuestos, pago de derechos, el cobro de multas, entre otros, o puede ser de manera distinta y extraordinaria, como la expropiación, líneas de financiamiento externo y/o empréstitos internacionales.

* Doctor en derecho; profesor e investigador titular de tiempo completo, Facultad de Derecho, UNAM.

Si bien el Estado compra o adquiere los bienes y servicios, por lo tanto celebra distintos tipos de contratos, ya que a partir de ellos adquirirá los medios suficientes para poder satisfacer sus necesidades, que se traducen en la atención y solución de la necesidad social. Debe quedar claro que al celebrar un contrato, la administración pública no pretende lucrar, ya que responde al interés u orden público.¹

Es un hecho que la contratación pública, no sólo de México, sino de todos los países del mundo, está contaminada en mayor o menor nivel por la corrupción, la colusión, el soborno y la complicidad de los operadores jurídicos en todo el procedimiento de contratación, que va desde la licitación pública hasta la adjudicación y formalización de los contratos. En este sentido, el presente artículo no pretende ahondar las causas y efectos que provoca este fenómeno social, que tiene altos costos económicos en detrimento de los consumidores nacionales, sino que pretende analizar las denominadas “mejores prácticas internacionales” y las nuevas formas de cómo combatirlo y enfrentarlo. Esto significa que dentro de las organizaciones internacionales, se enfoca a la contratación pública con la lupa de la anticorrupción, es decir, existe un reconocimiento previo de que se hacen mal las cosas, por lo que exige la existencia de parámetros, referencias, recomendaciones y principios para limpiar el procedimiento de contratación pública de elementos y factores de causa-efecto en la corrupción.

Como ha advertido Julio Barberis, el “orden internacional actual no constituye un sistema cerrado en el que existe un número determinado y limitado de modos de creación de normas jurídicas. Los miembros de la comunidad internacional pueden acordar nuevas fórmulas para crear el derecho de gentes”.² Así, la expresión *soft law* busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante, aunque no carentes de efectos jurídicos, o al menos con cierta relevancia jurídica. Ello supone la existencia de una normatividad relativa en el sistema internacional y la consecuente afrenta al modelo dicotómico tradicional.³

¹ Lo cual resulta ser incierto, pues el que se responda al orden u interés público el acto administrativo, en este caso un contrato, se deja a la subjetividad tanto del ente que lo ejecuta y celebra, como al que califica en caso de controversia lo cual se hace patente en la siguiente tesis con rubro “ORDEN PÚBLICO, ES UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO QUE SE ACTUALIZA EN CADA CASO CONCRETO, ATENDIENDO A LAS REGLAS MÍNIMAS DE CONVIVENCIA SOCIAL”.

² Barberis, Julio, *Formación de derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco Rodolfo Depalma, 1994, p. 257.

³ Toro Huerta Mauricio Iván del, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano del Derecho Internacional*, UNAM, vol. VI, p. 6.

Hasta ahora no existe una definición consensuada a nivel internacional, y menos en la legislación nacional sobre “mejores prácticas”, que cae dentro del *soft law*. Ello no obsta para entender que una “buena práctica” es hacer las cosas desde otro enfoque, bajo una nueva perspectiva, mediante recetas previamente acordadas en el seno de las organizaciones internacionales. Partiendo de la base de que no existe una definición de las buenas prácticas, y menos prevalece un concepto avalado en los instrumentos jurídicos de la materia. No se trata de un concepto estático, sino dinámico, que va acorde con los cambios y mejoras regulatorias resultantes de las negociaciones y resoluciones que se adoptan en las organizaciones internacionales, las cuales ponderan y valoran las experiencias de los casos concretos que se analizan dentro de los mecanismos de solución de diferencias, en las rondas de negociación o propuestas específicas que realizan los países para dar mayor certidumbre jurídica en la operación.

Si partimos de la premisa de que la corrupción es una enfermedad que corroe el procedimiento de contratación, el antídoto contra ella son las mejores prácticas que recogen las experiencias de países que tienen mecanismos ad hoc de operación y aplicación en el tema. En este contexto, se encuentran las organizaciones internacionales, que cada día van produciendo nuevas reglas o mejores prácticas para la contratación pública, o sea, es un proceso inacabado que genera nuevas directivas para hacer más eficiente y eficaz los procedimientos. Por ejemplo, a nivel internacional destacan en materia de corrupción la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE, y principalmente la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, donde existen directrices, procedimientos, lineamientos específicos para armonizar la ley nacional con la norma internacional, con el fin de paliar las conductas ilícitas o irregulares en sus distintos niveles o gradualidades o para fincar o deslindar responsabilidades.

Las mejores prácticas internacionales son instrumentos contenidos en un orden jurídico superior, que puede innovar y contribuir a la mejora de procesos y procedimientos en materia de contratación pública. En consecuencia, para lograr resultados a nivel interno es importante uniformar y exigir la utilización de las mejores prácticas a nivel central, estatal y municipal, para hacer mejor las cosas.

En este sentido, como afirma Alberto Biglieri, en nuestros tiempos existe la “pérdida de competencias legislativas de los congresos nacionales a

manos de los supranacionales...”,⁴ pero esto se ha dado por la incapacidad de las autoridades para generar un marco normativo moderno y eficiente con relación a las mejores prácticas, que si bien no tienen un carácter vinculante, sino más bien influyente, en la armonización dentro de sus estructuras nacionales o subnacionales de la contratación pública, en sus distintos tipos y modalidades.

El derecho indicativo, o *soft law*, es una nueva herramienta disciplinaria, que orienta la normativa y la resolución de los conflictos en la contratación pública, sin que tenga un carácter vinculante, donde impera una recomendación internacional sobre la norma nacional, aun cuando en ambos niveles no exista una definición o una conceptualización de lo que representan las mejores prácticas y sus implicaciones en la operación y funcionamiento en la contratación pública.

Sobre el pretendido valor de las resoluciones de organismos internacionales, instrumentos jurídicos asociados tradicionalmente con el término *soft law*, se considera que no constituyen “fuentes” formales del derecho internacional, aunque no por ello deban ser ignoradas. Esto no significa que exista un sistema escalonado de normas internacionales; por tanto, las resoluciones de organizaciones internacionales no suponen la existencia de una nueva categoría de normas, sino la constatación de un proceso de producción normativa basado en la distinción entre *lex lata* y *lege ferenda*.⁵

Si es difícil conceptualizar las buenas prácticas, aún más complicado resulta determinar la cobertura y alcance del *soft law*, considerando que para algunos tratadistas puede ser una fuerte formal del derecho. Las mejores prácticas calibran su verdadera efectividad dependiendo de la fuerza normativa y viabilidad de aplicación de todos esos principios, reglas, lineamientos, directivas, recomendaciones en cada uno de los regímenes jurídicos. Es claro que si no tienen efecto vinculante, sino meramente referencial, no dejan de producir efectos jurídicos, que pueden incidir en la modificación o la incorporación de sus directrices en las leyes nacionales.

Este fenómeno jurídico denominado *soft law* envuelve una amplia gama de documentos internacionales: resoluciones de organizaciones internacionales, recomendaciones e informes adoptados por organismos internacionales o dentro de conferencias internacionales; programas de acción; textos de tratados que no han entrado en vigor, declaraciones interpretativas de

⁴ Biglieri Alberti, “Del derecho global de las contrataciones públicas y su recepción local”, *Revista Contratación Administrativa*, núm. 147, febrero de 2017, p. 116.

⁵ Weil, Prosper, “Towards Relative Normativity in International Law?”, *American Journal of International Law*, núm. 77, 1983, pp. 415-419.

determinados tratados o convenios; disposiciones programáticas o *non-self-executing*; acuerdos no normativos, acuerdos políticos o *gentlemen's agreement*, códigos de conducta, directrices, estándares, decisiones, lineamientos, etcétera.⁵² Es un menú amplio de instrumentos internacionales que se enmarcan dentro del denominado *soft law*, que hacen de él un concepto demasiado amplio para dotarlo de un sentido único en el discurso del derecho internacional. Tal parece que el dato unificador es aquel que se refiere a sus efectos no obligatorios.

II. LAS MEJORES PRÁCTICAS DENTRO DEL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN EN MÉXICO (SNAM)

El Sistema Nacional Anticorrupción en México (SNAM) se integra por:

- i) el Sistema Nacional Anticorrupción
- ii) el Sistema Nacional de Rendición de Cuentas
- iii) el Sistema Nacional de Fiscalización
- iv) el Sistema Nacional de Transparencia
- v) el Sistema Nacional de Contabilidad Gubernamental
- vi) Sistema Nacional de Presupuestación y Deuda Pública y
- vii) los Sistemas de Adquisiciones y Obras Gubernamentales

En cada uno de estos sistemas, sus integrantes serán los titulares de la

- Auditoría Superior de la Federación
- Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción
- Secretaría de la Función Pública
- Tribunal Federal de Justicia Administrativa
- Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, y un representante del
- Consejo de la Judicatura Federal, y otro del Comité de Participación Ciudadana⁶

En suma son doce integrantes del SNAM, considerando que cada una de las dependencias tiene un solo representante, mientras que el Comité de Participación Ciudadana tiene cinco.

En los artículos transitorios del decreto por el que se establece el SNAM existe la obligación principal del Congreso de la Unión y de las legislaturas

⁶ Artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

de las entidades federativas, de expedir las leyes y realizar las adecuaciones normativas correspondientes, sin que hasta la fecha se hayan dado avances en ese sentido, y menos construir ese andamiaje jurídico conforme a las mejores prácticas.

Dentro del ámbito constitucional de México, las mejores prácticas se traducen en los principios que rigen las licitaciones públicas, o tal como lo señala la Ley General del SNA, conforme a principios rectores, que regularán los sistemas de adquisiciones y obras gubernamentales. Por ejemplo, en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) existe una recomendación obligatoria en materia de contratación pública, ya que cuando se trata de la administración de los recursos públicos señala que se harán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, para satisfacer los objetivos a los que estén destinados; en cambio, cuando se trata de licitaciones públicas o de otro nivel, tipo o modalidad se deberán acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.⁷

Esas recomendaciones y principios que deberán respetarse para la contratación no tienen una conceptualización ni siquiera en las leyes correspondientes ni en los reglamentos, por lo que se tendrán que sujetar a los parámetros internacionales para realizar una licitación que ofrezca mejores condiciones o una definición de los principios que enumera principalmente lo relativo a transparencia, que tiene muchas aristas de interpretación y aplicación conforme a las mejores prácticas.

Asimismo, en el artículo 109, fracción III, de la CPEUM, se establece como marco ético para el servicio público la legalidad, la honradez, la lealtad, la imparcialidad y la eficiencia, omitiendo también el principio de transparencia. En tanto, en el artículo 5o. de la Ley General del SNA encontramos como “principios rectores que rigen el servicio” los siguientes: legalidad, objetividad, profesionalismo, honradez, lealtad, imparcialidad, eficiencia, eficacia, equidad, transparencia, economía, integridad y competencia por mérito. En términos generales existen una amplia gama de principios que aparecen en los textos legales, sin explicar siquiera su significado para exigir su correcta aplicación.

El término “mejores prácticas” aparece en la Ley General de Responsabilidades Administrativas (LGRA), donde se autoriza a que las secretarías puedan suscribir convenios de colaboración con las personas físicas o morales que participen en contrataciones públicas, así como con las cámaras empresariales u organizaciones industriales o de comercio para coadyuvar

⁷ Artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

al establecimiento de mecanismos de autorregulación que incluyan la instrumentación de controles internos y un programa de integridad, así como en el diseño y supervisión de estos mecanismos, y sobre controles, ética e integridad en los negocios.⁸

También se exige que se observen las mejores prácticas internacionales en toda investigación administrativa y que consideren los principios de legalidad, imparcialidad, objetividad, congruencia, verdad material y respeto a los derechos humanos en el desarrollo de la investigación, e integrar los datos y documentos, resguardar el expediente que resultante de la investigación utilizando las técnicas, tecnologías y métodos de investigación. Las autoridades investigadoras, de conformidad con las leyes de la materia, deberán 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, exigiendo a las empresas si cuentan con una política de integridad.⁹

La obligación de compartir las mejores prácticas no tiene límites en la contratación ni se constriñe la actuación y gestión de la autoridad a esos parámetros legales internacionales. Conforme a la ley nacional, se concede absoluta libertad de accionar hasta en tanto no se infrinjan los ordenamientos legales, sin que ello esté condicionado o prohibido por las mejores prácticas globales. Si bien se les confiere a los operadores jurídicos en los sistemas de contratación plena libertad de actuación, la legislación nacional dice que si exceden esos límites legales caerán en el campo del derecho sancionador. Sin embargo, cuando se exceden de los límites de “las mejores prácticas” resulta más complejo determinar responsabilidad administrativa cuando la propia autoridad no conoce ni se ha interpretado por los jueces cuál es la cobertura y el alcance de éstas.

⁸ Artículos 21 y 22 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

⁹ Artículo 25 de la LGRA: “...se considerará una política de integridad aquella que cuenta con, al menos, los siguientes elementos:

I. Un manual de organización y procedimientos...

II. Un código de conducta...

III. Sistemas adecuados y eficaces de control, vigilancia y auditoría,...

IV. Sistemas adecuados de denuncia, tanto al interior de la organización como hacia las autoridades competentes, así como procesos disciplinarios y consecuencias concretas...

V. Sistemas y procesos adecuados de entrenamiento y capacitación respecto de las medidas de integridad;

VI. Políticas de recursos humanos tendientes a evitar la incorporación de personas que puedan generar un riesgo a la integridad de la corporación...

VII. Mecanismos que aseguren en todo momento la transparencia y publicidad de sus intereses”.

En la Ley General del SNA se establece que el Comité Coordinador tiene a su encargo el diseño, promoción y evaluación de las políticas públicas de combate a la corrupción, así como participar en los mecanismos de cooperación internacional, a fin de conocer y compartir las mejores prácticas internacionales.¹⁰

Se reitera el uso de las mejores prácticas dentro del Sistema Nacional de Fiscalización, donde se adoptarán criterios para la prevención, detección y disuasión de actos de corrupción, e incorporar las mejores prácticas para fomentar la transparencia y rendición de cuentas en la gestión gubernamental. De igual forma, dentro del SNAM las mejores prácticas deberán respetarse en la Plataforma Digital Nacional, que administrará los sistemas electrónicos sobre la evolución patrimonial, de declaración de intereses y constancia de presentación de declaración fiscal; de los servidores públicos que intervengan en procedimientos de contrataciones públicas; el sistema nacional de servidores públicos y particulares sancionados, y el sistema de información y comunicación del Sistema Nacional y del Sistema Nacional de Fiscalización; sistema de denuncias públicas de faltas administrativas y hechos de corrupción, y Sistema de Información Pública de Contrataciones.¹¹

En la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública (LFTAIPG) es fundamental la promoción de la cultura de la transparencia y la digitalización de la información pública en posesión de los sujetos obligados y la utilización de las tecnologías de información y comunicación, así como capacitar a los sujetos obligados en materia de transparencia y acceso a la información. Por lo tanto, se tiene que incentivar la participación y colaboración con organismos internacionales, para considerar las mejores prácticas en materia de acceso a la información pública y protección de datos personales.

La LFTAIPG precisa que toda la información que se origina en el gobierno federal estará sujeta a las directrices de transparencia con algunas excepciones, sobre todo en relación con la seguridad nacional y la información personal. En virtud de la información relacionada con la contratación, señala que deberá ceñirse a lo siguiente:

- a) Las obras públicas, los bienes adquiridos, arrendados y los servicios contratados; en el caso de estudios o investigaciones, deberá señalarse el tema específico;
- b) El monto;

¹⁰ Artículo 8o. y 9o. de la LGSNA.

¹¹ Artículo 49 de la LGSNA.

- c) El nombre del proveedor, contratista o de la persona física o moral con quienes se haya celebrado el contrato, y
- d) los plazos del cumplimiento de los contratos.¹²

En cuanto a la información confidencial, debe mantenerse con carácter de “reservada” durante un periodo de hasta doce años. Sin embargo, en términos de la contratación pública, no hay ninguna cláusula explícita que le dé carácter de reservada a la información, a menos que se mencione abiertamente en otra ley o si se considera un secreto industrial, fiscal o bancario.¹³

Por otro lado, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP) requiere que toda la información relativa a las licitaciones (incluyendo las propuestas de ganadores y perdedores) debe estar a disposición del público tan pronto como sea posible. Las juntas de aclaraciones, la apertura de las propuestas y el fallo de la asignación del contrato deben ser documentados por las áreas requirentes y contratantes. Estos registros deben estar disponibles para el público en general después de que se adjudica el contrato al ganador.¹⁴ En consecuencia, la difusión de la información será pública y de fácil acceso a través de CompraNet, lo cual debilita el sistema, porque la información que se genere en cada una de las instancias, tales como la identidad de los licitantes, sus propuestas y los precios ofertados y la información de los contratos, serán del dominio público hasta en tanto se haya dado la adjudicación, lo cual facilita la colusión y la corrupción.¹⁵

La transparencia incide en la fiscalización de los recursos públicos, lo que recae en la rendición de cuentas, que “se define como el principio según el cual los individuos, las organizaciones y la comunidad son responsables de la utilización que hagan de los recursos públicos y puede exigírseles que expliquen a los demás dicha utilización”.¹⁶ En México el principio de transparencia se ajusta a lo que dicen Andreas Schedler, Larry Diamond y Marc F. Plattner, y José Ramón Cossío:

La transparencia consta al menos de tres dimensiones. La primera de ellas es la existencia de un marco jurídico que regule el comportamiento del gobierno y sancione las conductas indebidas. La segunda es la disposición de mecanis-

¹² LFTAIPG, artículo 7o., fracción XIII.

¹³ Artículos 13 y 14 de la LFTAIPG.

¹⁴ LAASSP, artículo 37.

¹⁵ LAASSP, artículo 25.

¹⁶ Intosai, en el issai 1003, *Glosario de términos de las directrices de auditoría financiera*.

mos para el monitoreo o vigilancia por parte de los particulares. En la tercera se hallan los mecanismos para la justificación de las acciones del gobierno.¹⁷

Estas dimensiones refieren al Estado de derecho, es decir, al marco normativo bajo el cual se dirigen y califican las actuaciones y prácticas de las instituciones públicas.¹⁸

Por lo expuesto, en la legislación nacional del SNAM se remite a las mejores prácticas globales, cuya eficacia en su aplicación dependerá del criterio de la autoridad y de los operadores jurídicos para alinear la gestión y conducción del procedimiento. A nivel internacional existen una amplia gama de principios o directrices dentro de la contratación pública; de igual forma, existen a nivel nacional alrededor de quince principios que son conciliables con las mejores prácticas internacionales.

III. LAS MEJORES PRÁCTICAS EN LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE)

La OCDE se estableció mediante una convención, que se llevó a cabo en París el 14 de diciembre de 1960, cuyo objetivo principal es procurar el crecimiento económico y el empleo, así como un aumento del nivel de vida en los Estados miembros, al tiempo que se mantiene la estabilidad financiera, y, por lo tanto, se contribuye al desarrollo de la economía mundial.¹⁹ El 18 de mayo de 1994, México se convirtió en el Estado miembro número 25 de la OCDE.²⁰

En México, de conformidad con el artículo 133 constitucional, cualquier suscripción de un tratado, o en este caso a las recomendaciones de la Convención de la OCDE, son normas de carácter internacional que se incorporan a nuestro marco jurídico nacional de manera directa y automáti-

¹⁷ Schedler A, “Conceptualizing and Accountability”, en Andreas Schedler *et al.* (eds), *The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, 1999, pp. 14-17.

¹⁸ Cossío, J. R., “Transparencia y Estado de derecho”, en Ackerman, John (coord.), *Más allá del acceso a la información, transparencia, rendición de cuentas y Estado de Derecho*, México, Siglo XXI, 2008, p. 10.

¹⁹ Convention on the Organization for Economic Cooperation and Development, article 1.

²⁰ “Decreto de promulgación de la Declaración del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre la aceptación de sus obligaciones como miembro de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de julio del mismo año.

ca. En otras palabras, las decisiones, recomendaciones de buenas prácticas, incluyendo acuerdos con sus miembros, con Estados no miembros y con organizaciones internacionales, serán ley para México, siempre y cuando sean aprobados por el Senado y promulgadas sus recomendaciones. Esta aclaración, quizá redundante, es pertinente, porque algunos han disertado en el sentido de que la OCDE tiene un carácter asesor principalmente en el diseño y construcción de las políticas públicas, sin que traslade una obligación para sus países miembros para su cumplimiento. En consecuencia, la OCDE puede tomar decisiones que serán obligatorias para todos los miembros, hacerles recomendaciones que caen dentro de las mejores prácticas (*soft law*), que si bien no obligan, sí representa un compromiso de aplicación en el momento que sea oportuno.²¹

En el seno de la OCDE, por ejemplo, las decisiones y recomendaciones se adoptan y son plenamente válidas por votación mayoritaria, salvo que la Organización decida por unanimidad en casos especiales. En la toma de decisiones y recomendaciones, cada miembro tiene un voto. En este sentido, la directiva o recomendación forma parte de las mejores prácticas, en este caso en la contratación pública para plantear un escenario de mejora, previo diagnóstico de la problemática. El carácter dinámico de la directiva centra sus baterías para coadyuvar a su adopción para que tenga realmente un carácter obligatorio de aplicación.

Esa obligatoriedad se hace exigible hasta que las guías, lineamientos, directrices o recomendaciones se hayan incorporado a “su ordenamiento jurídico conforme a las disposiciones de su procedimiento constitucional”.²² Si no existe un mecanismo de recepción de esas recomendaciones en una ley nacional existente o se cree otra nueva en ese mismo sentido, no existe una obligación para su cumplimiento. Sin embargo, existe una obligación implícita de hacerlo tarde o temprano, porque según el preámbulo de la Convención de la OCDE se inscribe un compromiso de que México, al igual que los demás países miembros en el sentido de que están “Decididos a perseguir estos fines de una manera consistente con sus obligaciones respecto a otras organizaciones o instituciones en las que participan u otros acuerdos de los que son parte”.²³

Además de los objetivos económicos comerciales de la OCDE, traen aparejados objetivos académicos para fomentar la investigación y promover

²¹ OCDE, artículo V.

²² OCDE, artículo VI, fracción III.

²³ Convención OCDE, Preámbulo.

la formación profesional. En materia de contratación pública, la OCDE ha generado innumerables recomendaciones, directrices y lineamientos, y ha llegado hasta estudios particulares sobre áreas estratégicas en materia de compras gubernamentales tales como el sector energético.

Destacan en este sentido la recomendación del Consejo sobre Contratación Pública del 2012, el cual se emitió con base en el artículo 5 b) del Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, firmado el 14 de diciembre de 1960; asimismo, destacan la Recomendación del Consejo sobre la mejora de los comportamientos éticos en el servicio público, que incluye los principios apropiados para favorecer la gestión de la ética en el servicio público;²⁴ la Recomendación del Consejo para mejorar el desempeño ambiental en la contratación pública;²⁵ la Recomendación del Consejo sobre directrices de la OCDE para gestionar conflictos de interés en el sector público;²⁶ el Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales; la Recomendación del Consejo para reforzar la lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales;²⁷ la Recomendación del Consejo para combatir la colusión en la contratación pública,²⁸ y la Recomendación del Consejo sobre la mejora de la integridad en la contratación pública.²⁹

Las mejores prácticas dan cauce a la congruencia institucional, orden y control de los procedimientos nacionales, e inspiran y fortalecen la gobernanza global de la contratación pública para producir mayor bienestar económico. Es indudable que redireccionan las políticas públicas; coadyuvan a la opcionalidad de los países de ajustarse a esos lineamientos que están en el orden jurídico internacional. Un objetivo legítimo de las mejores prácticas es que sean instrumentadas, que generen resultados y que midan el impacto en las legislaciones domésticas conforme a instrumentos jurídicos internacionales en materia de contratación pública y su lucha frontal contra la corrupción desarrollados en el marco tanto de las Naciones Unidas como de la Organización Mundial de Comercio o de la Unión Europea.

²⁴ [C(98)70].

²⁵ [C(2002)3].

²⁶ [C(2003)107].

²⁷ C(2009)159/REV1/FINAL].

²⁸ [C(2012)115].

²⁹ [C(2008)105].

IV. LA OCDE Y EL COMBATE AL SOBORNO

Dada la imposibilidad de analizar todos los instrumentos jurídicos que tiene en su acervo la OCDE en estos temas, nos centraremos en dos instrumentos básicos y fundamentales para la contratación pública que se ajustan a la realidad jurídica mexicana.

1. *Recomendación³⁰ del Consejo para Seguir Combatiendo el Soborno de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales³¹*

Esta Recomendación tiene aspectos interesantes relativos a la deducción fiscal, el cómo denunciar el soborno en el extranjero, los requisitos de contabilidad, auditoría externa y controles internos, ética y cumplimiento y créditos de exportación con soporte oficial. En materia de compras gubernamentales destaca el de “Ventajas públicas, incluida la contratación pública”, que de forma resumida aborda los siguientes lineamientos:

- A. Se recomienda que en las leyes y reglamentos de los países miembros deben permitir a las autoridades suspender, en un grado adecuado, la competencia por contratos públicos u otras ventajas públicas, incluidos los contratos públicos y contratos financiados por el Estado para el desarrollo, empresas que hayan sobornado a funcionarios públicos extranjeros en contravención de las leyes nacionales. En el caso del Sistema Nacional Anticorrupción, es evidente que los particulares están fuera de este esquema, ya que la nueva maquinaria normativa no es clara ni considera sanciones específicas a las empresas que se les haya probado el soborno a servidores públicos, y menos sanciones aplicables en caso de soborno de servidores públicos extranjeros.
- B. De conformidad con la Recomendación del Comité de Asistencia para el Desarrollo (CAD) de 1996 sobre propuestas anticorrupción para la adquisición de ayuda bilateral, los países miembros deberían exigir disposiciones anticorrupción en las adquisiciones financiadas con

³⁰ La recomendación está dirigida únicamente a los miembros del CAD, y lo dirige a todos los miembros de la OCDE y, finalmente, a los países no miembros que se adhieren a la Recomendación.

³¹ OECD, Working Group on Bribery in International Business Transactions, of 26 November 2009

(With amendments adopted by Council, 18 February 2010).

ayuda bilateral y promover la implementación de disposiciones anti-corrupción en las instituciones internacionales de desarrollo.

- C. Se insta a los países miembros para que apoyen los esfuerzos del Comité de Gobernanza Pública de la OCDE para implementar los principios contenidos en la Recomendación del Consejo de 2008 sobre Mejora de la Integridad en las Contrataciones Públicas,³² así como trabajar sobre la transparencia en la contratación pública en otras organizaciones gubernamentales, como las Naciones Unidas, la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la Unión Europea, y se les alienta a adherirse a las normas internacionales pertinentes, como el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC (ACP). En el caso de México, esta recomendación ha sido omitida, además de no guardar congruencia con la obligación del preámbulo de la OCDE de no poner trabas comerciales en las proveedurías de bienes y servicios conforme a los principios de la OMC, partiendo de la base de que el mercado de la contratación pública está cerrado a la competencia externa. Se ha señalado que es el momento oportuno para que México realice negociaciones de adhesión en su carácter de país de desarrollo para gozar de un periodo de transición para modernizar su sistema de contratación pública y el establecimiento de un mecanismo de profesionalización de los operadores jurídicos. Se han esgrimido las ventajas comerciales que representarían para nuestro país, considerando que la renegociación del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) no traerá beneficios adicionales en el corto plazo. Además, México tiene hasta el momento trece tratados comerciales que contienen capítulos sobre contratación pública, el cual necesita redimensionarse con las mejores prácticas globales para combatir la corrupción.³³

2. *Guía de buenas prácticas sobre controles internos, ética y cumplimiento*³⁴

Tiene como objetivo prevenir y detectar sobornos en el extranjero sobre la base de una evaluación de riesgos de una empresa, en particular los

³² OCDE [C (2008) 105].

³³ Moreno Molina, J. A. y Cancino Gómez, R., *La contratación pública internacional*, Oxford, Chartridge Books, 2018, pp. 103-108.

³⁴ This Good Practice Guidance was adopted by the OECD Council as an integral part of the *Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* of 26 November 2009, Adopted 18 February 2010.

riesgos de soborno extranjero que enfrenta la empresa. Las circunstancias y riesgos deben ser monitoreados regularmente, reevaluados y adaptados según sea necesario para garantizar la efectividad continua de los controles internos, la ética y el programa o medidas de cumplimiento de la compañía. Las empresas deben considerar, entre otras cosas, las buenas prácticas para garantizar los controles, la ética y los programas o medidas de cumplimiento efectivos para prevenir y detectar sobornos en el extranjero.

Esta directiva va dirigida a los privados para que la alta dirección establezca los controles internos a través de una política corporativa articulada y visible, con altos índices de la ética y los programas o medidas de cumplimiento en todos los niveles de la empresa. Aquí lo importante es que existe una responsabilidad solidaria entre las empresas y la autoridad para informar asuntos directamente a los órganos de supervisión independientes, como los comités de auditoría interna de los consejos de administración o de supervisión gubernamental.

V. RECOMENDACIONES DE LA OCDE PARA MEJORAR EL MARCO JURÍDICO MEXICANO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

LA OCDE ha producido una infinidad de estudios sobre contratación pública, con el propósito central de fortalecer el marco legal de los países miembros, donde existen recomendaciones viables y confiables hasta otras que resultan utópicas o de imposible ejecución, dado que la corrupción es un fenómeno social y político que ha permeado todos los niveles gubernamentales en México y ha corroído el tejido social. En ese orden de ideas, el presente trabajo retoma las recomendaciones que deben ya aplicarse para incrementar la seguridad jurídica bajo un enfoque sistémico que involucre no sólo a la autoridad, sino también a los privados y a los políticos que deben abandonar sus intereses.

En el presente trabajo resulta imposible analizar todas las guías, lineamientos y recomendaciones que ha dictado la OCDE, de tal manera que tomando en cuenta la realidad nacional, se consideran las variables más importantes para que un sistema de contratación pública sea más eficiente y eficaz. Por tanto, es prioritario:

1. *Eliminar el tratamiento preferencial en leyes y procedimientos.* En materia federal se deben eliminar las disposiciones que otorguen un trato especial y diferenciado a ciertas empresas bajo ciertas circunstancias de participación. Se deben quitar las restricciones de participación que constituyan una práctica

discriminatoria en contra de proveedores extranjeros, incluyendo a nacionales. Se pretende ampliar la cobertura de proveedores calificados de todo el mundo para participar en las licitaciones públicas independientemente de su tipo y modalidad, previo diagnóstico de los beneficios financieros y cualitativos que podrían obtenerse en el corto plazo.

2. *Limitar el uso de las excepciones a las licitaciones públicas.* Las excepciones no deben ir más allá de las reglas generales, donde debe imperar el sistema de licitaciones abiertas. Actualmente la LAASSP permite un gran número de excepciones a las licitaciones públicas, por lo que se deberán realizar evaluaciones de las incidencias del uso de las excepciones que favorecen a un proveedor en particular para reducir su uso que afecta a un mayor número de oferentes sin obtener mayor valor por dinero. Según la OCDE, las áreas que solicitan la compra de bienes y servicios (también llamadas áreas requerentes) tienen demandas muy específicas o técnicas; por su parte, las áreas que son responsables de la contratación y supervisión del contrato (denominadas “áreas contratantes”) por lo general carecen de los conocimientos técnicos.³⁵

3. *Derogar de la LAASSP el requisito de establecer un “precio Conveniente”.*

El requisito de que los compradores públicos en México no puedan aceptar ofertas por debajo de un umbral mínimo, denominado “precio conveniente”, puede poner en peligro la capacidad del gobierno para obtener el mayor valor por sus compras. Se recomienda que el establecimiento de un precio conveniente deje de ser un requisito para la evaluación de las proposiciones. Si la LAASSP no se enmienda para suprimir este precio conveniente, entonces se recomienda que para establecerlo las entidades y dependencias públicas utilicen un factor de descuento mayor al 40 por ciento. Alternativamente, las garantías que avalan la seriedad de la oferta de los proveedores se pueden utilizar como un mejor sustituto porque así no se descarta un precio potencialmente competitivo.³⁶

4. *Cambiar una serie de requisitos relativos a las juntas de aclaraciones.* De entrada, se recomienda reducir el número de juntas de aclaraciones para limitar la comunicación entre oferentes. Se recomienda que las juntas de aclaraciones se lleven a cabo de forma escalonada para evitar la colusión. Esta etapa es la más proclive a la colusión, porque se dan facilidades para intercambiar información e identificar a sus competidores de manera física; por eso la

³⁵ Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/fightingbidrigginggovernmentcontracts-mexico-oecdpartnership.htm>.

³⁶ OCDE, Combate a la colusión en los procesos de contratación pública en México, 2015, p. 66. Prácticas de la CFE con las Mejores Prácticas de la OCDE, 2015, p. 67.

recomendación de la OCDE de realizar las juntas de aclaraciones por medios electrónicos. Sin embargo, esto representa, por otro lado de la cara de la moneda, otro reto para el gobierno federal de cumplimentar una obligación adicional, dada la escasa infraestructura técnica y administrativa para la utilización de los medios tecnológicos.

5. *Eliminar varios requisitos de divulgación de información.* La OCDE refiere que los precios de referencias, la identidad de los oferentes y el valor de las ofertas facilitan la manipulación en la contratación pública, y sugiere que sean modificados los requisitos y poner a disposición la información seis meses después de la conclusión de la licitación, así como toda la información de los contratos adjudicados.

6. *Promover cambios legislativos para regular a las ofertas conjuntas.* Actualmente, según el marco jurídico federal en materia de contrataciones, se deben aceptar ofertas conjuntas a menos que justifiquen por qué no están dispuestos a permitirlo. Aquí el criterio debe cambiar, es decir, que los licitantes conjuntos argumenten sus razones y beneficios en términos de competencia, siempre y cuando la convocatoria así lo determine.

7. *Evaluar la necesidad de impulsar reformas relacionadas con la figura del abastecimiento simultáneo.* “Dividir un contrato entre múltiples proveedores puede facilitar la colusión, al minimizar el efecto de competencia entre los oferentes. Como resultado de ello, se recomienda realizar un estudio para evaluar la frecuencia de uso de abastecimiento simultáneo entre la totalidad o una muestra de los compradores públicos en México”.³⁷ Esta recomendación resulta complicada de realización, no tanto para justificar o no el empleo de los contratos con abastecimiento simultáneo, sino por las prácticas monopólicas o relativas en México y los intereses comerciales en juego, donde la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) no ha realizado la tarea, y menos cuando se trata de contratación pública para razonar la utilización de este tipo de contratos y su consecuente modificación legal.

8. *Instituir ciertos requisitos de información con respecto a la subcontratación.* En la legislación mexicana aún no se encuentra regulada esta figura, por lo que la OCDE recomienda establecer los requisitos para realizarla, porque es una práctica recurrente. El establecimiento de requisitos a nivel de ley podría frenar un acuerdo colusorio, por lo que deberá estipularse en la convocatoria a la licitación pública las obligaciones que deberán cumplir los licitantes en sus ofertas, tales como indicar el área posible de subcontratación, identificar las empresas sujetas a esa subcontratación, y circunstanciar

³⁷ OCDE, *Combate a la colusión en los procesos de contratación pública en México*, 2015, p. 67.

las necesidades y razones para llevarla a cabo para no poner en riesgo la ejecución del contrato.

9. *Permitir a las micro, pequeñas y medianas empresas participar en ofertas subsecuentes de descuento (OSD) de manera independiente.* En la legislación mexicana, en vez de promover la participación de las micro, pequeñas y medianas empresas en forma individual en las ofertas subsecuentes de descuento, se les limita y prohíbe su participación, por lo que es urgente armonizar la norma nacional a esta recomendación.³⁸

10. *Reformar la LAASSP y otras leyes federales de contratación pública para exigir certificados de determinación de oferta independiente (CDOI).* Con el propósito de evitar el soborno, la colusión y el fraude, la OCDE recomienda introducir una cláusula en los contratos públicos para prevenir la manipulación de las licitaciones mediante la firma de los licitantes de un CDOI. Este certificado es una cláusula contractual mediante la cual los participantes se comprometen a presentar una oferta que no está relacionada con otras, así como a revelar todos los hechos sobre cualquier comunicación que hayan tenido con sus competidores respecto de la licitación en cuestión. Es elemento disuasivo que podrá utilizarse en tribunales para probar actos irregulares o ilícitos, pero que implica introducirlo como una obligación en las leyes competentes, aunque puede introducirse ya dentro de las normas internas de las dependencias gubernamentales mediante Pobalines.³⁹

11. *Incrementar la participación de los testigos sociales.* Ahora, con la aparente ciudadanización del Sistema Anticorrupción en México, se debe reforzar el papel de los testigos sociales en los procedimientos de licitación para vigilar la transparencia del procedimiento. De tal forma que deben fungir como testigos todos aquellos que tengan experiencia y conocimiento en el ámbito litigioso y académico. Además, deben diseñarse cursos de formación no sólo para los testigos sociales, sino también para todos los operadores jurídicos que gravitan dentro del SNA con los problemas que existen en materia de competencia económica y de manipulación de los contratos públicos.

12. *Contratación pública electrónica.* Se recomienda la contratación electrónica en todo el procedimiento de contratación, utilizando las tecnologías de la información y la comunicación, pues permiten garantizar la transparencia y el acceso a la información conforme al principio de transparencia. Un resultado tangible es la competitividad y simplificación de los procedimien-

³⁸ Artículo 28, LAASSP y artículo 38 del RLAASSP.

³⁹ Políticas, Bases y Lineamientos en Materia de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios.

tos de adjudicación de contratos y la gestión correspondiente. La adecuada instrumentación reduce los costos.

Las herramientas electrónicas deben ser modulares, flexibles, expansibles y seguras, a fin de que se garanticen la continuidad de las actividades, la privacidad y la integridad, se dispense un trato justo y se proteja la información sensible, a la vez que se dispone de las capacidades y funciones necesarias que permitan la innovación en la actividad. Las herramientas de contratación electrónica deberán ser sencillas de utilizar, adecuadas a sus fines y, en la medida delo posible, ser homogéneas entre todas las entidades que participan en la contratación pública.⁴⁰

13. *Revisión de sanciones.* De nada sirven las sanciones, porque son letra muerta. El soborno, la colusión y la corrupción no se generan por una de las partes, ya sea autoridad o licitante; más bien existe un acuerdo entre ellas para eludir desde el cumplimiento de los requisitos considerados en las convocatorias hasta las sanciones relacionadas con la realización parcial o el incumplimiento de los contratos adjudicados. Esto es todo un tema que requiere un tratamiento aparte; pero esto no obsta para decir que es importante realizar una nueva revisión de las sanciones, uniformar las sanciones en todos los niveles gubernamentales (federales, estatales, organismos constitucionales autónomos, etcétera). Habrá que determinar los montos de las garantías, de las multas y dirimir si deben exigir penas más altas, o establecer con prontitud tribunales especializados en contratación pública. Las sanciones deben tener una corresponsalía con los tipos y modalidades de contratación, delimitar su jurisdicción y aclarar los caminos de defensa legal, dándole mayor importancia a los mecanismos alternativos de solución de controversias.

VI. CONCLUSIONES

1. Las mejores prácticas caen dentro del derecho indicativo o *soft law*, que es un concepto que tiene muchas aristas de interpretación y grados de aplicación. En el caso de la OCDE aglutina un conjunto de estudios y recomendaciones de carácter abierto y flexible que no necesariamente obligan hasta en tanto no se incorporen sus disposiciones en la legislación interna de sus países miembros. De tal manera que complemen-

⁴⁰ OECD, Mexico's e-Procurement System, Redesigning Compranet through Stakeholder Engagement, 2017.

tan el marco jurídico y se constituyen en obligaciones internacionales siempre y cuando exista la voluntad política.

2. La OCDE reconoce que la contratación pública es la clave de la actividad económica de las administraciones públicas y el desarrollo económico de los países. Por eso, se debe erradicar la mala gestión, la colusión, el soborno, el fraude y la corrupción que hace mal uso del dinero público, aportado por los contribuyentes. De tal forma que recomienda que México se adhiera al ACP de la OMC para que realmente se obligue a establecer un sistema uniforme a nivel nacional en materia de contratación pública, en estricto apego a los principios de transparencia, no discriminación y equidad procedimental.
3. En el marco legal del SNAM, se debe establecer un comité de contratación pública, administrado por la Secretaría Ejecutiva del SNA, integrada por los representantes de las dependencias que conforman el SNA, incluyendo a representantes de la academia para incorporar mejoras normativas desde una perspectiva global que considere las mejores prácticas internacionales.
4. Asimismo, es altamente prioritario establecer un mecanismo de profesionalización de la contratación pública en los distintos niveles de gobierno, donde la formación, capacitación y actualización sean los principales referentes conforme a las mejores prácticas globales.
5. En consonancia con el artículo 5o. de la Ley General del SNA, que también impone a los entes públicos la obligación de crear y mantener condiciones estructurales y normativas que permitan el adecuado funcionamiento del Estado en su conjunto y la actuación ética y responsable de cada servidor público, es urgente determinar los objetivos y un cronograma de trabajo que coordine la Secretaría Ejecutiva del SNA para generar productos de investigación, de capacitación y de asesoría. Se requiere poner en blanco y negro las principales tareas para mejorar la eficiencia y eficacia en la contratación pública.

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO UN DERECHO. SUS INTERROGANTES EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Isaac Augusto DAMSKY*

SUMARIO: I. *Aproximación valorativa a la participación ciudadana.* II. *Déficits y percepciones negativas sobre los mecanismos de participación.* III. *La participación ciudadana como derecho humano. Sus tres núcleos de protección.* IV. *El derecho a participar en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema.* V. *La participación ciudadana y su reflejo en el marco normativo de las contrataciones administrativas de la ciudad de Buenos Aires.* VI. *Invocación final.*

I. APROXIMACIÓN VALORATIVA LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

Un extendido consenso campea en torno al compromiso activo de las instituciones y técnicas del derecho público con la definición democrática del Estado, afincada en la dignidad de la persona humana, en donde la partici-

* Profesor adjunto regular por concurso de derecho administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y fundador de las asignaturas optativas: “La internacionalización del derecho administrativo” y “La protección del patrimonio cultural”. Miembro del “European Group of Public Law at European Public Law Organization” (EPLO). Miembro fundador y titular de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, de la Asociación Internacional de Derecho Municipal y de la Asociación de Derecho Público del Mercosur. Miembro honorario de la Asociación Mexicana y Nicaragüense de Derecho Administrativo y de la Asociación Mexicana de Magistrados en lo Contencioso Administrativo. Profesor extranjero invitado de derecho administrativo y del patrimonio cultural en universidad latinoamericana y europeas. Consejero editorial extranjero de revistas jurídicas especializadas de derecho público en Colombia, México y Brasil, disponible en: www.isaacagustodamsky.com.

pación ciudadana está llamada a cumplir un rol central.¹ Y no es para menos, puesto que el modelo democrático vive hoy en día momentos especialmente trascendentes en cuanto a su extensión, dado que jamás en la historia existieron tantos Estados que se organizaran según los parámetros de lo que se entiende mayoritariamente por democracia.² Pero al mismo tiempo, en las últimas décadas se verifica un generalizado rechazo social sobre el tradicional sistema representativo afincado en los partidos políticos, acaso operando una divisoria entre la sociedad civil y la sociedad política.³

Con ello, también se ha operado un cuestionamiento al modelo democrático representativo, que pasó a ser percibido como eminentemente formal⁴ a través de movimientos que reclaman una democracia real frente a la democracia que poseemos.⁵ Ello se exteriorizó en demandas de creación de espacios de participación política que permitieran un mayor protagonismo de la sociedad civil a través de la puesta en práctica de mecanismos de democracia participativa o de las distintas formulaciones de la democracia deliberativa,⁶ que, paradójicamente, actualizaron al modelo democrático representativo, fortaleciéndolo y sin plantear su sustitución.⁷

Palabras aparte, esta última afirmación reviste importancia, porque tal como advirtió el profesor Moderné —siguiendo el pensamiento de René Capitant— la democracia semidirecta en América Latina constituye un “último apoyo” de la democracia representativa, se verifica de manera “prudente y residual” y ha obtenido muy rápidamente los favores del constituyente latinoamericano, porque responde a la preocupación de racionalizar y de mejorar el funcionamiento del sistema representativo. Además, agrega que aún desde una concepción universalista en el antiguo debate ideológico entre la democracia representativa y la democracia directa, los argumentos no han sufrido el paso del tiempo: la democracia semidirecta o “participativa” no pretende ofrecer un modelo alternativo a la democracia represen-

¹ Pérez Alberdi, Reyes, “Derechos de participación en los estatutos de autonomía de última generación”, *Deliberación*, núm. 2, Aragón, octubre de 2012, p. 36.

² Cebrián Zazurca, Enrique, “Democracia y tecnología en época de crisis”, *Deliberación*, núm. 2, pp. 57 y ss.

³ Vargas, Jean-Paul, “Participación ciudadana y concertación en Centroamérica”, *Deliberación*, núm. 2, octubre de 2012, Aragón, España, pp. 72,73 y ss.

⁴ Vargas, Jean-Paul, *op. cit.*, p. 98.

⁵ Cebrián Zazurca, Enrique, *op. cit.*, p. 58.

⁶ *Ibidem*, p. 57.

⁷ Me remito al pensamiento del querido jurista y profesor francés Franck Moderné plasmado en su lúcido trabajo “El resurgimiento de los procedimientos de democracia semidirecta en los regímenes presidencialistas de América Latina”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 6, 2002, pp. 339-359.

tativa. Se propone, al contrario, consolidarla asociando más o menos estrechamente el ciudadano a la toma de decisiones políticas o a la emanación de normas que quedarán oficialmente asumidas bajo la égida de gobiernos democrático-representativos.⁸

Ésta es la concepción actualmente imperante contra la cual puede contrastarse otra tesis que verifique una evolución de la democracia representativa —más que su reafirmación— de su tradicional cuño cerrado a una concepción abierta debido al impacto que las técnicas participativas y deliberativas operen sobre su estructura tradicional, según resulten plasmadas como principio, objetivo o derecho. Como quiera que fuere, lo cierto es que todo el cuadro expuesto ha posibilitado un muy atractivo y renovado entrelazamiento conceptual entre democracia y derecho público, potestades y revigorización de los derechos, abriendo el camino a la resignificación de ciertos fundamentos de legitimidad y algunas concepciones troncales del derecho administrativo clásico que —hasta no hace mucho— lucían inmovibles.⁹

Una de sus manifestaciones radica en la visualización positiva de la participación ciudadana, que resulta extendidamente elogiada a punto tal que existe acuerdo en conceptualizarla como un principio que se ha convertido en el paradigma del funcionamiento democrático de las últimas décadas,¹⁰ una condición inherente y fundamental de las personas y como un derecho humano. Y se la ha elogiado por permitir al ciudadano influir directa o indirectamente en los procesos de decisión y ejecución de políticas públicas, y expresar en toda su dimensión su condición de actor social de una comunidad,¹¹ si bien bajo el riesgo de captación o manipulación por parte de estructuras organizadas de la sociedad civil con atributos de poder cuyas capacidades de imposición desplazarán la voz espontánea de las personas

⁸ Moderné, Frank, *op. cit.*, p. 340, con cita a Aguiar de Luque, Luis, “Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español”, en *La experiencia constitucional* (bajo la dirección de Trujillo, G. *et al.*), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 67.

⁹ Buen ejemplo del fenómeno descrito lo encontramos presentado en el celebrado trabajo del profesor español Jaime Rodríguez Arana-Muñoz, largamente publicado en el espectro jurídico de toda América Latina titulado “El derecho a la buena administración” (*cit.*, *Deliberación*, núm. 2, pp. 13 y ss.) y “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa” (*Misión Jurídica*, núm. 6, Bogotá, 2013, pp. 23 y ss.) y en *El ciudadano y el poder público. El principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*, Madrid, Reus, 2012.

¹⁰ Me remito en su totalidad al análisis de la profesora Miriam Ivanega en *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, 2a. ed. actualizada, Buenos Aires, *Rap*, pp. 142, 143 y 146, y en “Instrumentos de participación ciudadana en la formación de los contratos administrativos”, *Revista de Derecho Público, Contratos Administrativos II*, Rubinzal Culzoni, 2007-2.

¹¹ Vargas, Jean-Paul, *op. cit.*, p. 71.

individuales.¹² Entiendo que lo expuesto permite esbozar a los fines de este trabajo algunos de los fundamentos conceptuales básicos que en la actualidad se involucran en la participación ciudadana y son necesarios tomar en consideración para una apropiada presentación del tema que me ocupa. No obstante, la trascendencia de los fundamentos de legitimidad del derecho a la participación amerita sin duda alguna ser tratada con mayor detenimiento en futuros trabajos de quien esto escribe.

II. DÉFICITS Y PERCEPCIONES NEGATIVAS SOBRE LOS MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN

Es un dato de la realidad que a pesar de numerosos esfuerzos institucionales, jurisprudenciales y doctrinarios, la participación ciudadana en general sigue sin satisfacer en plenitud toda la expectativa depositada, continúa aún sin alcanzar aceptables niveles de efectividad ni tampoco concita demasiado entusiasmo ni en las personas individualmente consideradas ni en los principales efectores de la sociedad civil, y pierden predicamento y resultan parcialmente eclipsadas por técnicas como las denominadas “gobierno electrónico”, primero, y “gobierno abierto”, en la actualidad, las cuales, a su vez, también generan dudas en torno a su efectividad. Precisamente porque todos estos mecanismos participativos tienen en común que surgen más por una promoción de parte de actores externos a la ciudadanía que por una iniciativa propia de los actores, individual u organizadamente considerados, redundando en una baja —o nula— espontaneidad e iniciativa de los ciudadanos.¹³

En ese orden, con carácter crítico se ha explicado la realidad cotidiana de utilización de la participación ciudadana como un resorte o mecanismo potestativo mediante el cual la administración local sólo se involucra con la ciudadanía para consultarla o para canalizar las iniciativas vecinales, en la creencia de que se trata de un resorte del que puede disponerse libremente como algo que podía ser utilizado o no, en función del modelo de política que el equipo de gobierno quisiera utilizar en contrario de su plasmación normativa como técnica administrativa obligatoria.¹⁴ Es decir, en deliberado desconocimiento de su sustancia normativa y de sus fundamentos de legitimidad.¹⁵ Para la autora, entre varias razones, ello resulta atribuible a la

¹² *Idem.*

¹³ *Idem.*

¹⁴ Sanchez-Sanchez, Zulima, “La participación ciudadana en el ámbito local, hacia el gobierno abierto”, *cit.*, p. 127.

¹⁵ *Ibidem*, p. 129.

desconfianza que concita en la clase política la implementación de mecanismos aperturistas. Su apreciación es válida en nuestro contexto. Remarca la desconfianza de la clase política hacia la participación, acaso afinada en la hegemónica argumentación de que, allende las cláusulas participativas, sea como fuere siempre se recurrirá al argumento de que la Constitución declara que nuestro sistema político es el de la democracia representativa, por lo que la responsabilidad y la rendición de cuentas, al final, recaen sobre el representante elegido democráticamente.¹⁶

La organización estatal, en su mayoría, percibe a los mecanismos de participación ciudadana con recelo y desconfianza, y tampoco aprecia a sus declamadas virtudes como palmarias. Y aunque nos cueste aceptarlo, corresponde también decir que, acaso, las mismas dudas y prevenciones embargan también a la sociedad civil y a las personas individualmente consideradas, porque éstas resultan deliberadamente desalentadas a participar.¹⁷ Es un insoslayable dato de la realidad.

Este desaliento, no se nos escapa, se afinca en la difusa “vinculatoriedad” de los mecanismos participativos. Problema que mereció tratamiento por nuestro máximo tribunal en el caso “Cepis” en 2016, al reafirmar la amplitud y operatividad del derecho a la participación en el marco de audiencias públicas, unido al deber de la autoridad de tomar en consideración las posiciones allí ventiladas.¹⁸

Por ello, se genera una percepción ambigua en las personas que, acaso también paradójicamente, ora descreen de estos mecanismos —claudicando en sus esfuerzos por reclamarlos— ora bregan por una mayor transparencia e inserción de todos en aquello que debiera ser de todos.

Así, no es ocioso advertir que gobernantes y gobernados visualizan más las sombras que las luces que ofrece la participación, siendo que acaso para el funcionariado los mecanismos participativos sean un difuso y riesgoso instrumento burocrático que conspira contra la celeridad de gestión.

¹⁶ Autora y trabajo citado, p. 129.

¹⁷ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas-Derechos Humanos, “Comentario a la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos”, Bogotá, OACDH, 2012. Especialmente al expresar: “Los expertos en derechos humanos también han considerado que la reducción del espacio democrático amenaza el pleno disfrute de los derechos civiles y políticos y repercute en la vida de las personas corrientes, que cambia sin su opinión y en contra de su voluntad. Algunos Estados imponen no solo obstáculos jurídicos sino también prácticos a la participación” (p. 6).

¹⁸ CSJN, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/Ministerio de Energía y Minería s/amparo colectivo” (*fallos*: 339: 1077), 18 de agosto de 2016; considerandos 15, 16, 18, 19 la sentencia, considerandos 16 y 17 del voto del juez Rosatti y considerando 12 del voto del juez Maqueda.

Es una tendencia actual —acaso irreversible— de las ciencias de la administración y gestión de las políticas públicas que la administración, hoy, discurre por técnicas de gestión por metas, objetivos y resultados mensurables en hitos progresivos, estructurados en breves plazos, computados en tableros de control dentro de los cuales toda instancia que no resulte estrictamente indispensable, directamente conducente, y pueda omitirse, se recorta. Y en esas descalificaciones frecuentemente cae la participación. La gestión pública no dimensiona su utilidad, sino que por el contrario, la visualiza como un innecesariamente peligroso instrumento distractivo. Una instancia ralentizadora. Un enemigo de las muy ajustadas agendas e hitos estructurados dentro de los breves tiempos de gestión. Menos aún la comprende como un derecho que pueda resultar exigible y escasamente comprende sus beneficios.

Quizá no sea osado reconocer que ello resulte entendible y que desde el derecho tenemos mucha responsabilidad. Repárese que en tanto principio su formulación no encuentra reflejo en previsiones concretas de cuño clásico y cerrado y en tanto derecho resulta formulado en las normas individuales con carácter general e indefinido, pero sin especificación de sus contenidos, alcances y garantías instrumentales y procesales. Menos aún el ordenamiento legal resulta dotado de sistematicidad. No se lo interconecta a las concretas instancias de gestión a las que, paradójicamente, está llamado a operar. Por consiguiente, no es extraño que perviva un comprensible recelo o desinterés administrativo, y que ello determine que se visualice a la participación como instancia superflua —recortable por innecesaria—, o peor como instrumento riesgoso, pues al no definirse sus concretos contenidos y alcances engendra el peligro de erigirse en un punto de fuga de los objetivos de gestión.

Este cuadro desalentador se acentúa al comprobar que desde la óptica del sistema de derechos la participación, al igual que los de acceso, no se encuentra suficientemente desarrollada, en muchos casos no pasa de ser un “derecho emergente”¹⁹ sin especificación de contenidos y alcances, y reviste

¹⁹ “Los derechos humanos emergentes son reivindicaciones legítimas de la sociedad civil dirigidas a la formulación de nuevos o renovados derechos humanos. Hace sesenta años que se redactó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Desde entonces, tanto las sociedades nacionales como la sociedad internacional han sufrido profundas transformaciones a medida que se intensificaba la globalización, apareciendo como resultado nuevas y apremiantes necesidades humanas. Los derechos humanos emergentes pretenden traducir estas nuevas necesidades en nuevos derechos... nace de una visión integradora de los derechos humanos. Pretende acabar con la dicotomía histórica en la que se han dividido los derechos humanos: civiles y políticos y económicos, sociales y culturales. Y pretende superar las contradicciones entre los derechos colectivos y los individuales Estas reivindicaciones

una efectividad ambigua, por encontrarse desprovista de los atributos de eficacia propios de los derechos de petición, y sólo ocasionalmente merecen el reconocimiento jurisprudencial.

Siendo así el apuntado desinterés cívico luce comprensible, pues aun en los contados casos —como el que específicamente me ocupa en materia de contrataciones públicas— aun cuando la participación es especificada como derecho en un ordenamiento especial suele frecuentemente resultar desactivada como tal.²⁰ Es que tal como se advierte en doctrina, la participación a veces es formulada como un objetivo de la norma, otras como un derecho —y allí habrá que ver si se lo plasma con aceptable especificación o si resulta formulado a título general o bajo contornos ambiguos, como el caso que nos ocupa hoy— y en más de una oportunidad nos aparece tan sólo como un principio rector de la actuación de los poderes públicos, todo lo cual conspira contra su efectividad.²¹

Y es un dato de la realidad que la visualización de la participación como un derecho requiere de un esfuerzo especial. Primero, porque tal como trataré en términos generales, si bien puede apreciársela como un derecho protegido desde el sistema de los tratados de derechos humanos, lo cierto es que ello requiere de los esfuerzos de una hermenéutica que desarrolle una perspectiva contextualizada del principio de progresividad y la interpretación evolutiva de los derechos humanos.²² Segundo, porque el ordenamiento administrativo particular la formula en términos generales y fragmentarios, porque la menciona como principio y obligación del poder público, pero luego omite especificarla y conectarla a cada una de las fases o instancias procedimentales llamadas a regir, al punto que sólo logra su dimensionamiento cuando se la integra al plano constitucional superior que, en el caso que me ocupa de la Ciudad de Buenos Aires, lo encontramos en ciertas previsiones constitucionales que principian en su cláusula primera. Ello verifica déficits que justifican las aportaciones de este trabajo y su reconfiguración en tanto derecho con otros que aún lucen en ciernes y vinculan con nuevas

han adoptado distintas formulaciones, entre las que destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes, elaborada en el marco del Forum Universal de las Culturas de Barcelona en septiembre de 2004, y aprobada en el Forum de Monterrey (México) en noviembre de 2007” (Véase “Derechos Humanos Emergentes”, Institut de Drets Humans de Catalunya (IDHC), disponible en: www.idsc.org).

²⁰ Pérez Alberdi, Reyes, *op. cit.*, p. 37.

²¹ Pérez Alberdi, Reyes, “Derechos de Participación en los Estatutos de Autonomía de última generación”, *cit.*, p. 37.

²² Varios autores, Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. Christian Steiner y Patricia Uribe (coords.), Buenos Aires, Eudeba, 2014. Me remito al comentario de los artículos 1o., 2o., 26, 29 y 31 de la Convención.

modalidades de relacionamiento con lo público, que en la actualidad convergen en la fórmula del gobierno abierto.

III. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO UN DERECHO HUMANO. SUS TRES NÚCLEOS DE PROTECCIÓN

Como corolario de lo dicho hasta aquí no cabe duda de que resulta paradójico abordar los mecanismos participativos como un derecho. Por una parte, se verifica un extendido consenso doctrinario respecto de la visualización positiva de los mecanismos participativos a tal punto que no sólo se la tematiza como un principio²³ —el principio de participación— implicando en ello un sentido y legitimidad superior a su originaria concepción como un objetivo instrumental en la planificación estatal, sino que se concordó en reconocerla como un derecho que cuenta con reconocimiento constitucional y parcial sustancia legal,²⁴ por la plasmación de sus principales manifestaciones a través de ordenamientos particulares,²⁵ y se llegó a jerarquizarla como un derecho de raigambre superior.²⁶

²³ Ivanega, Miriam, “Instrumentos de participación ciudadana en la formación de los contratos administrativos”, *Revista de Derecho Público, Contratos Administrativos II*, Rubinzal Culzoni, 2007-2; Stortoni, Gabriela, *El ciudadano en los procedimientos contractuales. El principio de participación*; Sánchez-Sánchez, Zulima, *Estudio práctico de las asociaciones. Democracia directa y otras formas de participación ciudadana. Doctrina, jurisprudencia, formularios*, Valladolid, Lex Nova, 2004.

²⁴ Ver las menciones normativas especiales presentadas por la profesora Miriam Ivanega en *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*, 2a. ed. actualizada, Buenos Aires, Rap, 2013, p. 142.

²⁵ Me remito a Stortoni, Gabriela, *El ciudadano en los procedimientos contractuales. El principio de participación* con cita a: Sacristán, Estela, *Audiencia pública y otros procedimientos consultivos en el dictado de actos administrativos de alcance general (nulidades por su omisión)*, LL 1999-B-480; Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, t. II, 6a. ed., actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 305.

²⁶ Me remito a dos antiguos trabajos de mi autoría: Damsky, Isaac Augusto, “Los derechos de participación en el control administrativo del sector público a partir de la reforma constitucional de 1994”, en Varios autores, *A una década de la reforma constitucional*, Bidart Campos-Gil Domínguez (coords.), Buenos Aires, Ediar, 2004, pp. 172-197. Y muy especialmente a los términos y finalidades participativos —planteados más de veinte años atrás— dentro de los que inscribí mi análisis sobre los objetivos y racionalidades que justificaban la existencia del Defensor del Pueblo en Damsky, Isaac Augusto, “El Defensor del pueblo. Reflexiones acerca de su función promocional del cambio”, *Jurisprudencia Argentina*, 11 de junio de 1997, p. 37. Estrictamente vinculado a las racionalidades del derecho a participar en la contratación pública, ampliar en Rejtman Farah, Mario, “Contrataciones públicas transparentes: un desafío en la emergencia”, en Varios autores, *El contrato administrativo en la actualidad*, Agustín Gordillo (dir.), LL, 2004, pp. 116 y ss. Ampliar en Sánchez-Sánchez, Zulima, *op. cit.*, *Estudio*

Este largo íter de legitimidad por el que discurrió la participación en por lo menos algo más de cuarenta años²⁷ debiera operar la legítima expectativa sobre su operatividad plena y generalizada aceptación y, en parejo orden, la discusión actual debiera situarse en sus nuevos confines, en sus alcances procesales o, en términos generales, respecto de los aspectos atinentes a la expansión de sus atributos de sistematicidad y efectividad. Más aún debido al reconocimiento que le prodigó la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, al igual que el tratamiento merecido en numerosos pronunciamientos de los fueros especializados.

Sin embargo, como ya se ha planteado, ello no es así porque aún hoy los esfuerzos siguen centrándose en su estadio inicial. En los esfuerzos por la concientización de sus beneficios. Seguimos en una instancia fundacional, inicial, en la que los esfuerzos se sitúan en la comunicación de los beneficios que promueve el ejercicio activo del derecho a participar. Aún no se ha llegado a un umbral de reconocimiento y aceptación que posibilite escalar al estadio siguiente de su desarrollo.²⁸

El contexto presentado determina que resulte entonces útil intentar presentar la protección jurídica de la participación como derecho desde el sistema internacional e interamericano de derechos humanos.²⁹ El derecho de participación se integra en tres núcleos que se reconocen en los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos.

1. *La formulación general del derecho a la participación*

El primer núcleo se integra por aquellas cláusulas que formulan en términos generales al derecho de participación en condiciones de igualdad en

práctico de las asociaciones. Democracia directa y otras formas de participación ciudadana. Doctrina, jurisprudencia, formularios” Valladolid, Lex Nova, 2004.

²⁷ Recomiendo con énfasis la atenta lectura de un valiosísimo libro del ilustre profesor Agustín Gordillo, que fue la primera obra científica en América Latina sobre participación ciudadana, bajo un preciso enfoque contextual en su tiempo, pieza que debiera ser erigida a la jerarquía de obra fundacional en ésta materia. Me refiero a *Planificación, participación y libertad en el proceso de cambio*, Buenos Aires, Macchi, 1973.

²⁸ Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Promoción, protección y efectividad del derecho a participar en los asuntos públicos en el contexto del derecho vigente de los derechos humanos: mejores prácticas, experiencias y obstáculos y medios de superarlos” (A/HRC/30/26), 23/07/2015.

²⁹ Respecto a la actualidad de los términos generales de protección de los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos y su proyección específica al derecho administrativo fronteras adentro del Estado, ampliar en Gutiérrez Colantuono, Pablo, “La dimensión dinámica y abierta de los derechos humanos, la Constitución Nacional y las administraciones públicas” (*La Ley*, 18/01/2018).

la vida política y pública como elemento central del concepto de “democracia integradora”.³⁰ Desde esta concepción imperante en los organismos internacionales de derechos humanos se enfatiza el contenido amplio del derecho a participar, dado su carácter esencial para la realización democrática.³¹

El reconocimiento se plasma en fórmulas que postulan el derecho a participar en forma directa en la dirección de los asuntos públicos y en el derecho de acceso a la función pública. Ello comprende “los derechos de todas las personas a participar plenamente en los procesos públicos de adopción de decisiones que les conciernen y a ejercer efectivamente su influencia en ellos”, y abarca los derechos a que se les consulte en todas las etapas de la redacción legislativa y la formulación de políticas, a expresar críticas y a presentar propuestas destinadas a mejorar el funcionamiento y la inclusión de todos los órganos gubernamentales que intervienen en la dirección de los asuntos públicos.³² Este derecho se encuentra indisolublemente unido a otros derechos humanos, que trataré en el segundo núcleo, tales como el derecho de reunión y asociación pacífica, libertad de expresión y opinión, y los derechos a la educación y a la información, que coadyuvan al ejercicio del derecho a participar.

Debemos situarlo con carácter principal en las siguientes cláusulas:

El artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³³ (PIDCP) al reconocer que “Todos los ciudadanos gozarán... sin restricciones indebidas,³⁴ de los siguientes derechos y oportunidades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos,³⁵ directamente... c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.³⁶

³⁰ Informe anual- Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos e informes de la Oficina del Alto Comisionado y del Secretario General, 30/06/2014, A/HRC/27/29, pp. 3 y 4.

³¹ Disponible en: www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/EqualParticipation.aspx.

³² Informe anual citado A/HRC/27/29, párrafo 21, p. 7 con cita a la Observación General 21 (2009) del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³³ El artículo 25 se completa con la Observación General Interpretativa de 1996 (Observación General 25. Comité de Derechos Humanos. Artículo 25. Participación en los Asuntos Públicos y Derecho de Voto. PIDCP. 57 Periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/REV.7 AT 194, 1996) y con la jurisprudencia adoptada por el Comité de Derechos Humanos (disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/EqualParticipation.aspx>). Destaco la centralidad de la Observación General 25 en la materia remitiéndome a sus términos.

³⁴ Observación General 25, punto 4o.

³⁵ *Ibidem*, punto 5o.

³⁶ *Ibidem*, punto 23.

El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en especial su primera disposición, en la que se señala la universalidad de participación en los asuntos políticos directamente o por medio de representantes. Este artículo 23.1.a) es prácticamente idéntico al artículo 25.a del PIDCP, lo que realza la importancia y efectividad de la Observación General 25 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas.³⁷

Así, se ha dicho que en las formulaciones de estas cláusulas y su interpretación contenida en la citada OG 25 es central advertir dos reafirmaciones: primero, que los derechos político-electorales son descritos fuera de la cerrada definición de la contienda electoral, y se mencionan casos en los que la participación directa de los ciudadanos se encuentra garantizada por dichos derechos, y, segundo, que se obliga a los Estados a aplicar el principio de no discriminación y de no imponer restricciones excesivas en toda situación en que se haya establecido una modalidad de participación directa de los ciudadanos.³⁸

Esto es de importancia, porque tal como ha concluido la doctrina especializada de derechos humanos:

...ante los avances en la implantación de un modelo electoral liberal en América Latina, la Corte IDH en los casos de derechos políticos está llamada a jugar un papel que trascienda un modelo estrictamente afinado en la participación electoral, hacia uno más amplio y efectivo de participación política. Los Casos *Castañeda Gutman vs. México* y *Yatama vs. Nicaragua*, ya nos hablan del rumbo a tomar, en el que la Corte IDH estará llamada a abrir espacios a sectores tradicionalmente excluidos tanto de la participación electoral como política en general... Sin embargo, para poder lograr este objetivo, el Sistema Interamericano debe de ser sensible ante regresiones de corte autoritario que pasan por alto un avance democrático en la región que no debe admitir marcha atrás, como la actuación de poder fácticos al margen de los Estados... o, la cada vez más grande brecha entre los partidos políticos y los electores.³⁹

Sentado lo anterior, y bajo la orientación expuesta, se agregan las previsiones del artículo XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, al reconocer en términos generales el derecho de toda persona a “tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio

³⁷ Caballero Ochoa, José Luis y Rábago Dorbecker, Miguel, en Varios autores, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Christian Steiner-Patricia Uribe, Buenos Aires, Eudeba, 2014, pp. 562 y 563.

³⁸ *Idem*.

³⁹ *Ibidem*, p. 578.

de sus representantes”; el artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al estipular —de manera similar— que “toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país directamente... y el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país”.

Destaco la especial cualificación con la que el sistema internacional de los derechos humanos promueve y protege a la participación en instrumentos internacionales cuyo eje de protección reviste alta sensibilidad,⁴⁰ tales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, que en su artículo 5o., incisos “c” y “d”, especifica “el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley... en el goce de los derechos siguientes... a participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel, y el de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas”, comprendiendo en ellos los consecuentes derechos instrumentales consagrados en los apartados VIII (libertad de opinión y expresión) y IX (libertad de asociación y reunión) del inciso “d”; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 7o. y 8o.);⁴¹ la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículos 4.3, 29 y 33.3);⁴² la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 41 y 42), la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de las Naciones Unidas (artículos 5o. y 18), la Declaración y el Programa de Acción de Durban (artículo 22), la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (artículos 1.1, 2 y 8.2) y la Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos (artículo 8o.). Y en los ámbitos regionales, la igualdad de derechos políticos también está protegida por varios instrumentos, entre otros el Primer Protocolo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 3o.), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 13).

⁴⁰ Informe citado de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/EqualParticipation.aspx>.

⁴¹ Caballero Ochoa y Rábago Dorbecker, *op. cit.*, p. 575, con cita a los casos: “Caso del penal Miguel Castro-Castro vs. Perú” (25/11/2006); “Caso González y otras (“Campo Algodonero”) (16/11/2009); “Caso Fernández Ortega y otros” (30/08/2010); “Caso Rosendo Cantú y otra” (31/08/2010); “Caso Atala Riffo e Hijas vs. Chile” (24/02/2012). Véase Recomendación General 23 de Naciones Unidas (1997), sobre vida política y pública mencionados por los autores y obra, citada en pp. 575 y 576.

⁴² Caballero Ochoa, José Luis y Rábago Dorbecker, Miguel, *op. cit.*, p. 578.

2. Derechos instrumentales interrelacionados con la participación

El segundo lo conforman derechos de libertad de pensamiento, opinión y expresión, junto con el derecho de reunión y la libertad de asociación, que se encuentran interrelacionados y coadyuvan al ejercicio del derecho a participar pues a este efecto, revisten un contenido instrumental que los vincula indisolublemente.⁴³

Se consagran principalmente en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sobre libertad de investigación y expresión; el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el reconocimiento al derecho a la libertad de investigación y su apoyatura en el derecho a la verdad, y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su reconocimiento al derecho “a la libertad de pensamiento y expresión comprensivo de la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”.

Por ello, merece destacarse lo dicho por la doctrina especializada⁴⁴ respecto de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana experimentada en la última década y media respecto a “el derecho a la libertad de expresión” o “libertad de expresión”, que había sido escasamente tratado hasta 2001. El punto de inicio en su análisis se dio en la Opinión Consultiva OC-5/85 (13/11/1985),⁴⁵ en la que establecieron dos pilares básicos para la interpretación del artículo 13 de la Convención. Por el primero, denominado el “estándar democrático”, la Corte Interamericana propuso que la libertad de expresión es un valor, que si se pierde pone en peligro la vigencia de los principios esenciales para la existencia de una sociedad democrática, por lo cual la calificó de “piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática... condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada... una sociedad que no esté bien informada, no es plenamente libre”.⁴⁶ El segundo, “el estándar de las dos dimensiones”, postula que el contenido de la libertad de expresión no debe vincularse sólo con el aspecto individual del derecho, sino que también se relaciona con la dimensión colectiva o social del mismo, porque este

⁴³ *Ibidem*, p. 564.

⁴⁴ Bertoni, Eduardo y Zelada, Carlos, “Comentario al artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos”, en Varios autores, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Christian Steiner-Patricia Uribe, Buenos Aires, Eudeba, 2014, pp. 322 y ss.

⁴⁵ Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana de Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5, citada por Bertoni, Eduardo y Zelada, Carlos, en *op. cit.*, pp. 322 y ss.

⁴⁶ Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”, nota I, pfo. 70, citado por Bertoni, Eduardo y Zelada, Carlos, en *op. cit.*, p. 324.

derecho “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. Estos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención Americana tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos, donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales. Es decir, se implica un “derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”.⁴⁷

Muy brevemente corresponde tratar en los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos el derecho de reunión (artículo 15) y a la libertad de asociación (artículo 16 y artículos 20 de la DUDH, XXII de la DADDH, 22 del PIDC, 8o. del PIDESC, etcétera) debido a la apuntada interrelación con el plexo de derechos expuesto, porque, tal como explica la doctrina especializada, constituyen un presupuesto indispensable para consumir esa combinación de esfuerzos. Más aún tratándose de la intervención de defensores de derechos humanos,⁴⁸ en la medida en que opera como cauce para el ejercicio de otros derechos de participación.⁴⁹ El derecho de reunión forma parte del contenido esencial de la libertad de asociación. Se encuentran ínsitamente relacionados y jerarquizados por su finalidad de desarrollo y fortalecimiento de sociedades inclusivas y democráticas.⁵⁰

Así, la citada doctrina especializada enfatiza con insistencia en que el derecho de reunión —comprensivo del derecho de manifestación—⁵¹ se en-

⁴⁷ Autores y trabajo citado, con referencia al párrafo 30 de la OC-5/85, p. 324.

⁴⁸ “Declaración sobre el Derecho y el Deber de los Individuos, los Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos” (conocida como “Declaración sobre los Defensores de los Derechos Humanos”), aprobada por Resolución 53/144 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 9 de diciembre de 1998.

⁴⁹ Informe anual del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos, “Factores que obstaculizan la participación política en condiciones de igualdad y medidas para superar esas trabas” (A/HRC/27/29), Consejo de Derechos Humanos, 27o. periodo de sesiones, 30 de junio de 2014. Especialmente su comentario al artículo 8o., párrafo 2, de la Declaración citada (p. 19).

⁵⁰ Mujica, Javier, comentario a los artículos 15 y 16, en Varios autores, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Christian Steiner-Patricia Uribe, Buenos Aires, Eudeba, 2014, pp. 356 y ss., y especialmente, p. 361).

⁵¹ Comentario sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas.

cuentra íntimamente vinculado a los derechos de expresión y participación, recreando los términos del Tribunal Constitucional español en su sentencia 85/1988 del 28 de abril de 1988, al sostener: “el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión... que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo”.⁵² En este contexto, llegó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a jerarquizarlos como derechos que posibilitan el aseguramiento de la “existencia y el funcionamiento de una sociedad democrática”, motivo por el cual “la protección de tales derechos puede comportar no sólo la obligación del Estado de no interferir... sino requerir, en ciertas circunstancias, medidas positivas...” para su efectividad.⁵³

Respecto de la importancia del derecho de asociación, se ha dicho que si bien constituye una prerrogativa de todas las personas, su protección adquiere una significación especial cuando reposa en cabeza de personas que lo ejercen para defender y promover los derechos y libertades de los demás, como el caso de los defensores de derechos humanos —actividad de interés público así calificada por la Corte IDH—,⁵⁴ calificándose tal ejercicio como “herramienta fundamental”⁵⁵ para el ejercicio de forma plena y cabal de las acciones de defensa y promoción de derechos.

3. Progresividad, garantía mínima y mayor protección

Y el tercer núcleo se afina en las centralidades de la progresividad o desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales como indisolublemente relacionados con los principios de garantía mínima y pro persona y sus plasmaciones en la preferencia de la norma más protectora y el principio de conservación de la norma más favorable. Principios y reglas

⁵² Autor y trabajo citado, p. 361 con cita a otras sentencias del Tribunal Constitucional de España: sentencias 66/1995; 196/2002 y 301/2006.

⁵³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.116, Doc. 5, rev. 1 corr, Washington, 22 de octubre de 2002, pfo. 359, citado por Mujica, Javier, *op cit.*, p. 357.

⁵⁴ Autor y trabajo citado, p. 381 con remisión a Informes de la Comisión IDH (“sobre la situación de las defensoras y los defensores de los Derechos Humanos en las Américas”; “sobre Democracia y Derechos Humanos en Venezuela”, etcétera).

⁵⁵ Autor y trabajo citado, p. 380, con remisión a la doctrina sentada en el Informe Anual de 1998 de la Comisión IDH (16/04/1999), p. 1237.

que jamás es ocioso recrear —y más aún en nuestro ámbito del derecho administrativo, en cuya arena preponderan contiendas sobre operatividad de los derechos económicos, sociales y culturales sobre las que frecuentemente opera la participación ciudadana— porque confieren fuerza expansiva a los derechos humanos.⁵⁶ Por ello los menciono no sin antes advertir que excede muy largamente a los propósitos del presente trabajo un abordaje minucioso.

Como es sabido, se cristalizan principalmente en los artículos 26 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al postular su desarrollo progresivo e interpretación evolutiva; el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el principio de progresividad previsto como obligación del Estado, y que se complementa con la regla de no regresividad de su artículo 5.2; el artículo 28 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al postular el derecho al desarrollo de “un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”. Y en todo ello no pueden soslayarse los dos deberes fundamentales que consagra el sistema interamericano de derechos humanos en orden al respeto de los derechos humanos y de garantía de su libre y pleno ejercicio, tal como se establece en los artículos 1o. y 2o. de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin los cuales no sería posible ni la interpretación evolutiva ni el desarrollo progresivo.⁵⁷

4. *En síntesis: el derecho a participar como un derecho en sí mismo*

Tal como ha expresado el Alto Comisionado de Naciones Unidas

...el derecho a participar es un derecho humano fundamental por sí mismo, así como un derecho que permite el pleno ejercicio de muchos otros derechos

⁵⁶ Sobre la prevalencia de una interpretación siempre a favor de la protección y promoción de la dignidad de las personas, véase Gutiérrez Colantuono, Pablo, “La dimensión dinámica y abierta de los derechos humanos, la Constitución Nacional y las administraciones públicas” (*La Ley*, 18/01/2018).

⁵⁷ En sentido homenaje me remito a las enseñanzas del entrañable profesor Jorge Luis Salomoni al decir: “Allí se establecen claramente las pautas hermenéuticas evolutivas de los tratados de derechos humanos, al prescribir, entre otros supuestos, que ninguna de las disposiciones de la Convención puede ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano... la aplicación de estos principios abre el campo para una interpretación evolutiva que tiene en cuenta la dinámica de la conducta social y de la apreciación de los valores protegidos por las convenciones” (Salomoni, Jorge Luis, “Teoría general de los servicios públicos, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, pp. 453 y ss.).

humanos. Desempeña una importante función en la identificación y reparación de la discriminación porque contribuye a que las opiniones y los intereses de todos los miembros de la sociedad se reflejen en la legislación, las políticas y otras formas de adopción de decisiones públicas. El derecho a la participación en la vida pública y política tiene un gran alcance... pasando por formas directas e indirectas de participación en la dirección de los asuntos públicos a todos los niveles, desde el local hasta el internacional. El concepto de participación en la vida pública y política evoluciona y varios mecanismos internacionales de derechos humanos han reconocido que los derechos de participación abarcan en la actualidad el derecho a ser consultado y a tener las mismas oportunidades efectivas de participar en los procesos de toma de decisiones sobre todas las cuestiones de interés público.⁵⁸

De forma coincidente se reconoció que la denegación del derecho a participar

...debe poder recurrirse judicialmente y se debe disponer de recursos apropiados si se ha violado ese derecho. La adopción de un marco jurídico que incluya el derecho explícito de las personas y los grupos a participar en la elaboración, aplicación y evaluación de las políticas, los programas y las estrategias que afectan a sus derechos... es la forma más propicia de lograr la plena efectividad... el ejercicio del derecho a participar... también depende de la transparencia y el acceso a una información completa, actualizada y comprensible. Esa información debe estar disponible de forma gratuita y con suficiente antelación. La participación aumenta... cuando las decisiones importantes... se pueden debatir. Los mecanismos de participación deben basarse en el empoderamiento y el fomento de la capacidad... la vida pública también se ha visto enriquecida por nuevas formas de participación, como las iniciativas de los ciudadanos o el gobierno electrónico, y mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones.⁵⁹

⁵⁸ Informe anual del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos, “Factores que obstaculizan la participación política en condiciones de igualdad y medidas para superar esas trabas” (A/HRC/27/29), Consejo de Derechos Humanos, 27o. periodo de sesiones, 30 de junio de 2014, p. 20.

⁵⁹ Informe anual del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos, “Promoción, protección y efectividad del derecho a participar en los asuntos públicos en el contexto del derecho vigente de los derechos humanos: mejores prácticas, experiencias y obstáculos y medios de superarlos” (A/HRC/30/26), Consejo de Derechos Humanos, 30o. periodo de sesiones, 23 de julio de 2015, pp. 19 y 20, párrs. 71, 72, 73 y 75.

IV. EL DERECHO A PARTICIPAR EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA CORTE SUPREMA

Conteste con el enfoque expuesto, en 2016 la Corte Suprema argentina, en el fallo “Cepis”,⁶⁰ tuvo oportunidad de enmarcar el derecho a la participación en materia de audiencias públicas, enraizando sus fundamentos de legitimidad en la mención de las implicancias de la democracia deliberativa para enfatizar la necesidad de ajustar las audiencias a las exigencias de una real deliberación democrática que evite vaciarlas de sentido o desnaturalizarlas en prácticas usuales de autolegitimación del poder.⁶¹ Se advierte en nuestro máximo tribunal un razonamiento compatible con las ya tratadas ratios de derechos humanos.⁶² Sin hesitar, puede verificarse que, para este caso, en materia de derechos de participación no hay contraposición, sino complementariedad argumental entre lo dicho por la Corte Interamericana en los precedentes citados en mi trabajo y lo expresado por la Corte Suprema.⁶³

⁶⁰ CSJN, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo” (fallos: 339: 1077), 18 de agosto de 2016.

⁶¹ Gargarella, Roberto, “6 puntos sobre el fallo Cepis (sobre tarifas)”, en su blog: “Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política. Una mirada igualitaria sobre el constitucionalismo”, ingreso del 19 de agosto de 2016, disponible en: <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2016/08/6-vinculos-y-diferencias-que-tengo-con.html>.

⁶² Esta compatibilidad interpretativa entre la CADH y la CSJN en materia de derechos de participación no contradice, en su estado actual, a las ratios bajo las que nuestro máximo tribunal ha establecido recientemente los alcances de la jurisdicción de la Corte Interamericana referenciados a la doctrina del margen de apreciación nacional, a partir de la premisa “la CADH crea «una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos» (considerandos 8o. del voto de mayoría en C.S.J.N., «Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D’Amito vs. Argentina» por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fallos: 340:47, 14 de febrero de 2017)”.

⁶³ La apuntada complementariedad va en línea con el criterio sentado en el Fallo citado en la nota anterior, al destacar: “la protección internacional que otorgan los órganos de supervisión de la Convención es de carácter subsidiario” y remarcar “esta comprensión del rol de los tribunales internacionales de derechos humanos como actores subsidiarios” (considerandos 9o. y 10 del voto de mayoría en C.S.J.N., “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D’Amito vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, fallos: 340:47). Criterio de nuestro máximo tribunal luego confirmado a través de los considerandos 1o. y 2o. de la Resolución C.S.J.N. N° 4015/17, del 5 de diciembre de 2017 al especificar que “la Corte Interamericana de Derechos Humanos aclaró que su decisión anterior... no implicaba que esta Corte Suprema tuviese la necesidad jurídica de revocar su sentencia” y que “esta aclaración es plenamente consistente con los argumentos desarrollados por este Tribunal para fundar su pronunciamiento... en el que se decidió la improcedencia de revocar una de sus sentencias

Este fallo lucirá entonces estrictamente argumentado desde una hermenéutica constitucional interna sustentada en las referencias a los debates de la convención constituyente de 1994, tal como expresamente reconoce.⁶⁴

En mi opinión, el fallo sentará los siguientes reconocimientos y definiciones en materia de participación:

Primero, que en materia de audiencias públicas “el texto constitucional puesto en vigencia reconoce en esta materia la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas con un contenido amplio, traduciendo una faceta del control social que puede manifestarse de maneras distintas”.⁶⁵

Segundo, que “este nuevo derecho resulta operativo”, aclarando que reviste “operatividad inmediata” en “la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos”⁶⁶ y que no está condicionado a la actuación reglamentaria ulterior del Congreso,⁶⁷ por lo cual dejó en claro: “Como concordemente subrayó el Tribunal es bien sabido que la Constitución tiene la condición de norma jurídica y que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando, como en el caso, se encuentra en debate un derecho humano”.⁶⁸ Ello es central, porque tal reconocimiento conecta con

pasada en autoridad de cosa juzgada”, reafirmando así las definiciones que nuestra Corte ha comenzado en la actualidad a establecer en materia de límites y alcances de la efectividad y validez de los derechos humanos, abriendo a una muy trascendente polémica acaso acorde con las manifestaciones que la realidad mundial comienza a exhibir en las que parecieran comenzar a campar nuevos estándares de preeminencia y compatibilidad entre lo nacional y lo internacional de la mano de una resignificación de la sempiterna noción de soberanía y consecuente reformulación de la supranacionalidad y la internacionalización, acaso, con trastocamiento de sus premisas y bases de sustentación —que hasta no hace mucho se creían inmovibles— tales como el *spillover* en la evolución de la gobernanza global o la progresividad de los derechos fundamentales.

⁶⁴ Considerando 15 de la sentencia de Corte.

⁶⁵ Considerando 15 de la sentencia de la Corte, considerando 11 del voto del juez Maqueda y considerando 16 del voto del juez Rosatti al especificar los siguientes atributos de la audiencia pública: “es un mecanismo participativo «abierto» (desde el punto de vista de los partícipes), «amplio» (desde el punto de vista temático) y «deliberativo» (desde el punto de vista actitudinal), requisitos que no se congregan en cualquiera otra modalidad participativa”.

⁶⁶ Gelli, María Angélica, “Acciones de clase, derechos y atribuciones razonables de los poderes estatales en materia de tarifas de «Cepis» a «Abarca», (LL-sup. const. 2016 (noviembre), 09/11/2016, 7-La Ley 2016-F, 212, AR/DOC/3184/2016) al explicitar: “De la sentencia en «CEPIS» surge claro el derecho operativo de los usuarios a la celebración de audiencias previas, en materia de modificación de tarifas, o de algún medio de participación al respecto... El derecho resulta operativo sin ley o con ley contraria o restrictiva”.

⁶⁷ Considerando 16 de la sentencia de la Corte y considerando 12 del voto del juez Maqueda.

⁶⁸ Considerando 16 de la sentencia.

los postulados de la tutela judicial y administrativa efectiva reforzando la protección de estos derechos, que bajo tal formulación deben encontrarse protegidos por el “derecho a las garantías judiciales” (artículo 8o., CADH) y “derecho a la protección judicial” (artículo 25, CADH) en pos de una validez y efectividad tangible.⁶⁹

Tercero, la reafirmación de la plena operatividad del derecho de participación mediante la delimitación precisa de los límites dentro de los cuales el legislador debe ejercer su obligación de reglamentación de derechos. Expresa que es al legislador “al que corresponde prever el mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso”; es decir, “la determinación circunstanciada de los diversos procedimientos y situaciones bajo los cuales tendría lugar el nuevo derecho consagrado expresamente”, pero estableciendo que si bien “Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos”, lo que implica “garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos”.⁷⁰ Y remata el deber del legislador bajo el señalamiento de que “es imperativo constitucional garantizar la participación ciudadana en instancias públicas de discusión y debate susceptibles de ser ponderadas por la autoridad”.⁷¹

Cuarto, especificando el interés público comprometido en concreto en materia de participación. Ello es mediante la jerarquización de la participación en tanto técnica de consecución de “elevados fines institucionales”⁷² delimitados en el fallo al establecer: “lo que genuinamente se persigue es profundizar el fiel ejercicio de derechos por parte de los ciudadanos en una sociedad democrática, y no acrecentar por parte de los poderes políticos su catálogo formal de instituciones nominales vaciadas de todo contenido, que únicamente aumentan sus credenciales democráticas y que solo pretenden legitimar decisiones verticales tomadas con anterioridad”.⁷³ En parejo or-

⁶⁹ Damsky, Isaac Augusto, “Derechos humanos y mecanismos de interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad”, en Varios autores, *El derecho administrativo hoy. 16 años después*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Rap, pp. 540 y ss., y en Ibañez Rivas, Juana María, comentarios a los artículos 8o. y 25, en Varios autores, Steiner, Christian y Uribe, Patricia, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Buenos Aires, Eudeba-Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

⁷⁰ Considerando 16 de la sentencia.

⁷¹ Considerando 18 de la sentencia.

⁷² Considerando 19 de la sentencia.

⁷³ Considerando 19 de la sentencia y considerando 16 del voto del juez Rosatti.

den, lo dicho conecta también con el elemento finalidad del acto administrativo tratado.⁷⁴

De allí que tal especificación posibilite enraizar tales fines en las racionalidades democrático-deliberativas a las que se orienta la plena operatividad del derecho de participación⁷⁵ así trazado por el máximo tribunal como una técnica que confiere previsibilidad, legitimidad y transparencia a las democracias contemporáneas.⁷⁶

Así, establecerá que

La participación... con carácter previo... constituye un factor de previsibilidad... y disminuye las estadísticas de litigación judicial sobre las medidas que se adoptan. Ello es consistente con la noción de democracia deliberativa, porque los términos de la cooperación que propone son concebidos como razones que los ciudadanos o sus representantes responsables se dan recíprocamente en un continuado proceso de justificación mutua. El debate público mejora la legitimidad de las decisiones al requerir criterios comprensivos de las distintas posiciones para arribar a un consenso entrecruzado, que si bien no conducirá a lo que cada uno desea individualmente permitirá en cambio lo que todos deseamos, es decir, vivir en una sociedad ordenada sobre la base de un criterio más realista de justicia.⁷⁷

Quinto, el reconocimiento de la interdependencia del derecho de participación con el derecho de acceso a la información y con el plexo de derechos de libertad de pensamiento, opinión y expresión y los derechos de asociación y de reunión que resultan conceptualizados como “condiciones de cumplimiento imprescindible” para la concreción de una participación efectiva.⁷⁸

Sobre el derecho de acceso a la información, lo define como “un derecho de contenido sustancial” y como “un elemento fundamental de los derechos”, pues “es un presupuesto insoslayable para poder expresarse fun-

⁷⁴ Barra, Rodolfo, “El caso «CEPIS»: su trascendencia para el derecho público” (Buenos Aires, LL, 14/12/2016, 14/12/2016, 6-*La Ley*2016-F, 470, AR/DOC/3805/2016).

⁷⁵ Barra, Rodolfo, trabajo citado, al decir: “la obligatoriedad de la audiencia pública y previa al dictado de los reglamentos tarifarios para el servicio público del gas natural, como expresión e instrumento de la democracia participativa y deliberativa (la que complementa, sin sustituir, a la democracia representativa-electoral)”.

⁷⁶ Considerando 16 del voto del juez Rosatti en su conexión con el pensamiento de Carlos Nino.

⁷⁷ Considerando 18 de la sentencia de Corte y el considerando 15 del voto del juez Maqueda.

⁷⁸ Considerando 19 de la sentencia y considerando 16 del voto del juez Rosatti.

dadamente”, precisamente, porque faculta a “recibir de parte del Estado información adecuada, veraz e imparcial”. Siendo así, especifica que conllevará el derecho y la obligación de “oír a todos los sectores interesados, deliberar y formar opinión sobre la razonabilidad de las medidas que se adoptaren por parte de las autoridades públicas, intentando superar las asimetrías naturales que existen entre un individuo y el Estado”.⁷⁹

Respecto del segundo plexo de derechos, los establecerá de manera implícita como “segunda condición” para un eficaz ejercicio del derecho de participación determinado

...por la celebración de este espacio de deliberación entre todos los sectores interesados, con un ordenamiento apropiado que permita el intercambio responsable de ideas en igualdad de condiciones y mantenga en todo momento el imprescindible respeto por el disenso, bajo el connatural presupuesto de que constituye un foro de discusión por un tiempo predeterminado en función de las circunstancias del caso y no de decisión, que se mantiene inalterada en manos de la autoridad pública.⁸⁰

Sexto, corolario de todo el contexto de jerarquización presentado y, en mi opinión, uno de los más destacables pasajes del fallo se determina por la inferencia de vinculatoriedad que la Corte le atribuye a la audiencia pública. Aunque haya sido así señalado expresamente en el fallo, éste y no otro es el elemento que posibilita cualificar la trascendencia jurídica de la omisión de celebrar audiencia pública en un procedimiento administrativo de determinación de cuadro tarifario, y que, consecuentemente, posibilita determinar la magnitud del vicio sobre el elemento procedimiento.⁸¹ El fallo logrará tal construcción a través de la conexión que establecerá entre el derecho de participación y el derecho a la decisión fundada.⁸² Ello también

⁷⁹ Considerando 19 de la sentencia.

⁸⁰ Considerando 19 de la sentencia.

⁸¹ Me remito al análisis del profesor Rodolfo Barra (Barra, Rodolfo, “El caso «CEPIS»: su trascendencia para el derecho público”, Buenos Aires, LL, 14/12/2016, 14/12/2016, 6-*La Ley*2016-F, 470, AR/DOC/3805/2016).

⁸² Me remito al pensamiento de la profesora María Angélica Gelli al explicitar que la Corte en este punto reconoció que “Los usuarios tienen derecho a la celebración de las audiencias, que constituyen instancias de deliberación, no de decisión en términos estrictos. Pero, como ya se dijo, lo que surja de las audiencias no debe ignorarse por la Administración quien debe considerar y apreciar lo que allí se diga y obrar en consecuencia” (Autora y trabajo citado: “Acciones de clase, derechos y atribuciones razonables de los poderes estatales en materia de tarifas de «Cepis» a «Abarca», Buenos Aires, L.L.-sup. const. 2016 (noviembre), 09/11/2016).

es trascendente, porque el derecho a la decisión fundada que antes fungía como contracara del derecho de petición, ahora luce también como atributo de los derechos de participación y acceso, como lógica derivación de los postulados democrático-deliberativos.

Nuestro máximo tribunal estableció: “este derecho compromete, precisamente, ese momento decisorio, pues todas las etapas anteriores constituirían puro ritualismo si la autoridad no considerara fundadamente en oportunidad de tomar las resoluciones del caso, las situaciones y argumentaciones que se expusieron en la audiencia y el modo en que ellas inciden en las medidas que se adoptan”.⁸³ Ello luce trascendental, y constituye un paso adelante, un salto de calidad institucional en el cual se vislumbra la plasmación del pensamiento del juez Maqueda junto al juez Lorenzetti. Es que la participación sin vinculatoriedad equivale a no participación. Precisamente porque aquella originaria participación “no vinculante” que alumbraron los marcos regulatorios de la era privatizadora si bien resultó trascendental en su tiempo requería del empoderamiento ahora especificado a modo de lógica evolución de un sistema de derechos efectivos que pareciera recién ahora lucir un poco más tangible.⁸⁴ Acaso, sin referencia expresa, nuestro máximo tribunal haya, silenciosa, pero certeramente, erigido su construcción a partir de las líneas directrices trazadas en los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos, y en ello haya otorgado renovada vigencia al lineamiento jurisprudencial trazado veinte años atrás en el celebrado caso “Youssefian” sentenciado por la Sala IV de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, cuya ejemplar doctrina corresponde ser hoy elogiada por quien esto escribe.⁸⁵

⁸³ Considerando 19 de la sentencia y considerando 17 del voto del juez Rosatti.

⁸⁴ Sacristán, Estela, “Entre la Ley del Gas y la Ley de Emergencia”, Rda 2016-108, 05/12/2016, 1254, AP/DOC/1148/2016. La autora expresa, en lo atinente al derecho de participación: “CEPIS... ha puesto de relieve, a deshora, las cualidades y méritos de la participación ciudadana”.

⁸⁵ CNCAF, Sala IV, “Youssefian, Martín c. Secretaría de Comunicaciones” (23/06/1998). El Tribunal sostuvo que los mecanismos de participación ciudadana, en este caso la audiencia pública, “importa un mecanismo de formación de consenso de la opinión pública, una garantía de transparencia de los procedimientos y un elemento de democratización del poder” (Considerando XXVIII). Y estableció que la reforma constitucional incluyó “una serie de nuevos derechos y garantías para los ciudadanos” que “han abierto nuevos cauces para su participación, adoptándose figuras de democracia semidirecta” (considerando XXXI). Merece especial referencia el voto del juez Uslenghi al establecer: “la profundización del sistema democrático de gobierno, en nuestros días, pasa por asegurar con canales jurídicos idóneos la articulación de la voluntad ciudadana, y por promocionar una expresión más de ella (confr. Alejandro J. Uslenghi y Walter O. Gatti, «Aportes para una teoría de la participación administrativa», R.A.P., 162-40)... si bien el derecho a la participación ciudadana —aún

V. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y SU REFLEJO EN EL MARCO NORMATIVO DE LAS CONTRATACIONES ADMINISTRATIVAS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

La estructuración presentada sobre el derecho a la participación toma especial cuerpo en el ordenamiento constitucional local, pues ya desde la cláusula primera de la Constitución de los porteños se principia declamando el mandato de “organizar sus instituciones como democracia participativa” reforzado por la consagración del principio de publicidad de los actos de gobierno contenido en la misma cláusula primera.

Este cariz participativo nutrió de sentido a las 49 cláusulas de derechos del título primero de la Constitución local. Reflejo de ello se vislumbró en el primer ordenamiento de la Ciudad pleno en invocaciones de garantismo, participación, pluralidad y vecinalismo; tal el caso de la Ley 6 de Audiencias Públicas, cuyo contenido si bien es central en la materia que me ocupa excede largamente su tratamiento.

Sin embargo, a este énfasis inicial no le sucedió un ordenamiento administrativo particular susceptible de contener sostenidamente aquella orientación pluralista, ciertamente, aún hoy de avanzada. De allí el gran problema que enfrentamos cuando hablamos de participación en los contratos locales: las grandes fórmulas participativas resultarán soterradas y difusas dentro de un marco administrativo local, que si bien se presenta como nuevo, se estructuró bajo los estrictos cánones clásicos de especificación del ejercicio de las potestades estatales debido al fuerte arraigo institucional de los usos administrativos contenidos en ello. Me refiero a los regímenes normativos principales sobre los que se apoya la formación y ejecución de

antes de la reforma constitucional del año 1994— se encontraba encapsulado dentro de la trama de derechos y garantías no enumerados, pero que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno (confr. art. 33, Constitución Nacional), teniendo en consideración la jerarquía constitucional otorgada a los pactos internacionales enunciados en el párr. 2o. del inc. 22 del actual art. 75, no puede dejar de señalarse que hoy se encuentra expresamente citado... La regulación de un procedimiento previo al dictado de actos de alcance general que contemple la participación ciudadana es altamente beneficiosa, en orden a conseguir una mayor eficacia en la acción de los órganos administrativos y en punto a lograr un máximo grado de acierto en la decisión. La intervención en el trámite de sujetos portadores de intereses colectivos proporciona a la Administración, además de aportes técnicos, la oportunidad de realizar una valoración preventiva de las consecuencias políticas y sociales de sus actos, esto es, del agrado u oposición que puede encontrar una futura decisión. Ello, sin perjuicio de constituir una razonable reglamentación del derecho de los interesados a participar en las decisiones administrativas trascendentes que hacen al gobierno o dirección de los asuntos públicos”.

los contratos, las leyes de administración financiera, regímenes generales y especiales de contratación y procedimiento administrativo.

Así, el sistema contractual de la Ciudad se apoya básicamente en dos grandes normas generales: la Ley local 70, versión vernácula de arquitectura muy similar a la Ley de la Administración Financiera Nacional, y la Ley 2095, denominada “Ley de Compras y Contrataciones de la Ciudad...”.

Respecto de la primera, la Ley 70, corresponde decir que principia — con énfasis — su articulado consagrando en su artículo tercero que el sistema de control público se asienta en “*la obligación de los funcionarios de rendir cuentas*”, emulando así —o acaso fungiendo de contracara de— aquel *broccardo* revolucionario francés contenido en el artículo décimo quinto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, que proclamaba: “La sociedad tiene derecho a pedir a todos sus agentes cuentas de su administración”.

Luego, la Ley 70 prosigue con el mismo ahínco estableciendo en su artículo noveno que “Se garantiza la participación de la población en la elaboración y seguimiento del Presupuesto Anual, del Programa General de Gobierno y del Plan de Inversiones Públicas del Gobierno de la Ciudad a través de foros temáticos y zonales...”.

También consagra de manera indubitable en su artículo décimo, que “Los sistemas establecidos y regulados por esta Ley y toda norma que se dicte en consecuencia tendrán en consideración las prioridades de asignación de recursos elaboradas por instancias de participación de la población”.

Y finalmente llega a establecer en su artículo 29, que “El presupuesto de la Ciudad de Buenos Aires, tiene carácter participativo, el cual se garantiza mediante la consulta a la población en el proceso de elaboración y seguimiento”.

Sin embargo, más allá de estos altos anhelos de apertura y participación, el articulado comienza progresivamente a omitir su pormenorización, precisamente, en aquellas normas en las cuales debieran haber estado previstos.

Un buen ejemplo de ello lo constituyen los denominados “objetivos de los sistemas de gestión pública” trazados en su artículo doce, orientados a proveer de datos, metodología e información “necesaria para que las decisiones públicas se tomen siguiendo los principios de economía, eficacia y eficiencia”, mas no en el principio de participación, cuya falta de mención, ahora sí, a partir de aquí —excepción hecha del apuntado artículo 29— comenzará a ser notoria y absolutamente extraña a los seis sistemas de administración financiera que luego desarrolló la ley —a partir de sus artículos

26 en adelante— entre los cuales se cuenta, ciertamente, el sistema de compras y contrataciones que aquí nos ocupa hoy.

Así, resulta elocuente que para cada uno de los sistemas se prevé un órgano rector en el que se concentran, como resorte exclusivo y cerrado, las potestades decisorias de cada uno sin reconocer, sin prever y sin incluso mencionar la posibilidad de mecanismo o instancia participativa alguna. Un ejemplo de ello es lo que acontece en el artículo 14 en materia del órgano rector de los sistemas de programación de la acción de gobierno y del de Inversión Pública. O en su artículo 39 respecto de la consagración de la Oficina de Presupuesto como el órgano rector del sistema presupuestario del sector público.

Aquí encontramos una notoria contradicción del sistema rayana en el sarcasmo, porque, precisamente, el presupuesto que tantas veces se declamó y edictó como participativo resulta ahora —por mandato expreso de sus artículos 48, 49 y 50— resorte exclusivo del Poder Ejecutivo, en orden a “determinar los lineamientos generales del proyecto de ley” sobre la base exclusiva de “los anteproyectos preparados por las jurisdicciones y entidades”, debiendo el Poder Ejecutivo presentar el Proyecto de Ley de Presupuesto General a la Legislatura antes del 30 de septiembre del año anterior para el que rige. Tal es lo dispuesto por las normas citadas. Así, el mentado presupuesto participativo se encuentra desvinculado y deviene un mecanismo que no se encuentra obligatoriamente integrado a las formas esenciales previas a la emisión del proyecto de ley ni tampoco a su debido trámite legislativo ulterior.

Lo propio acontece en materia de cierre de cuentas con motivo del cierre del ejercicio presupuestario. Es que el último párrafo del artículo 70 es prístinamente claro al disponer que la información reunida al cierre es “centralizada en la Contaduría General para la rendición de cuentas del ejercicio que debe remitir anualmente el Poder Ejecutivo a la Legislatura”. Huelga decir que ningún atributo exterioriza el sistema en orden a concretar reivindicación alguna de aquel mentado *broccardo* revolucionario francés atinente al soberano derecho del pueblo a la rendición de cuentas de sus administradores, el cual, así las cosas, quedará reducido a la futilidad de las bravatas retóricas.

Y lo mismo se verifica en la Ley 2095 de compras y contrataciones de la Ciudad. Si bien comporta una estructura afín a las previsiones del régimen nacional contenido en los Decretos 1023/2001 y 1030/2016 en orden a la implementación de tipologías y modalidades contractuales más dinámicos y actuales, se mantiene, en cambio, dentro de la sustancia procedimental clásica cerrada —por ende, no participativa— de concentración de potestades

licitatorias y de ejecución contractual de dirección, control, interpretación, sanción y extinción de procedimientos y contratos, en cabeza —ora— de órgano rector —ora— de unidades operativas de adquisiciones —honrando el mandato de centralización normativa y descentralización operativa (dicho sea de paso) siempre interna, cerrada y no abierta— con el consecuente mantenimiento del consabido muy estrecho margen de actuación de derechos de petición y acceso —propios de la dogmática licitatoria tradicional— restringidos a los sujetos legitimados clásicos del procedimiento administrativo tradicional afincados en los estrechos —y por demás superados— confines de los derechos subjetivos y los inciertos intereses legítimos.

Entonces, ambas normas tienen en común el hecho de que verifican la paradoja apuntada: un grandilocuente enunciado del principio de participación, que luego no encuentra ni eco ni especificación concreta en su articulado, que, por lo demás, modula y resuelve por remisión a las consabidas técnicas generales y tradicionales del procedimiento administrativo clásico. Veamos con algún detalle posible cómo se manifiesta esto en la ley local de compras.

Esta norma también principia —con énfasis— su articulado al declarar en el inciso octavo de su artículo séptimo que “La contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y... la utilización de las tecnologías informáticas que permitan... facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión... de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad”.

Y remata en el párrafo final del mismo artículo séptimo la siguiente admonición:

Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden... los que servirán de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de la presente ley y como parámetros para la actuación de los funcionarios y dependencias responsables.

Pero al no prever la inclusión y desarrollo sistemático de mecanismos y resortes apropiados de actuación del derecho de participación que posibiliten vehiculizar una gestión abierta, éstos, en la cotidianidad de la actuación concreta, se tornan ilusorios.

Un buen ejemplo de ello lo constituye la cláusula de ronda de consultas y elaboración participada de pliegos de bases y condiciones. Así, su artículo 88 establece como resorte exclusivo de la autoridad la facultad de convocar

a una “etapa previa... para que los interesados formulen sugerencias y observaciones al pliego”, cuando la complejidad o el monto del procedimiento de selección lo justifiquen, ciertamente, a exclusivo criterio de la autoridad. Vale decir, la participación, en estos cánones, es entendida sólo como un resorte, un recurso más del que cuenta el Poder, mas no como un derecho exigible, puesto que no conlleva ningún atributo operacional propio de los procedimientos y sistemas abiertos.

Para comprobar esta aportación baste detenerse en la contracara de esta instancia abierta. Me refiero a lo dispuesto en el artículo 83 sobre los recaudos de tramitación de las observaciones e impugnaciones.

Dispone la norma que “toda observación, impugnación, reclamo o presentación similar... debe ser tramitado conforme las disposiciones de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad”. Se restituye así a las formas clásicas de actuación del derecho administrativo tradicional, en el cual tenemos que: 1) se reconocerá sólo un estrecho derecho a peticionar y recurrir, enmarcado dentro de los cánones del debido proceso adjetivo, que por ser anterior en su evolución —me refiero al derecho a peticionar como un estadio anterior a los derechos de participación y acceso— no será susceptible de contener a éstas nuevas formas abiertas de expresión; 2) que como corolario de lo anterior cualquier pretensión impugnatoria sólo podrá ser deducida por quien encuadre dentro de las estrechas categorías de legitimación procesal clásicas afincadas en el ideario del derecho subjetivo, pero muy difícilmente resultará formalmente admitido quien invoque intereses o derechos colectivos, y, finalmente 3), dado que la participación, si bien es declamada como principio y como derecho, al no encontrarse entrelazada con efectividad y vinculatoriedad a los procedimientos de formación de la voluntad estatal, no se encuentra por ende erigida como un atributo o exigencia de los debidos procedimientos previos, esenciales y sustanciales previstos en la norma ni tampoco integrada a las formas esenciales de validez del contrato administrativo.

Se verifica la contradicción apuntada en la cual la participación se declama, pero no se entrelaza ni como derecho ni como instancia previa, obligatoria, efectiva, ni mucho menos vinculante ni tampoco bajo cariz o apariencia instrumental dentro de los procedimientos ni de formación ni de ejecución contractual.

Baste asimismo con reparar en que el así denominado “criterio rector” del sistema de contrataciones de la Ciudad, tal como reza el artículo 16, propicia un sistema cerrado, sin ningún atributo participativo, dado que es explícito al reconocer que se “organiza en función de los criterios de centralización normativa y descentralización operativa” basado en las exclusivas

ratios “de economía y eficiencia”, pero sin ninguna mención al principio de participación, todo lo cual implica, como abiertamente se reconoce en su artículo 17 que el sistema “estará integrado por un Órgano Rector y Unidades Operativas de Adquisiciones”, vale decir, mediante el tradicional mecanismo de organización administrativa cerrada propio y coherente con los cánones del derecho administrativo clásico, para el cual la idea de participación resulta contraria a sus objetos, técnicas y finalidades de actuación.

VI. INVOCACIÓN FINAL

Debemos advertir en honor a la justicia y a ese sentimiento de humanidad que nos reconcilia con la vida y que debe guiar a los hombres que hacemos el derecho, que en la medida en que la participación ciudadana en el control de los actos del Estado siga siendo un derecho esencial de la democracia participativa moderna reducido ex profeso —por el propio Estado que lo declama— a una vacua proclamación, los ciudadanos, agobiados en el laberinto incierto de los rituales excesivos “de participación y acceso” que les impone ese mismo Estado —el cual solapadamente persigue, en verdad, el espurio fin de no ser controlado— se congregarán en un éxodo inevitable de sublevación promovido, irremediablemente, por el abuso de poder del Estado.

Como ocurriera en aquella gran obra de Lope de Vega, *Fuenteovejuna*, símbolo de la unión del pueblo contra la opresión y el atropello del poder y cuyas palabras, como la sombra terrible de Facundo que evocara Sarmiento, hoy les recuerdo en voz alta a modo de exhortación final para así advertirnos: “Señor, debajo de vuestro honor vivir el pueblo desea”. “La sobrada tiranía... fue el autor de tanto daño”. “Cuando se alteran los pueblos agraviados, y resuelven, nunca sin sangre o sin venganza vuelven”, “Tiranos son, a la venganza vamos”. Que así no sea.

GOBERNANZA GLOBAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Susana L. GARCÍA GARCÍA*

SUMARIO: I. Introducción. II. Aspectos generales sobre el enfoque de la gobernanza global y su relevancia en la política pública. III. ¿Por qué y para qué una gobernanza global en materia de contrataciones públicas? IV. Recomendaciones del Consejo de la OCDE sobre contratación pública. V. Los principios de la gobernanza global en materia de contrataciones públicas en el caso mexicano a nivel operativo: Compranet. VI. Conclusiones y recomendaciones.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del documento es brindar un panorama general acerca de la relevancia de la gobernanza global en el tema de las compras públicas en México y su aplicación práctica, a través de las recomendaciones realizadas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el caso de CompraNet.

Para tal fin, el ensayo se integra de la siguiente manera: en primer lugar, a manera de introducción se plasma una síntesis sobre el concepto, características y objetivos de la gobernanza y gobernanza global; en el segundo apartado se realiza una breve explicación de por qué y para qué una gobernanza global en materia de contrataciones públicas; posteriormente, se desagregan las recomendaciones del Consejo sobre Contratación Pública de la OCDE; en el cuarto apartado, los principios de la gobernanza global en materia de contrataciones públicas en el caso mexicano a nivel operativo: CompraNet, y finalmente, las recomendaciones de los principios de la gobernanza global en la materia al caso específico mexicano: CompraNet.

* Subdirectora en la Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción.

II. ASPECTOS GENERALES SOBRE EL ENFOQUE DE LA GOBERNANZA GLOBAL Y SU RELEVANCIA EN LA POLÍTICA PÚBLICA

En las últimas dos décadas la administración pública en América Latina se ha caracterizado por resultados accidentados, no sólo en materia económica, sino en todas las esferas del ámbito gubernamental (Aguilar, 2010), lo que a su vez ha provocado desconfianza por parte de la ciudadanía sobre la forma en que operan las instituciones de gobierno.

En este sentido, con el objetivo de analizar y eficientar el funcionamiento de la administración pública se han generado diversas corrientes técnico-analíticas encargadas de estudiar la forma en que se gobierna o se debe gobernar. Lo anterior, a través de distintas herramientas, prácticas administrativas y actores participantes. Como es el caso de la administración pública tradicional, la nueva gestión pública y la nueva administración pública.

Ahora bien, la gobernanza surge a manera de respuesta al *estatocentrismo*,** es decir, a la poca o nula participación de la ciudadanía y de actores no gubernamentales en el proceso de diseño, instrumentación, seguimiento y evaluación de la política pública, de los servicios públicos, y en general de las decisiones públicas. Es así como la gobernanza busca impulsar “un estilo alternativo de reforma del sector público que involucre más directamente a la ciudadanía en la acción de gobierno y en la elección de las políticas” (Peters, 2005: 586).

En relación con el concepto de gobernanza, Aguilar lo define de la siguiente manera:

La gobernanza en sentido descriptivo alude a la mayor capacidad de decisión e influencia que los actores no gubernamentales (empresas económicas, organizaciones de la sociedad civil, centros de pensamiento autónomos, organismos financieros internacionales) han adquirido en el procesamiento de los asuntos públicos, en la definición de la orientación e instrumental de las políticas públicas y los servicios públicos, y da cuenta de que han surgido nuevas formas de asociación y coordinación del gobierno con las organizaciones privadas y sociales en la implementación de las políticas y la prestación de servicios (Aguilar, 2008:84).

** Se refiere a una representación particular del mundo y de los fenómenos políticos, en donde las autoridades políticas y administrativas legítimas ocuparán una posición hegemónica en el tratamiento de los problemas públicos (Thoenig, 1997).

Por su parte, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), en su cuaderno *Reconceptualising Governance* (1997) entiende a la gobernanza como un conjunto de mecanismos, procesos, relaciones e instituciones mediante las cuales los ciudadanos y grupos articulan sus intereses, ejercen sus derechos y obligaciones, asimismo, concilian sus diferencias. En el proceso participan tanto las instituciones públicas como las organizaciones de la sociedad civil y el sector privado, lo cual es una de sus principales características.

A través de este enfoque, fundamentado en la colaboración y el consenso, se espera que el proceso de hechura de las políticas públicas traiga consigo mayor calidad y se garantice la gobernabilidad del sistema político. Asimismo, Peters (2005) señala que la mayor participación del público y de las organizaciones sociales también puede verse como un medio para elevar la confianza y la legitimidad de las instituciones gubernamentales.

Actualmente, la gobernanza se ha ubicado como una de las estrategias con mayor auge en todos los niveles de gobierno, pero también ha permeado en las esferas de la cooperación internacional como una forma de dar solución a problemáticas globales que se ubican en la agenda de la comunidad internacional, problemáticas que un Estado-nación es incapaz de solventar a través de mecanismos tradicionales que guían y limitan la acción colectiva de la comunidad internacional. De acuerdo con la CEPAL, algunos de los principales desafíos que enfrenta el mundo son

...la excesiva volatilidad financiera, el calentamiento global, el fantasma cada vez más presente de la escasez de tierra, agua y alimentos, la pérdida de biodiversidad, el “fin del petróleo”, el comercio internacional ilícito, que va acompañado de delitos y violencia, y la (in)seguridad cibernética. A esto se suma la persistencia de los problemas vinculados a la proliferación nuclear, las enfermedades transmisibles y la desigualdad global (CEPAL, 2015: 71).

La gobernanza global, concepto en cual se centra el presente documento, tiene por objeto velar por la provisión de los bienes públicos globales, tales como la mitigación y adaptación al cambio climático, y por el cumplimiento de las metas sociales y ambientales que las Naciones Unidas han planteado en el transcurso de las últimas décadas, a través de la participación de la comunidad internacional (CEPAL, 2015).

No se trata de ignorar la soberanía de los Estados nacionales, sino de forjar consensos y construir la idea de una soberanía que sea respetuosa. Se trata de gestionar y coordinar la interdependencia de las naciones para dar respuesta a temas y preocupaciones transversales y persistentes.

Por ello, se entiende por gobernanza un cambio del proceso dentro del gobierno, que es entendido y formulado como el paso de un centro a un sistema de gobierno en el que se requieren, activan y conjuntan los recursos del poder público, de los mercados y de las redes sociales.

Como parte de un esfuerzo por definir temas globales prioritarios, la comunidad internacional, a través de la Organización de Naciones Unidas (ONU), aprobó el 25 de diciembre de 2015, la Agenda 2030, que funge como un nuevo marco de desarrollo para focalizar la cooperación internacional. El documento fue adoptado por los 193 Estados miembros de las Naciones Unidas. Dicho documento incluye los 17 Objetivos del Desarrollo Sostenible, cuyos fines son poder terminar con la pobreza, luchar contra la desigualdad y la injusticia, y hacer frente al cambio climático sin que nadie quede rezagado para 2030.

En el apartado siguiente se reflexionará acerca de la relevancia de la gobernanza global en las contrataciones públicas en México.

III. ¿POR QUÉ Y PARA QUÉ UNA GOBERNANZA GLOBAL EN MATERIA DE CONTRATACIONES PÚBLICAS?

La contratación pública de bienes y servicios proporciona los insumos necesarios que permiten a los gobiernos, suministrar servicios públicos y desempeñar otras tareas. De igual forma, tiene una relevante importancia económica tanto a nivel nacional como internacional por el volumen de presupuesto que se licita.

Así, por ejemplo, en los países de la OCDE las estadísticas existentes indican que la contratación pública representa un 15% del producto interior bruto (PIB), lo que la posiciona como una actividad económica clave para la operación del gobierno, pero también la más endeble frente a la corrupción (2009).

Su vulnerabilidad ante la corrupción se debe a que la contratación pública plantea diversas oportunidades para que tanto los agentes públicos como privados desvíen fondos públicos para ganancias particulares. Por ejemplo, el soborno por parte de empresas internacionales en países de la OCDE es más predominante en la contratación pública que en los servicios públicos, en la fiscalidad y los impuestos, en el Poder Judicial y en la captura estatal, según la Encuesta de Opinión Ejecutiva de 2005 del Foro Económico Mundial.

Particularmente en México, de acuerdo con datos de la OCDE (2018), el gasto en contrataciones gubernamentales en 2015 fue de aproximadamente 111.5 mil millones de dólares estadounidenses, lo que representa el

21% del gasto total del gobierno. La corrupción puede darse en todas las fases del ciclo de la contratación pública —pre licitación, licitación y postadjudicación— y cada subfase puede ser propensa a tipos específicos de riesgos (tabla I).

Tabla I. RIESGO DE CORRUPCIÓN ASOCIADO AL CICLO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

<i>Fase</i>	<i>Subfase</i>	<i>Riesgo</i>
<i>Prelicitación</i>	Evaluación de necesidades y análisis de mercado	<ul style="list-style-type: none"> — Falta de evaluación adecuada de las necesidades — Influencia de agentes externos en las decisiones de los funcionarios — Acuerdo informal en contratos
	Planeación y presupuesto	<ul style="list-style-type: none"> — Insuficiente planeación de la contratación — Contratación no alineada con el proceso global de toma de decisiones de inversión — Falta de presupuesto realista o deficiencia en el presupuesto
	Desarrollo de especificaciones/requisitos	<ul style="list-style-type: none"> — Las especificaciones técnicas han sido hechas a la medida de una empresa específica — Los criterios de selección no han sido objetivamente definidos ni establecidos de antemano — Solicitar muestras innecesarias de bienes y servicios — Comprar información acerca de especificaciones del proyecto
	Elección de los procedimientos de contratación	<ul style="list-style-type: none"> — Falta de justificación adecuada para el uso de procedimientos no competitivos — Abuso de procedimientos no competitivos basándose en excepciones legales: partición del contrato, abuso de extrema urgencia, modificaciones no respaldadas
<i>Licitación</i>	Solicitud de propuesta/oferta	<ul style="list-style-type: none"> — Ausencia de aviso público para la invitación a ofertar — No se anuncian los criterios de evaluación y de adjudicación — La información sobre la contratación no es divulgada y ni dada a conocer
	Presentación de ofertas	<ul style="list-style-type: none"> — Falta de competencia o casos de licitación colusoria (licitadores encubiertos, supresión de ofertas, rotación de ofertas, asignación de mercado)

<i>Fase</i>	<i>Subfase</i>	<i>Riesgo</i>
<i>Licitación</i>	Evaluación de ofertas	<ul style="list-style-type: none"> — Conflictos de interés y corrupción en el proceso de evaluación, a través de: — Familiaridad con los oferentes, con el tiempo — Intereses personales, como regalos o empleo futuro o adicional — Sin implementación efectiva del “principio de los cuatro ojos”
	Adjudicación de contratos	<ul style="list-style-type: none"> — Los proveedores no revelan ni el costo exacto ni los datos de precios en sus propuestas, resultando en un aumento del precio del contrato (es decir, alzas en las facturas, exceso de aprovisionamiento a canales de distribución) — Conflictos de interés y corrupción en el proceso de aprobación (es decir, no hay una segregación efectiva de autoridades financieras, contractuales y del proyecto) — Falta de acceso a los registros del procedimiento
<i>Postadjudicación</i>	Gestión y desempeño de contratos	<ul style="list-style-type: none"> — Abusos de proveedores en la ejecución del contrato, en particular en lo referente a calidad, precio y tiempo
	Pedidos y pagos	<ul style="list-style-type: none"> — Separación deficiente de los deberes financieros y/o falta de supervisión de los servidores públicos. — Facturación falsa, o duplicada, de bienes y servicios no proporcionados, y para derecho provisional a pagos anticipados

FUENTE: OECD (2016), Prevención de la Corrupción en la Contratación Pública, OECD, Paris.

El gobierno mexicano ha realizado diversos esfuerzos encaminados a fortalecer el sistema de compras públicas, tales como el protocolo de conducta para servidores públicos; el registro de servidores públicos de la administración pública federal que intervienen en procedimientos de contratación pública, el CompraNet, etcétera. Sin embargo, aún falta un largo camino que recorrer, de ahí la importancia de fortalecer la sinergia de esfuerzos a través del apoyo técnico y financiero de la cooperación internacional, que contribuye a la formulación de un conjunto de principios y buenas prácticas que atiendan a minimizar los riesgos de corrupción y a fomentar la transparencia, integridad, eficiencia e inclusión en las contrataciones.

Es así como el Consejo de la OCDE ha colaborado estrechamente con el gobierno de México en la generación de diagnósticos y recomendaciones en materia de contrataciones públicas. En los siguientes apartados se desagregarán las recomendaciones realizadas por dicho organismo sobre contratación pública y el CompraNet.

IV. RECOMENDACIONES DEL CONSEJO DE LA OCDE SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

El Consejo de la OCDE, a propuesta del Comité de Gobernanza Pública, en colaboración con el Comité de Competencia y el Grupo de Trabajo sobre la Corrupción en Transacciones Comerciales Internacionales, y en consulta con otros comités competentes de la OCDE, emitió un conjunto de recomendaciones sobre la contratación pública, con la finalidad de transformar este pilar en un instrumento estratégico para la buena administración.

A continuación, un breve resumen de las recomendaciones emitidas por el Consejo de la OCDE.

1. Que los adherentes, miembros y no miembros, que se adhieran a la recomendación, aseguren un nivel adecuado de transparencia a lo largo de todas las fases del ciclo de la contratación pública.

Se recomienda que los adherentes:

- i) Fomenten un trato justo a los potenciales proveedores aplicando los principios de transparencia en cada fase del ciclo de la contratación pública, y exigir que estos actúen con la debida transparencia en los procesos de subcontratación que participen.
 - ii) Permitan el libre acceso, a través de un portal de Internet, a todas las partes interesadas, a la información relativa a la contratación pública, a los procesos de contratación pública y resultados de seguimiento.
 - iii) Garanticen la transparencia en el flujo de fondos públicos, desde el principio hasta el fin del proceso de contratación pública.
2. Que los adherentes conserven la integridad del sistema de contratación pública mediante normas generales y salvaguardas específicas por procesos de contratación.

Los adherentes deberán:

- i) Solicitar a los interesados que actúen con integridad durante los procesos de contratación pública.

- ii) Implementar y aplicar instrumentos de aseguramiento de la integridad y adaptarlos oportunamente a los riesgos concretos del proceso de contratación.
 - iii) Formar al personal de contratación pública, del sector público y privado, a través de cursos y programas en materia de integridad, para generar conocimientos sobre prácticas de corrupción.
 - iv) Fijar requisitos, medidas de aseguramiento de cumplimiento y programas anticorrupción a los proveedores. Los contratos públicos deberán incluir medidas de comprobación de la veracidad de las declaraciones de los proveedores y garantías de que estos no están involucrados en actos de corrupción.
3. Que los adherentes hagan accesibles las oportunidades de concurrir a la contratación pública a los potenciales competidores sin importar su tamaño o volumen.

Los adherentes deberán:

- i) Disponer de sólidos marcos institucionales, legales y reglamentarios, los cuales deberán ser claros y sencillos. Asimismo, deberán evitar establecer condiciones que reduplicuen a otras leyes o las contradigan, y tratar a los proveedores extranjeros de manera justa y transparente.
 - ii) Utilizar documentación ordenada y clara para las licitaciones, esto con el fin de fomentar una amplia participación por parte de los potenciales competidores, lo cual exige ofrecer orientaciones claras e información vinculante sobre los criterios de evaluación.
 - iii) Llevar a cabo licitaciones abiertas a la participación, esto con el fin de evitar contrataciones con un solo proveedor. Es decir, las licitaciones deberán ser por medio de concursos para combatir la corrupción, obtener precios justos y garantizar la sana competencia.
4. Que los adherentes reconozcan que todo uso del sistema de contratación pública que pretenda conseguir objetivos secundarios de política deberá sopesar estas finalidades frente al logro del objetivo principal de la contratación.

Los adherentes deberán:

- i) Evaluar las facultades de la contratación pública como herramienta para perseguir metas secundarias de política de acuerdo con unas prioridades nacionales claras, evaluando los beneficios frente a la necesidad de lograr rentabilidad.

- ii) Desarrollar estrategia efectiva para integrar los objetivos secundarios de política en los sistemas de contratación pública.
 - iii) Aplicar metodologías precisas para evaluar la eficacia del sistema de contratación pública en el logro de objetivos secundarios de política.
5. Que los adherentes fomenten una participación transparente y efectiva de las partes interesadas.

Los adherentes deberán:

- i) Desarrollar un mecanismo para la introducción de cambios en el sistema de contratación pública. Este procedimiento debe fomentar consultas públicas y exhortar a la formulación de comentarios por parte de sector privado y sociedad civil.
 - ii) Exponer a proveedores los objetivos en materia de contratación pública a través de diálogos periódicos. Es necesario lograr comunicación con los proveedores para que éstos comprendan las necesidades del país y para que elaboren expedientes de licitación más efectivos.
 - iii) Proporcionar oportunidades para la participación de partes externas, esto con el objetivo de fortalecer la transparencia y la igualdad de trato.
6. Que los adherentes desarrollen procedimientos que impulsen la eficiencia a lo largo de todo el ciclo de contratación pública.

Los adherentes deberán:

- i) Simplificar el sistema de contratación pública y su marco institucional. Los adherentes deberán identificar factores de ineficacia y desarrollar un sistema de contratación pública orientado al servicio.
- ii) Implementar procedimientos que satisfagan las necesidades de los destinatarios. Esto se puede lograr elaborando especificaciones técnicas adecuadas, estableciendo criterios apropiados de adjudicación de contratos y asegurándose de que se dispone de recursos y conocimientos para la gestión de los mismos.
- iii) Desarrollar y emplear mecanismos que mejoren los procedimientos de contratación pública. La aplicación de estos instrumentos a niveles subestatales de la administración puede impulsar la eficiencia de contratación pública.

7. Que los adherentes mejoren el sistema de contratación pública mediante el aprovechamiento de las tecnologías digitales a lo largo de todo el ciclo de la contratación pública.

Los adherentes deberán:

- i) Utilizar las novedades más recientes en materia de tecnología digital que aporten soluciones para todo el ciclo de la contratación pública. Esto mejorará la transparencia en el proceso de licitaciones públicas, impulsará la competitividad y generará ahorros en los costos.
 - ii) Facilitar herramientas de contratación electrónica que sean flexibles y seguras, a fin de que se garantice la continuidad de actividades, la privacidad, la integridad y que se proteja la información sensible.
8. Que los adherentes dispongan de un personal dedicado a la contratación pública con capacidad de aportar en todo momento la debida rentabilidad en este ámbito.

Los adherentes deberán:

- i) Cerciorarse de que los profesionales de la contratación pública cuenten con un alto nivel de integridad, capacitación teórica y habilidades en la práctica, para lo que se les debe proporcionar formación periódica en el ámbito de contratación pública.
 - ii) Ofrecer a los profesionales de contratación pública un sistema de carrera basado en el mérito, que proporcione oportunidades de ascenso y promueva las buenas prácticas.
 - iii) Propiciar la colaboración con universidades, *think tanks* y centros políticos, con la finalidad de optimizar las capacidades del personal de contratación pública, ya que estos agentes proveen conocimientos de la materia relacionados con la teoría y práctica.
9. Que los adherentes estimulen mejoras en el rendimiento mediante la evaluación de la eficacia del sistema de contratación pública, tanto en procesos concretos como en el sistema en su conjunto, a todos los niveles de la administración pública, siempre que resulte factible y adecuado.

Los adherentes deberán:

- i) Evaluar periódicamente los resultados del procedimiento de contratación pública. Los sistemas de contratación pública deberán

obtener información actualizada y aprovechar los datos de los procesos anteriores, en especial los relacionados con precios y costos, para así poder evaluar nuevas necesidades.

- ii) Generar indicadores para calcular el rendimiento, la eficacia y el ahorro de costos en el sistema de contratación pública.
10. Que los adherentes integren las estrategias de gestión de riesgos para la definición, detección y atenuación de éstos a lo largo del ciclo de la contratación pública.

Los adherentes deberán:

- i) Desarrollar herramientas de evaluación de riesgos que identifiquen amenazas al funcionamiento del sistema de contratación pública. Éstas deberán detectar posibles errores en la ejecución de tareas administrativas y ponerse a disposición de los profesionales, con la finalidad de establecer medidas de prevención o atenuación.
 - ii) Dar a conocer estrategias de gestión de riesgos a través de sistemas de alerta o de programas de fomento de las denuncias. También deberán concientizar al personal de contratación pública acerca de las estrategias, sus planes de implementación y medidas adquiridas para afrontar los riesgos identificados.
11. Que los adherentes apliquen mecanismos de supervisión y control que favorezcan la rendición de cuentas a lo largo del ciclo de la contratación pública, incluidos los oportunos procedimientos de quejas y sanciones.

Los adherentes deberán:

- i) Establecer un orden jerárquico en la supervisión del proceso de contratación pública, para asegurarse de que las cadenas de rendición de cuentas están bien definidas, que los mecanismos de supervisión se aplican y que los niveles de autoridad por delegación para autorizaciones de gastos están bien definidos.
- ii) Hacer catálogos de sanciones aplicables dirigidas a los participantes del sector público y privado.
- iii) Tramitar las quejas de un modo ágil y transparente mediante vías efectivas para la impugnación de resoluciones en materia de contratación pública, dirigidas a corregir defectos, impedir conductas ilícitas y a generar confianza entre los licitadores.

- iv) Asegurarse de que los controles externos e internos están coordinados entre sí y disponen de suficientes recursos. Esto con el fin de garantizar:
- el seguimiento del desempeño del sistema de contratación pública;
 - un sistema fiable de presentación de información, cumplimiento de las leyes y
 - establecimiento de mecanismos claros de comunicación a las autoridades competentes;
 - aplicación uniforme de leyes y políticas en materia de contratación pública;
 - reducción de duplicidades y supervisión adecuada;
 - evaluación a posteriori independiente y comunicación a organismos supervisores.
12. Que los adherentes favorezcan la integración de la contratación pública en la gestión de las finanzas públicas en general, la presupuestación y los procesos de prestación de servicios.

Los adherentes deberán:

- i) Racionalizar el gasto de la contratación pública combinando los procedimientos con la gestión de finanzas públicas para adquirir mayor conocimiento sobre el gasto que se destina a la contratación pública.
- ii) Fomentar la presupuestación y financiación plurianuales para mejorar el diseño y la planificación del proceso de la contratación pública.
- iii) Armonizar los principios por los que se rige la contratación pública en las distintas tipologías de prestaciones de servicios públicos, incluidas las de obras públicas, las alianzas entre el sector público y privado y las concesiones.

V. LOS PRINCIPIOS DE LA GOBERNANZA GLOBAL EN MATERIA DE CONTRATACIONES PÚBLICAS EN EL CASO MEXICANO A NIVEL OPERATIVO: COMPRANET

El “Estudio del Sistema Electrónico de Contratación Pública de México: Rediseñando CompraNet de Manera Incluyente”, publicado por la OCDE en 2018, destaca que reformar el sistema de contratación pública no sólo es necesario para mostrar que el uso de los fondos públicos es eficaz y equitativo

al brindar servicios, sino también para reconstruir la confianza de los mexicanos en su gobierno.

En los gobiernos de los países miembros de la OCDE se han utilizado plataformas de contratación electrónica para fomentar la transparencia, y CompraNet siempre ha constituido un instrumento de vital importancia en esta tarea. Los avances tecnológicos proporcionan a las autoridades, nuevas posibilidades para aumentar la eficiencia y la gestión estratégica de riesgos en la contratación pública.

Este estudio también evalúa el alcance actual del sistema de contratación pública en México, su funcionamiento y cuán adecuado es para asistir una contratación electrónica eficiente y transparente.

Una reforma al CompraNet implicará modernizar el sistema para que además de permitir el acceso a documentos relacionados con la contratación gubernamental pueda ofrecer un enfoque más estratégico a dicho proceso. Esto permitirá identificar las insuficiencias en el ciclo de contratación pública y detectar cómo la tecnología puede apoyar en la mejora de los procesos.

En la implementación de esta reforma participarán diversos actores con intereses distintos, y algunas veces opuestos. Hasta ahora la participación de los actores ha sido amplia e integral, lo cual ha generado un proceso de reforma incluyente y colaborativo, encabezado por la Secretaría de la Función Pública (SFP).

Para lograr resultados positivos será necesario enfocarse en la etapa de implementación. Un método escalonado permitirá ejercer una supervisión más estrecha y controlar el cumplimiento del objetivo, y a la vez reducir el efecto del cambio sobre los usuarios del sistema y otras partes interesadas. El estudio mencionado preparó un plan de trabajo para CompraNet, que consta de tres etapas (para el corto, el mediano y el largo plazos), esto con la finalidad de que CompraNet se convierta de un sistema orientado al cumplimiento, a una plataforma que genere información sobre contratación pública, y, en la tercera etapa, en un sistema de operaciones de comprar plenamente integrado.

Para lograr las metas de estas tres etapas, el Consejo de la OCDE emitió las siguientes recomendaciones:

- 1) Ajustar la estrategia de contratación electrónica a un programa de reforma amplio y coordinado

Es de utilidad que el sistema de contratación electrónica forme parte de un programa multifacético que concuerde con otros aspectos de la reforma en contratación, entre ellos los entornos legales y políticos. Se debe tomar en cuenta que si los cambios a CompraNet se limitan a la modernización tec-

nológica, sin acompañarlos de una reforma en la contratación pública, el proyecto podría no alcanzar los beneficios positivos.

- 2) Trabajar hacia un proceso de contratación electrónica más eficiente, eficaz y transparente

Recientemente, las metas de los sistemas de contratación electrónica de los países de la OCDE cambiaron de constituir plataformas para la transparencia y la divulgación de oportunidades de contratación pública, a transformar sistemas para aumentar su eficiencia y eficacia. Alcanzar estas metas requiere identificar las etapas del ciclo de contratación en las que más se requieren las soluciones tecnológicas.

- 3) Garantizar la integridad en los procesos de contratación pública

Pese a los intentos de aportar un marco institucional, jurídico y regulatorio para prevenir la corrupción en la contratación pública, la confianza de los ciudadanos en las instituciones es baja, y la percepción de corrupción es bastante alta. Según el Consejo de la OCDE, la SFP y al gobierno federal de México deben desarrollar marcos institucionales y normativos de contratación pública eficiente que combatan directamente la corrupción. Un sistema como CompraNet puede apoyar a conseguirlo, esto al reducir al mínimo el contacto directo entre los funcionarios de contratación pública y los licitadores y establecer registros electrónicos de las operaciones de contratación para fines de auditoría y supervisión.

- 4) Formar a los funcionarios de contratación pública en las competencias necesarias para trabajar con herramientas de contratación electrónica

La SFP debe identificar maneras de superar otros obstáculos para el funcionamiento eficaz del proceso de contratación pública. Los profesionistas dedicados a esta área requieren capacitación y profesionalización para llevar a cabo sus funciones con eficiencia. La OCDE recomienda fortalecer y difundir el centro de ayuda de CompraNet, ya que la información recabada por este estudio indica que el número de consultas realizadas a ese centro son pocas, lo que resulta en una falta de familiaridad con los procesos y las normas del sistema.

- 5) Implementar prácticas sólidas de datos abiertos puede estandarizar los datos de contratación pública y mejorar los mecanismos de rendición de cuentas

En CompraNet se ofrece una gran cantidad de información sobre la actividad de contratación pública de México; sin embargo, la información no

es exhaustiva, y no está disponible en formatos que ayuden a incrementar la rendición de cuentas. Es de vital importancia abrir al público datos de alta calidad, en un formato que permita analizar tendencias y excepciones. Por ello, se recomienda que CompraNet proporcione información compatible, reutilizable y legible que permita desarrollar estadísticas y efectuar análisis de datos.

Se espera que la evolución del CompraNet logre mejoras graduales en la eficiencia y eficacia del sistema. Los efectos de estas mejoras pueden aumentar la productividad de los empleados gubernamentales, la competitividad en materia digital de compradores y, sobre todo, aumentar la confianza de los mexicanos en sus instituciones públicas.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La gobernanza global responde a la necesidad de generar esfuerzos conjuntos con la comunidad internacional para combatir a la corrupción en las compras públicas. Es así como la OCDE ha generado diversos estudios con la finalidad de identificar debilidades, así como emitir recomendaciones respecto del sistema de compras en México, ya sea de forma global o en alguno de los elementos del sistema.

Entre los estudios más recientes en la materia se encuentran la “Recomendación del Consejo sobre la Contratación Pública” y el “Estudio del Sistema Electrónico de Contratación Pública de México: Rediseñando CompraNet de Manera Incluyente”, ambos realizados por la OCDE.

Así, el primer documento referido plantea una serie de recomendaciones para mejorar la integridad en las contrataciones públicas y lograr la eficiencia y el impulso de los objetivos de las políticas públicas de cada país.

Por su parte, el segundo estudio identificó en CompraNet un manejo doble de la información por parte de los funcionarios de finanzas y de la contratación pública. Por ello, se recomienda que todos los sistemas financieros y presupuestarios interoperen para incorporarse al sistema.

Asimismo, muchos procesos de la contratación pública aún no se encuentran digitalizados, lo que implica cargar actividades y documentos externos al sistema para asegurarse de que los registros están completos. Así también, por lo general, los documentos se suben en archivos PDF escaneados como imagen, lo que hace a esta información no estructurada y no permite que CompraNet extraiga datos. Se recomienda digitalizar toda la información en formato de datos abiertos para poder hacer un uso inteligente de la información.

Derivado de esto, la transparencia en los procesos es sólo posible en un nivel micro (por ejemplo, cuando se busca información sobre ejercicios de contratación individuales), pero en el nivel macro y de manera que se permita utilizar la información para gestionar riesgos, identificar tendencias o incrementar la rendición de cuentas en la contratación pública.

Por otro lado, hay una falta de información respecto de aquella que no se registra en el sistema (como la adjudicación directa de contratos a los proveedores cuando se otorga una excepción al proceso de contratación abierta, y los contratos adjudicados entre instituciones públicas). Esto genera un punto ciego para las funciones de control sobre la actividad comercial, lo que significa que no pueden ser supervisadas, y que las partes interesadas no pueden obtener un panorama completo de la actividad comercial a nivel federal. Por ello, se recomienda integrar toda la información que no se registra al sistema.

En consecuencia, el tema de las contrataciones públicas como parte de la agenda global reviste de gran importancia, y puede ser analizado desde distintas aristas. Lo importante es usar los resultados de los estudios y las recomendaciones a favor del país, pues estas transacciones implican el uso de gran parte del presupuesto público, y es por ello que se deben rendir cuentas a los ciudadanos y garantizar que los bienes y servicios lleguen a los usuarios finales.

EL CONTROL DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS EN MÉXICO. PROPUESTAS PARA EVITAR LA CORRUPCIÓN

Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La tutela judicial efectiva*. III. *El principio de reserva de ley*. IV. *Mecanismos de prevención, control y detección de actos de corrupción en la contratación pública*. V. *Los medios de impugnación en materia de contrataciones públicas*. VI. *Propuesta para la creación de tribunales especializados en materia de contrataciones públicas*.

I. INTRODUCCIÓN

La contratación pública es una de las principales actividades detonadoras de la economía de los Estados; sin embargo, el modelo global neoliberal ha permitido que la riqueza de los países vaya quedando en manos de unas cuantas personas en detrimento de millones de personas.

En nuestro país, el artículo 134 de la Constitución general es muy claro al establecer que “Los recursos económicos de que dispongan la Federación, las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados”.

En el mismo artículo 134 se dispone que “Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen”, deberán “asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes”.

* Doctor en derecho e investigador de tiempo completo titular “B” en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

Sin embargo, los escándalos de abusos por parte de servidores públicos,¹ que ingresaron al servicio público para desviar cuantiosas sumas de dinero, han sido de tal magnitud que nos han hecho calificar al actual modelo de contratación pública, de carácter permisivo, abusivo, desigual y principalmente incontrolado.²

La corrupción se ha enquistado en muchas prácticas de las instituciones del Estado y las ha dejado cada vez más debilitadas para hacer frente a los retos nacionales, sin que las reformas aprobadas para su combate terminen de implementarse con vigor y efectividad.

La impunidad se ha convertido en la norma y no en la excepción a todos los niveles de la sociedad: el sicario del crimen organizado o el alto funcionario corrupto saben bien que la probabilidad de que reciban un castigo por sus actos es prácticamente nula.³

Sin duda, los problemas que ha generado la crisis actual en materia de contrataciones públicas son muy variados y de diferente magnitud; cada uno de ellos merecería un análisis pormenorizado, pero en este trabajo sólo nos enfocaremos en el que está relacionado con el control administrativo y jurisdiccional.

Para llevar a cabo nuestra explicación, análisis y propuesta, haremos referencia, en primer lugar, al derecho humano a la tutela judicial efectiva, como el estándar más alto bajo el cual se deben regir los mecanismos de control jurisdiccional en materia de contrataciones públicas.

En seguida, explicamos el contenido, la clasificación y los alcances del principio de reserva de ley, especialmente en materia de contrataciones públicas, que es uno de los pilares de nuestro sistema jurídico, y que desafortunadamente ni la doctrina ni los jueces le han otorgado la importancia que merece este principio.

Mencionamos, en otro apartado, los nuevos mecanismos de prevención, control y detección de actos de corrupción en la contratación pública, derivado de la creación del Sistema Nacional Anticorrupción.

También analizamos y detallamos los medios de impugnación en materia de contrataciones públicas, por medio de algunos criterios jurisdiccionales y opiniones de la doctrina.

Por último, explicamos la propuesta para la creación de tribunales especializados en materia de contrataciones públicas.

¹ Roldán, Nayeli *et al.*, *La estafa maestra. Graduados en desaparecer el dinero público*, México, Planeta, 2018.

² *MeTroP: antídoto vs. La corrupción*, México, México Evalúa, 2016.

³ *Léase si quiere gobernar (en serio)*, México, México Evalúa-CIDAC, 2018, p. 4.

II. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Es un derecho humano cuya finalidad es garantizar que la justicia resolverá el fondo de la controversia que se le plantee, y no se enfocará sólo en la simple revisión de las formalidades de los procedimientos.

La tutela judicial efectiva tiene su fundamento en los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Al respecto, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito precisó, en la tesis de jurisprudencia de rubro

PRINCIPIOS DE FAVORECIMIENTO DE LA ACCIÓN (PRO ACTIONE), DE SUBSANACIÓN DE LOS DEFECTOS PROCESALES Y DE CONSERVACIÓN DE LAS ACTUACIONES, INTEGRANTES DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. SU APLICACIÓN EN EL PROCESO.

En aplicación de estos principios, inspirados en el artículo 17 de la Constitución Federal y en el diverso numeral 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que forman parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, los órganos judiciales están obligados: a interpretar las disposiciones procesales en el sentido más favorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, con el objeto de evitar la imposición de formulismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma, así como el convertir cualquier irregularidad formal en obstáculo insalvable para la prosecución del proceso y la obtención de una resolución de fondo (favorecimiento de la acción); a apreciar, conforme al principio de proporcionalidad que impone un distinto tratamiento a los diversos grados de defectuosidad de los actos, los vicios en que pudieran incurrir las partes y a partir de las circunstancias concurrentes, la trascendencia práctica e incluso a la voluntad del autor, dar la oportunidad de corregirlos o inclusive, suplir de oficio los defectos advertidos, cuando ello sea necesario para preservar el derecho fundamental en cita, con la única limitante de no afectar las garantías procesales de la parte contraria (subsanción de los defectos procesales) y, a imponer la conservación de aquellos actos procesales que no se ven afectados por una decisión posterior, en aras de evitar repeticiones inútiles que nada añadirían y sí, en cambio, afectarían el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y el principio de economía procesal (conservación de actuaciones).⁴

⁴ Tesis de jurisprudencia I.3o.C. J/4 (10a.), Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XVI, t. 3, enero de 2013, p. 1829.

En materia de contrataciones públicas es muy importante la existencia de mecanismos que garanticen un control efectivo de las actuaciones de los servidores públicos encargados de la tramitación de los procedimientos administrativos de licitación pública, invitación a cuando menos tres personas o las adjudicaciones directas; y la tutela judicial efectiva y sus derechos y principios componentes vendrían a jugar ese papel preponderante.

Lamentablemente, en nuestro país no existen mecanismos efectivos de control de las contrataciones públicas, ya que los existentes son de carácter formalista, anclados a ideas e interpretaciones que ya no corresponden a la realidad actual.

Las prácticas desarrolladas por los empresarios y por los servidores públicos han hecho que la ley se convierta en un instrumento validador de las decisiones de las autoridades encargadas de la contratación pública, dejando totalmente desprotegidos en sus derechos tanto a los participantes como a los destinatarios de las compras públicas, que es la población.

Es por ello que el derecho humano a la tutela judicial efectiva es el instrumento más importante y más letal contra la corrupción en las contrataciones públicas, ya que los medios de impugnación que actualmente se tramitan en sede administrativa definitivamente no tienen la eficacia que corresponde en un Estado de derecho, donde los derechos humanos de las personas están por encima del orden público y del interés general.

Si bien la reforma constitucional de 2015 incorporó una serie de elementos para prevenir, controlar, detectar, disuadir y sancionar actos de corrupción, el Congreso de la Unión no modificó las leyes procesales, como la de Amparo, la de Procedimiento Administrativo o la del Procedimiento Contencioso Administrativo, con lo cual no se avanzó sobre un régimen efectivo de control jurisdiccional de los procedimientos de contratación pública. Es muy importante que se modifiquen las leyes procesales y procedimentales para permitir el pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas, en especial el de la tutela judicial efectiva en materia de contrataciones públicas.

Los principales derechos humanos involucrados en estos procedimientos son el debido proceso administrativo, el acceso a la información pública, la tutela cautelar, la transparencia, la publicidad, la rendición de cuentas, la participación, a un recurso y a la defensa.

Las prácticas que se efectúan en la realidad por parte de las autoridades encargadas de la realización de estos procedimientos como los criterios anticuados de los jueces o magistrados hacen que estos derechos sean totalmente irrealizables, inoperantes, y que sólo queden en la letra de la ley.

Cientos de historias, artículos, libros, reflexiones e investigaciones periódicas⁵ han demostrado cómo los valores establecidos expresamente en la Constitución y en las leyes son vulnerados y pisoteados tanto por servidores públicos como por empresarios, que lo único importante es obtener ganancias de todo tipo: económicas, políticas o sociales.

En palabras de Pedro Salazar Ugarte,

La corrupción interpela de maneras muy diversas al fenómeno jurídico. Por un lado lo desafía y lo contradice, poniendo en jaque a los elementos de igualdad, regularidad y previsibilidad que acompañan al andamiaje normativo. Desde esa perspectiva podemos decir que la corrupción es un fenómeno que opera contra el derecho. Pero, paradójicamente, los actos de corrupción utilizan al propio derecho y se valen de las instituciones jurídicas vigentes para sacar ventaja de ellas. Desde esta óptica la corrupción es un fenómeno que también se verifica desde el derecho. Por lo mismo es un fenómeno disruptivo para el “Estado de derecho” de maneras muy diversas y complejas: es el abuso del derecho en detrimento del derecho.⁶

Es por ello que los derechos humanos a la tutela judicial efectiva y a la tutela cautelar son pilares en el combate a la corrupción al constituirse como verdaderos mecanismos de garantía de los principios de eficiencia, eficacia, economía, transparencia, honradez, de “asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes”.

Jurídicamente ya no es posible sostener los criterios basados en los argumentos de que “si se lleva a cabo una licitación para la mejora y mantenimiento en la prestación de un servicio público, resulta evidente que responde a disposiciones de orden público y al interés social, pues atiende a la demanda de un mejor servicio en beneficio de la colectividad”.⁷

Menos aún, que

...por regla general es improcedente otorgar la suspensión solicitada por el quejoso, contra la formalización y ejecución del contrato respectivo, al no col-

⁵ Arvizu Arrijoja, Juan y Morales, Alberto, “Corrupción ahoga al país”, disponible en: <http://archivo.eluniversal.com.mx/nacion-mexico/2014/impreso/corrupcion-ahoga-al-pais-ex-titular-asf-216784.html>.

⁶ Salazar Ugarte, Pedro, “Nota introductoria”, *¿Cómo combatir la corrupción?*, Salazar, Pedro *et al.*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. XII.

⁷ Jurisprudencia PC.I.C. J/74 C (10a.), Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época. Rubro: SUSPENSIÓN. POR REGLA GENERAL, ES IMPROCEDENTE OTORGARLA CONTRA LA FORMALIZACIÓN Y EJECUCIÓN DE UN CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA MEJORA Y MANTENIMIENTO EN LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO.

marse los requisitos del artículo 128, fracción II, de la Ley de Amparo, pues de concederse la medida cautelar, se contravendrían disposiciones de orden público y se seguiría perjuicio al interés social, en tanto que la colectividad tiene interés en la defensa y mejoramiento en la prestación de los servicios públicos.⁸

Como explica Federico Campolieti, “La expresión «fin público» o «necesidad general» como aspecto estructural del elemento objeto del contrato administrativo genera ambigüedad”.⁹

También, Jorge Ulises Carmona Tinoco explica:

Este pensamiento sobre la aplicación mecánica de las disposiciones legislativas por parte del juez tuvo destellos en otras épocas y lugares, comenzando por Roma en donde Justiniano, al declarar la perfección de su obra, prohibió cualquier comentario privado a la misma; en Austria, José II dictó una disposición de similar naturaleza; en Prusia, disposiciones análogas de Federico II limitaron en gran medida la actuación de los jueces, los cuales al encontrar alguna duda en la aplicación de la ley debían acudir al legislador, representado por una comisión permanente, para su interpretación.¹⁰

Pero hoy la realidad es muy diferente. La dignidad humana y los derechos humanos ponen a las personas en el centro del ordenamiento jurídico; lo importante no es la aplicación estricta de la ley; lo importante es la persona, considerada individual y colectivamente.

Por ello, se deben fortalecer los mecanismos de tutela cautelar y de medidas cautelares dentro de los procesos jurisdiccionales de control de las contrataciones públicas.

Por ejemplo, en la Unión Europea, explican Jaime Rodríguez-Arana, José Antonio Moreno Molina, Ernesto Jinesta Lobo y Karlos Navarro Medal, que “el artículo 9.15.2 del TLCUEM¹¹ impone la necesidad de incluir dentro de cada ordenamiento jurídico interno un sistema de medidas cautelares abierto y flexible, que le permita al proveedor u oferente solicitar medidas provisionales oportunas y necesarias, de carácter positivo o negativo, en tanto se resuelve el mérito del asunto”.¹²

⁸ *Idem.*

⁹ Campolieti, Federico, “Los límites del contrato administrativo”, en Fernández Ruiz, Jorge y Santiago Sánchez, Javier (coords.), *Contratos administrativos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 24.

¹⁰ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, pp. 29 y 30.

¹¹ El TLCUEM entró en vigor el 1o. de julio de 2000.

¹² Rodríguez Arana, Jaime *et al.*, *Derecho internacional de las contrataciones administrativas*, San José, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 308 y 309.

Dicho artículo establece textualmente, que

Cada parte estipulará que la autoridad establecida o designada en el párrafo 1 podrá tomar medidas precautorias oportunas, mientras se encuentre pendiente la resolución de una impugnación, para preservar la oportunidad de corregir un potencial incumplimiento del presente Capítulo, incluyendo la suspensión de la adjudicación de un contrato o la ejecución de un contrato que ya ha sido adjudicado.

Especialmente, es en estos procedimientos en donde la justicia debe tener una incidencia directa, para analizar no sólo la legalidad de los procedimientos, sino poder identificar actos de corrupción, desenmascarar al que quiere abusar de su posición utilizando al derecho como plataforma validadora del acto abusador y corrupto.

III. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

Otro de los principios relevantes, junto con la tutela judicial efectiva, en materia de combate a la corrupción y garantía de los derechos humanos, es el de reserva de ley. La doctrina y la jurisprudencia lo definen como el conjunto de materias (derechos, principios, garantías, libertades, prohibiciones, etcétera) señaladas expresamente, o que implícitamente derivan del texto de la Constitución, y que deben ser reguladas por una ley en sentido formal y material.

Según el Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, la reserva de ley “se traduce en que determinadas cuestiones deben estar respaldadas por la ley o que ésta es el único instrumento idóneo para regular su funcionamiento”.¹³

En ese sentido, la doctrina y la jurisprudencia han clasificado la reserva de ley en absoluta y relativa. Es absoluta cuando el legislador, es decir, el Congreso, es el único órgano que puede desarrollar el contenido de una determinada materia, limitando de manera absoluta la posibilidad de que otro órgano pueda complementar lo dispuesto por la ley.

La reserva de ley es relativa cuando permite que otras normativas regulen parte de una materia contenida en el texto de la Constitución, a condición de que la ley sea la que determine expresa y limitativamente las directrices a las que dichas fuentes deben ajustarse.

¹³ Tesis aislada I.15o.A.83 A, Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, septiembre de 2007, p. 2542.

En materia de contrataciones públicas, el párrafo cuarto del artículo 134 de la Constitución establece claramente, que

Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, *las leyes* establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.

Según nuestra interpretación, el artículo 134 constitucional establece categóricamente una reserva de ley de carácter absoluta en materia de contrataciones públicas, es decir, que la regulación de esta materia es de monopolio exclusivo del Congreso de la Unión y de los respectivos congresos de las entidades federativas, y no existe la mínima posibilidad, al menos no lo establece expresamente la Constitución, para que otro u otros órganos puedan regular, mediante normativas de carácter secundario, las leyes expedidas por cualesquiera de los congresos de nuestro país.

La misma Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido, en tesis aislada, de rubro RÉGIMEN CONTRACTUAL DEL ESTADO. LA FACULTAD REGLAMENTARIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 134 CONSTITUCIONAL NO SE ENCUENTRA SUJETA AL PRINCIPIO DE RESERVA DE CÓDIGO O DE ORDENAMIENTOS, POR LO QUE PUEDEN COEXISTIR DIVERSAS LEYES REGLAMENTARIAS, que

El precepto constitucional no sólo establece los contenidos materiales rectores del régimen contractual del Estado, sino también una cláusula competencial en la forma de un mandato al legislador para reglamentar los procesos tanto de contratación del Estado, como aquellos destinados a controlar su debido cumplimiento; de ahí deriva el fundamento de existencia de una ley reglamentaria. Ello implica que en materia de licitaciones resulte aplicable el principio de reserva de ley, según el cual dicha materia debe reglamentarse en la ley y no en otras fuentes de inferior rango. Sin embargo, en la norma constitucional no se consagra el ulterior principio de reserva de ordenamiento o de código, ya que el precepto constitucional no se dirige a un solo legislador, sino a una pluralidad de ellos, pues otorga facultades de producción legislativa a los distintos niveles de gobierno: tanto la Federación, los Estados y el Distrito Federal. Todos estos niveles de gobierno, mediante sus órganos legislativos, deben reglamentar la norma constitucional, por lo que el Constituyente no pudo prever que sólo existiera una legislación en la materia, sino una pluralidad de ellas con distintos ámbitos espaciales de validez. Ahora bien, dentro del ámbito federal, tampoco se encuentra una razón constitucional que justifique que sólo deba existir un solo código o ley federal en la materia. Esta

conclusión deriva del criterio establecido en los precedentes de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, según el cual el legislador sólo debe cumplir con un estándar mínimo de fundamentación por lo que respecta a su competencia, pues basta que considere necesario regular una situación social y lo haga dentro de los parámetros marcados en la Constitución, sin vulnerar un principio sustantivo, para reconocer su validez constitucional, sin que esta Suprema Corte pueda evaluar los méritos de un diseño legislativo en lugar de otro, como sería la conveniencia de agrupar toda la regulación de una materia en un solo código, o bien, la dispersión de la regulación en leyes especializadas. Esta decisión corresponde a los hacedores de política pública, la que, conforme a los principios democrático y de división de poderes, debe entenderse depositada en la órbita de potestades del legislativo y no del poder judicial.¹⁴

Sin embargo, la práctica dista mucho de lo que explica la doctrina, ya que tanto los diferentes poderes federales y locales como los órganos constitucionales autónomos, también federales y locales, han expedido una diversidad de normativas de carácter administrativo que contienen una regulación muy extensa de los procedimientos de contratación pública.

El legislador ha otorgado, de forma totalmente contraria a la Constitución, facultades normativas al Poder Judicial, al Poder Ejecutivo, al Congreso de la Unión y a los órganos constitucionales autónomos, para regular los procedimientos de contratación pública, lo cual se ha traducido en verdaderos cheques en blanco para que estos poderes y órganos se hagan trajes a la medida en esta materia.

Actualmente no existen mecanismos de control jurisdiccional efectivos que hagan valer el principio de reserva de ley en esta materia; al contrario, la mayoría de los criterios han validado los cientos de normativas expedidas por los entes arriba señalados.

IV. MECANISMOS DE PREVENCIÓN, CONTROL Y DETECCIÓN DE ACTOS DE CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. *Contexto general*

Fernando Gómez de Lara y Sergio Eduardo Huacuja Betancourt señalan que “En virtud de que la licitación pública es un procedimiento y, como tal, supone la concatenación de diversas etapas que conducen a una finalidad, es

¹⁴ Tesis Aislada 1a. CCXXXIX/2015 (10a.), Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 21, t. I, agosto de 2015, p. 479.

plausible clasificarlas en mérito de su temporalidad, en tres momentos: etapas previas, etapas propias y etapas posteriores”¹⁵.

Dentro de cada etapa se desarrollan una serie de subetapas, a saber: en el primer momento, en la etapa previa, se encuentra la elaboración de una preconvocatoria y la elaboración de la convocatoria a la licitación pública.

En un segundo momento, están las etapas propias, que incluyen la publicación de la convocatoria; la junta o juntas de aclaraciones; el registro previo de participantes y la revisión de la documentación; el acto de presentación y apertura de proposiciones, y el acto de fallo.

En el tercer momento, que son las etapas posteriores, están la formalización del contrato, la ejecución del contrato y el pago.

En cada una de estas etapas se presentan, en la práctica, una serie de situaciones, que en muchas ocasiones derivan en abusos y actos de corrupción, ya que el marco jurídico permite todas estas situaciones, que son aprovechadas por grupos económicos y políticos para beneficio de pocos, en detrimento de la sociedad.

En los otros dos procedimientos de contratación pública que disponen las leyes, que son la adjudicación directa y la invitación a cuando menos tres personas, no se observan estas etapas.

En estos tres procedimientos y en todas las etapas arriba señaladas, el participante, y en general la ciudadanía, no cuentan con mecanismos efectivos para evidenciar o combatir prácticas o actos de corrupción.

Las nuevas leyes General del Sistema Nacional Anticorrupción y General de Responsabilidades Administrativas establecen la creación de diferentes mecanismos que tienen como finalidad prevenir, controlar, detectar y disuadir las prácticas de corrupción; sin embargo, no se observan en las nuevas leyes, mecanismos de control jurisdiccional en las etapas arriba descritas.

2. *Prevención*

La mayoría de los nuevos mecanismos que se incorporan en las leyes son de naturaleza preventiva, lo cual representa un avance muy importante en esta materia, pero es necesario fortalecer los otros mecanismos.

En este punto, el artículo 49 de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción establece la creación de la Plataforma Digital Nacional, que

¹⁵ Gómez de Lara, Fernando y Huacuja Betancourt, Sergio Eduardo, *La contratación de bienes, arrendamientos y servicios en la administración pública federal. Un análisis sobre los contratos administrativos y sus implicaciones jurídicas de conformidad con la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP)*, México, Novum, 2016.

estará conformada por la información que a ella incorporen las autoridades integrantes del Sistema Nacional, y contará, en materia de contrataciones públicas, con los sistemas “de los Servidores públicos que intervengan en procedimientos de contrataciones públicas” y “de Información Pública de Contrataciones”.

Asimismo, “El Sistema de Información Pública de Contrataciones contará con la información pública que remitan las autoridades competentes al Comité Coordinador a solicitud de éste”.¹⁶

La Plataforma Digital Nacional incluirá, señala la Ley, en un sistema específico, los nombres y adscripción de los servidores públicos que intervengan en procedimientos para contrataciones públicas, ya sea en la tramitación, atención y resolución para la adjudicación de un contrato, otorgamiento de una concesión, licencia, permiso o autorización y sus prórrogas, así como la enajenación de bienes muebles, y aquellos que dictaminan en materia de avalúos, el cual será actualizado quincenalmente.¹⁷

Además, el sistema específico de la Plataforma Digital Nacional incluirá la relación de particulares, personas físicas y morales, que se encuentren inhabilitados para celebrar contratos con los entes públicos derivado de procedimientos administrativos diversos a los previstos por la ley.

Otro mecanismo que establece el nuevo Sistema Nacional Anticorrupción es el relativo a que “Las sanciones impuestas por faltas administrativas graves serán del conocimiento público cuando éstas contengan impedimentos o inhabilitaciones para ser contratados como Servidores públicos o como prestadores de servicios o contratistas del sector público”,¹⁸ en términos de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Sin embargo, es necesario reformar todo el marco normativo en materia de contratación pública, para establecer con precisión en qué etapas de los procedimientos se deben poner en práctica los mecanismos, ya que las leyes antes mencionadas no lo señalan.

3. *Control*

La Nueva Ley General de Responsabilidades Administrativas señala también a la denuncia ciudadana como un mecanismo de control en contra de actos de corrupción.

¹⁶ Artículo 51 de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.

¹⁷ Artículo 53 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos.

¹⁸ Artículo 53 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Es un paso muy importante, pero es necesario complementar y fortalecer este mecanismo con la modificación de otras leyes.

Como uno de los puntos más importantes está la incorporación de la profesionalización de los órganos internos de control. Es un buen avance, pero además es necesario acompañar estos procedimientos con acciones que fortalezcan la transparencia y la tutela judicial efectiva, ya que de nada servirán titulares de órganos internos de control parciales o dependientes. Es urgente el cambio bajo los nuevos estándares.

4. *Detección*

Dentro de los mecanismos de detección está el regulado en el artículo 45 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, que obliga a las secretarías de la Función Pública y a los órganos internos de control, a supervisar la ejecución de los procedimientos de contratación pública por parte de los contratantes, para garantizar que se lleven a cabo en los términos de las disposiciones en la materia, y realizar las verificaciones procedentes si descubren anomalías.

También destacaríamos dentro de este rubro, nuevamente a la denuncia ciudadana, con las garantías arriba señaladas.

5. *Perspectivas*

Si bien estos mecanismos son importantes para disuadir la tentación de abusar de la posición en el ejercicio del poder, consideramos que no son suficientes si no son modificadas las leyes procesales y procedimentales, ya que las personas, la ciudadanía, también necesita involucrarse directamente en las decisiones por medio de las cuales se gasta el dinero público. Son avances importantes, pero se requieren garantías efectivas de prevención, control y detección de actos de corrupción en las contrataciones públicas, y esas garantías sólo las pueden ofrecer la tutela judicial efectiva, la tutela cautelar y las medidas cautelares; de lo contrario, los abusos seguirán, la ley se aplicará estrictamente y se cumplirá, y el derecho seguirá violentándose.

El siguiente criterio es una muestra más de lo urgente que es la incorporación de mecanismos eficaces y eficientes:

LICITACIÓN PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO Y MEJORA DE ALUMBRADO PÚBLICO MUNICIPAL. NO PROCEDE OTORGAR LA

SUSPENSIÓN PROVISIONAL AL PARTICIPANTE NO FAVORECIDO EN EL PROCEDIMIENTO RELATIVO CUANDO SE SOLICITA PARA EL EFECTO DE QUE NO SE FORMALICE Y EJECUTE EL CONTRATO DE CONCESIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO).

Los artículos 1o., 37, fracciones V, X y XIII, 38, fracción III, 94, fracción II, 103 a 108 y 110 a 112 de la Ley del Gobierno y la Administración Pública Municipal del Estado de Jalisco, regulan los términos y condiciones en que los Ayuntamientos de dicha entidad deben licitar los bienes y servicios municipales (salvo los de seguridad pública y policía preventiva), con sujeción a las reglas y principios prescritos en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, atinentes a la administración de los recursos económicos y la contratación, aplicables para todos los niveles de gobierno. Ahora bien, si una licitación sobre la prestación del servicio de alumbrado público municipal, para modernizar ese servicio y poder brindarlo en mejores condiciones para la colectividad, además de reducir el consumo de energía eléctrica, entonces, conforme a las directrices constitucionales y legales, resulta evidente que la finalidad de esa licitación responde a disposiciones de orden público y al interés social, pues atiende preferentemente la demanda de un servicio de alumbrado público más eficiente en beneficio de la colectividad, en cuanto a su seguridad e imagen urbana, así como el ahorro de energía eléctrica en busca del manejo más adecuado del gasto público municipal y el fortalecimiento de sus finanzas, incluso, con la previsible disminución del consumo de electricidad se evitan mayores emisiones de contaminantes que inciden en el llamado efecto invernadero, propiciando un medio ambiente más óptimo que favorece la salud pública. Por todo ello, no procede otorgar la suspensión provisional al participante que no resultó favorecido en el procedimiento de licitación para la prestación del servicio de mantenimiento y mejora de alumbrado público municipal, cuando se solicita para el efecto de que no se formalice y ejecute el contrato de concesión del señalado servicio público, por no colmarse los extremos del artículo 128, fracción II, de la Ley de Amparo, pues de concederse, se contravendrían disposiciones de orden público y se afectaría el interés social, en tanto que la sociedad y el Estado tienen interés en la defensa y mejoramiento de la seguridad pública, la imagen urbana, la salud pública, el medio ambiente y el buen manejo de las finanzas públicas, lo que implica una reconciliación entre el bienestar económico, los recursos naturales y la sociedad. Si a ello se suma que el procedimiento de licitación tiene la finalidad de regular y vigilar que la prestación de servicios públicos de cualquier naturaleza llevados a cabo por la Federación, las Entidades Federativas, los Municipios y los órganos político-administrativos, se encuentre conforme a las políticas, bases y lineamientos de la ley local indicada, administrándose los recursos públicos con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez, a fin de satisfacer los objetivos para los que están

destinados, situaciones respecto de las cuales la sociedad está interesada en que se proteja.¹⁹

También es importante destacar que sería deseable la intervención de otros poderes y órganos del Estado, sobre todo cuando se trate de contrataciones públicas que impliquen gastos multimillonarios donde es necesaria la valoración y el debate por parte de los representantes del Estado.

Tratándose de adquisiciones y obras públicas cuantiosas, se podría señalar también la intervención de la Cámara de Diputados o del Senado de la República o del Congreso local respectivo, para que debatan respecto de las cuestiones de interés público involucradas, además de realizar un dictamen en la comisión respectiva, para analizar las cuestiones presupuestales presentes y futuras que estén comprometidas.

V. LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN MATERIA DE CONTRATACIONES PÚBLICAS²⁰

Las diferentes normativas, de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, establecen como mecanismos de impugnación de actuaciones y actos en materia de contratación pública, la inconformidad, la conciliación, el recurso administrativo de revisión, el juicio de nulidad y el juicio de amparo.²¹ En este apartado sólo nos referiremos a los tres primeros.

1. *Inconformidad*

Según lo dispuesto por las normativas citadas anteriormente, la Secretaría de la Función Pública conoce de las inconformidades que se promue-

¹⁹ Tesis de jurisprudencia PC.III.A. J/49 A (10a.), Pleno en materia Administrativa del Tercer Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 56, t. II, julio de 2018, p. 1096.

²⁰ Este apartado fue tomado por el autor de López Olvera, Miguel Alejandro, “Acciones judiciales para impugnar actuaciones y actos derivados de procedimientos de contratación pública. Problemas actuales y propuestas para México”, en Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime et al., (eds.), *Bases y retos de la contratación pública en el escenario global*, Santo Domingo, República Dominicana, 2017.

²¹ Para profundizar en este tema, véase Moreno Molina, José Antonio y Cancino Gómez, Rodolfo, *La contratación pública internacional. Unión Europea-México*, Oxford, Chartridge Books Oxford, 2018, pp. 74-78.

ven en contra de los actos de los procedimientos de licitación pública o invitación a cuando menos tres personas.

En estos procedimientos, se puede presentar una inconformidad en los siguientes supuestos y plazos:

Convocatoria a la licitación, y juntas de aclaraciones. En este supuesto, la inconformidad sólo podrá presentarse por el interesado que haya manifestado su interés por participar en el procedimiento..., dentro de los seis días hábiles siguientes a la celebración de la última junta de aclaraciones;

Invitación a cuando menos tres personas. Sólo estará legitimado para inconformarse quien haya recibido invitación, dentro de los seis días hábiles siguientes;

Acto de presentación y apertura de proposiciones, y el fallo. En este caso, la inconformidad sólo podrá presentarse por quien hubiere presentado proposición, dentro de los seis días hábiles siguientes a la celebración de la junta pública en la que se dé a conocer el fallo, o de que se le haya notificado al licitante en los casos en que no se celebre junta pública.

Cancelación de la licitación. En este supuesto, la inconformidad sólo podrá presentarse por el licitante que hubiere presentado proposición, dentro de los seis días hábiles siguientes a su notificación, y

Actos y omisiones por parte de la convocante que impidan la formalización del contrato en los términos establecidos en la convocatoria a la licitación o en esta Ley. En esta hipótesis, la inconformidad sólo podrá presentarse por quien haya resultado adjudicado, dentro de los seis días hábiles posteriores a aquél en que hubiere vencido el plazo establecido en el fallo para la formalización del contrato o, en su defecto, el plazo legal.

En todos los casos en que se trate de licitantes que hayan presentado proposición conjunta, la inconformidad sólo será procedente si se promueve conjuntamente por todos los integrantes de la misma.

Asimismo, en la etapa de la inconformidad se puede decretar la suspensión de los actos del procedimiento de contratación y los que de éste deriven, siempre que lo solicite el inconforme en su escrito inicial y se advierta que existan o pudieran existir actos contrarios a las disposiciones de la ley o a las que de ella deriven, y, además, no se siga perjuicio al interés social ni se contravengam disposiciones de orden público.

En su solicitud, el inconforme deberá expresar las razones por las cuales estima procedente la suspensión, así como la afectación que resentiría en caso de que continúen los actos del procedimiento de contratación.

La resolución que ponga fin a la instancia de inconformidad o, en su caso, a la intervención de oficio, podrá impugnarse por el inconforme o tercero interesado mediante el recurso de revisión previsto en la Ley Federal de

Procedimiento Administrativo, o bien, cuando proceda, ante las instancias jurisdiccionales competentes.

Como se puede observar, la inconformidad no es un medio de impugnación eficaz, en virtud de que es resuelta por la Secretaría de la Función Pública, una dependencia de la administración pública federal cuyo titular es nombrado por el presidente de la República, con la aprobación del Senado de la República, que, cabe señalarlo, tiene una mayoría de integrantes que pertenecen al partido del presidente de la República.

Asimismo, según los tribunales del Poder Judicial Federal, “la inconformidad sólo procede respecto de actos dictados en estos últimos procedimientos de contratación con el objeto de examinar la legalidad de las actuaciones encaminadas a determinar a quién o quiénes se otorgan las adquisiciones, arrendamientos o servicios, debido a la concurrencia u oposición de oferentes existentes”.²² Se excluye su aplicación en el procedimiento de adjudicación directa.

2. *Recurso de revisión*

De acuerdo con lo señalado en las normativas, la resolución que ponga fin a la instancia de inconformidad o, en su caso, a la intervención de oficio, podrá impugnarse por el inconforme o tercero interesado mediante el recurso de revisión previsto en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, o bien, cuando proceda, ante las instancias jurisdiccionales competentes.

Las desventajas que se observan en la práctica, de la impugnación por medio del recurso administrativo, son las siguientes:²³

- Pueden ser factores que compliquen o que retarden la resolución de los asuntos; lo anterior, debido a que su instrucción puede requerir demasiado tiempo.
- No siempre permiten una verdadera conciliación, debido a que en un gran número de casos la administración pública se limita a confirmar su decisión inicial sin realmente reexaminar el expediente; otras veces es imposible realizar un nuevo examen, en razón de la gran extensión del procedimiento.

²² Tesis de jurisprudencia 2a./J. 1 87/2009, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, noviembre de 2009, t. XXX, p. 421.

²³ Véase nuestro artículo en López Olvera, Miguel Alejandro, “El recurso administrativo como mecanismo de control de la administración pública”, en Cisneros Farías, Germán *et al.* (coords.), *Control de la administración pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México, IIJ, UNAM, 2007, p. 232.

- La administración puede sentirse tentada a retardar la solución de un asunto; un ejemplo de ello lo constituye la solidaridad que existe en los cuerpos administrativos.

En la mayoría de las ocasiones, las personas lesionadas por los actos o resoluciones administrativos dictados por la administración pública tienen la convicción de que nada lograrán en esta vía, que no tiene sentido retrasar más el momento de acudir a los estrados de los tribunales, con la exigencia de un recurso que constituirá un trámite inútil.²⁴

Observamos que los mismos vicios y prácticas respecto de los recursos administrativos se aplican en los poderes Legislativo, Judicial y órganos autónomos, tanto federales como locales y municipales.

Por ello, consideramos que las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva se han hecho social, legislativa, doctrinaria y jurisprudencialmente cada día más intensas, y cada vez es más intolerable el mantenimiento del carácter obligatorio de los recursos administrativos, que en la práctica suelen ser ineficaces y, por tanto, una carga excesiva.²⁵

En su lugar, proponemos acciones directas ante las instancias jurisdiccionales, así como la creación de un fuero especializado.

3. Conciliación

De acuerdo con lo señalado en las normativas de adquisiciones, arrendamientos, servicios y de obras públicas, antes citadas, se puede acudir a la conciliación siempre y cuando el procedimiento sea a instancia de los proveedores, derivado de controversias por incumplimiento en los términos y condiciones pactados en el contrato.

Es decir, que una vez celebrado el contrato y durante su periodo de vigencia, pueden surgir controversias derivadas del incumplimiento de los términos y condiciones pactados en los contratos. Por lo que hace a la autoidad, ésta, si así lo considera pertinente y mediante el procedimiento administrativo, puede proceder a la rescisión del contrato.

En esos casos, las leyes establecen un procedimiento de conciliación para resolver los conflictos.

²⁴ González Pérez, Jesús, “La Constitución y la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, año 11, núm. 14, 1999, pp. 43 y ss.

²⁵ Prado Moncada, Rafael G., “Comentarios sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en el sistema jurídico administrativo venezolano”, *Lex. Difusión y Análisis*, año VII, núm. 92, febrero de 2003, p. 30.

Gabino Eduardo Castrejón García, al realizar un análisis de la eficacia de este mecanismo, concluye que

...más que un procedimiento conciliatorio para dirimir controversias derivadas de contratos administrativos, se trata de un procedimiento tendiente a obligar fundamentalmente al proveedor a llegar a un arreglo, ya que por una parte lo obliga a cumplir con los términos y condiciones del contrato; en el mejor de los casos a designar a terceros o peritos a que rindan su opinión, que prácticamente estamos en presencia de un arbitraje; y finalmente, a obligar al proveedor a acudir a instancias judiciales para reclamar sus derechos, no así a la autoridad, ya que tiene el procedimiento de rescisión.

En tales condiciones, podemos afirmar que se desvirtúa la conciliación, siendo su procedimiento ineficaz, sobre todo por lo que hace a la parte proveedora, y prácticamente se obliga a acudir a las instancias judiciales para reclamar sus derechos.²⁶

VI. PROPUESTA PARA LA CREACIÓN DE TRIBUNALES ESPECIALIZADOS EN MATERIA DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

El actual modelo de fiscalización y de control de las contrataciones públicas es totalmente ineficiente por parte de las diferentes autoridades que deberían estar a cargo, como quedó explicado anteriormente, ya sea porque tienen o intereses económicos o personales de que se contrate a ciertas personas, físicas o morales.

En la mayoría de las ocasiones en las que se logra advertir que existen intereses de los participantes o de las autoridades, tanto los otros participantes como los ciudadanos, no pueden hacer nada para impedir el acto corrupto, ya que los mecanismos jurídicos, como evidenciamos anteriormente, son insuficientes para frenar o echar abajo una contratación corrupta.

Por ello, es necesario contar con instancias jurisdiccionales locales y federales, independientes e imparciales, encargadas de resolver con objetividad las controversias e impugnaciones en materia de contrataciones públicas.

El amparo podría ser el mecanismo ideal de control jurisdiccional de los procedimientos de contratación pública, a nivel federal, y a nivel local los tribunales de justicia administrativa.

²⁶ Castrejón García, Gabino Eduardo, “La ineficacia del procedimiento de conciliación en los contratos de la administración pública”, en Fernández Ruiz, Jorge y Santiago Sánchez, Javier (coords.), *Contratos administrativos. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2007, p. 43.

Por ejemplo, en Colombia se puede interponer una acción popular en contra de actos derivados de procedimientos de contratación pública, la cual tiene un carácter preventivo, ya que su finalidad es evitar vulneraciones de derechos colectivos.²⁷

El artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo, rápido, efectivo”, y económico, agrega la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo que se traduce en la eliminación de las normas que sean incompatibles con este derecho humano, y la expedición de otras que complementen y den operatividad y eficacia de estas directrices.

Por ello, consideramos que se deben eliminar de los procedimientos de contratación pública los mecanismos de la inconformidad, la conciliación y el recurso administrativo, ya que en la actualidad resultan incompatibles con los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos.

También, se deben establecer tribunales o salas o juzgados especializados en esta materia, además de diferentes tipos de acciones, para impugnar la diversidad de situaciones que se presentan en estos procedimientos de contratación pública.

Por ejemplo, las situaciones derivadas de los acuerdos verbales entre la administración pública y un particular, que no son revisables actualmente en sede judicial, como se puede apreciar en el siguiente criterio jurisprudencial del Sexto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Tercer Circuito, que opina que

El artículo 14, fracción VII, de la ley orgánica del órgano jurisdiccional referido abrogada, señala que éste conocerá de los juicios que se promuevan contra las resoluciones definitivas, actos administrativos y procedimientos que se dicten en materia administrativa sobre interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas, adquisiciones, arrendamientos y servicios celebrados por las dependencias y entidades de la administración pública federal. Por su parte, el artículo 52 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público dispone que cualquier modificación a los contratos deberá formalizarse por escrito por parte de las dependencias y entidades, y que los instrumentos legales respectivos serán suscritos por el servidor público que lo haya hecho en el contrato o quien lo sustituya o esté facultado para ello. En ese contexto y tomando en cuenta que la doctrina jurídica ha diferenciado a los contratos civiles o privados, de los administrativos con finalidad

²⁷ Güecha Medina, Ciro Nolberto, *Contratos administrativos. Control de legalidad en el procedimiento administrativo de contratación*, 2a. ed., Bogotá, Ibáñez, 2010, p. 281.

de servicio público, entre otras razones, porque en estos últimos no opera el consentimiento tácito ni verbal como en aquéllos, sino que la voluntad de la administración pública debe manifestarse expresamente por escrito, a través de la firma de la autoridad competente, se concluye que el tribunal federal mencionado es incompetente para conocer del juicio contencioso administrativo contra el incumplimiento de la modificación de un contrato abierto por adjudicación directa celebrada verbalmente entre una entidad pública y un particular proveedor, porque no se trata de una resolución definitiva, acto administrativo ni procedimiento dictado por la autoridad demandada sobre interpretación y cumplimiento de contratos de adquisiciones, y no constituye un contrato administrativo con la finalidad de servicio público, ya que éste debe ser formalizado por escrito y contener la voluntad expresa de la dependencia correspondiente, mediante la firma del servidor público competente.²⁸

En materia de telecomunicaciones y en materia de competencia económica se eliminaron los recursos administrativos, y ahora hay acciones judiciales directas.

Fortalecer los poderes judiciales, federales, locales y municipales, que sean imparciales e independientes para que puedan revisar con objetividad los procedimientos de contratación pública.

Al respecto, es importante recordar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recomienda que se establezcan en los Estados, acciones de tutela cautelar, acciones contra violaciones de derechos humanos individuales y acciones contra violaciones a derechos humanos colectivos.²⁹

Es una obligación pendiente de cumplir. Y tratándose del combate a la corrupción, urge.

²⁸ Tesis Aislada III.6o.A.2 A (10a.), Sexto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Tercer Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 47, t. IV, octubre de 2017, p. 2499. Rubro: MODIFICACIÓN DE UN CONTRATO ABIERTO POR ADJUDICACIÓN DIRECTA CELEBRADA VERBALMENTE ENTRE UNA ENTIDAD PÚBLICA Y UN PARTICULAR PROVEEDOR. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA (ACTUALMENTE TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA) ES INCOMPETENTE PARA CONOCER DEL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA SU INCUMPLIMIENTO.

²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudios de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007, pp. 77-84.

NUEVOS RETOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Daniel MÁRQUEZ*

SUMARIO: I. *La contratación pública gubernamental.* II. *Los modelos actuales de contratación administrativa, el Sistema Nacional Anticorrupción y los requisitos para las áreas de contratación pública: la burocratización de la ineficacia.* III. *Nuevos retos de la contratación pública: la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE Texto pertinente a efectos del EEE.*

I. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA GUBERNAMENTAL

En este trabajo disertaremos en torno a los contratos administrativos, destacaremos algunos problemas que impactan en su operación, entre ellos el problema conceptual, los modelos actuales de contratación administrativa, el Sistema Nacional Anticorrupción y los requisitos para las áreas de contratación pública: la burocratización de la ineficacia, y las nuevas tendencias de la contratación pública.

Como apunte histórico, Francisco González de Cosío destaca que la primera licitación pública se realizó en México en 1767, durante el virreinato de Carlo Francisco de Croix, para la ejecución de la obra pública relacionada con el desagüe de la Ciudad de México, para lo que se pidió una contribución sobre rentas, huertas y tierras, además de la cooperación de las clases privilegiadas.¹

En sus *Lecciones de derecho administrativo*, Teodosio Lares aludía al remate, licitación o subasta, como método para asignar obras públicas, destacando que el remate se hacía a cuenta y riesgo del empresario, quien cargaba con

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ González de Cosío, Francisco, *Historia de las obras públicas en México*, t. II, México, Secretaría de Obras Públicas, 1973, p. 146.

los peligros y consecuencias relacionados con el incremento de precios de los materiales.²

En los artículos 1o. y 5o. del Decreto del Gobierno para la Desamortización de Fincas Rústicas y Urbanas que Administren como propietarios las Corporaciones Civiles o Eclesiásticas de la República, se destacó, en el primero, que esas fincas se adjudicarían a los que las tenían arrendadas por el valor de la renta que pagaban más un rédito anual al 6% anual, y, en el segundo, que las que no se estuvieran arrendadas se adjudicarían en almoneda al mejor postor.

En México existen dos experiencias en torno al derecho que aplica la administración: la escuela judicialista: con la visión sajona del derecho, y la continental, a través de las experiencias española, francesa y alemana. Lo anterior ha generado una comprensión ecléctica sobre el contrato en general y el contrato administrativo en particular. No podemos olvidar que hasta 1870, el Código Civil federal regulaba los dos contratos que por antonomasia se estiman administrativos: el de obra pública y el de suministro. En este sentido, las leyes de Arrendamientos y Servicios y Obra Pública tienen una tradición limitada a un siglo en el país.

Durante el siglo XIX se acudió también a la figura de la concesión para realizar obras públicas. José María del Castillo Velasco recuerda que era potestativo para la administración, realizar obras públicas y, realizar esos servicios por sí o a través de particulares, por medio de una cantidad convenida; afirma que cuando se usaba en contra la primera máxima es la publicidad y concurrencia, que expresan su fuerza y celo para “promover y adelantar los intereses del Estado”, se usaban para obras públicas y servicios por cuenta del Estado, y para su celebración se acudía a la subasta y remate público solemne ante la autoridad correspondiente, para evitar las “primas” “ardides de la codicias que ceden en menoscabo de los intereses del Estado”. La contratación se realizaba a través de proposiciones entregadas en pliegos cerrados; las propuestas se leían, se declaraban cuál era la más ventajosa, y se adjudicaba la obra al mejor postor; se extendía el acta legalizada, y se entregaba al superior para la resolución definitiva; el adjudicatario entregaba la escritura de obligación, la fianza y renunciaba al fuero en razón de domicilio.³

El 27 de enero de 1917 se aprobó el contenido del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; destaca el numeral

² Lares, Teodosio, *Lecciones de derecho administrativo*, México, UNAM, 1978, p. 105.

³ Castillo Velasco, José María del, *Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano*, t. I, México, Castillo Velasco e Hijos, 1875, p. 82.

que todos los contratos que el gobierno celebre para la ejecución de obras públicas serán adjudicados en subasta, mediante convocatoria, y para que se presenten proposiciones en sobre cerrado, abierto en junta pública.

Estas disposiciones impactaron en el artículo 16 de la Ley de las Secretarías de Estado, del 25 de diciembre de 1917, que sujetaba los contratos al artículo constitucional mencionado; en la Ley Orgánica del Departamento de Contraloría de la Federación del 10. de marzo de 1926, en materia de vigilancia de esos contratos; el artículo 27 del Reglamento para la Autorización de Créditos en contra de la Federación y de Contratos del 23 de enero de 1933, prescribía que los pedidos se adjudicaran al cotizador que ofreciera las mejores condiciones por lo que toca al precio, calidad de los artículos, plazo para el pago, facilidades de entrega y demás circunstancias ventajosas en cada caso.

El artículo 40 de la Ley General de Bienes Nacionales del 3 de julio de 1942 prescribía la enajenación de bienes inmuebles de la Federación a través de subasta, y el Reglamento de las Subastas a que se refiere la Ley General de Bienes Nacionales del 4 de marzo de 1949. El 31 de diciembre de 1979 se emitió la Ley sobre Adquisiciones. Arrendamientos y Almacenes de la Administración Pública Federal; el 15 de octubre de 1980 se emitió la Norma de Concursos para la Adquisición de Mercancías, Materias Primas y Bienes Muebles, que como concurso regula la licitación pública. La Ley de Obras Públicas, del 30 de diciembre de 1980, en su artículo 30 alude por primera vez a licitación pública.

Así, se emitieron diversas normas para cerrar con la reforma constitucional del 28 de diciembre de 1982 al artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con su redacción actual. Este precepto constitucional tiene reformas en la materia, del 13 de noviembre de 2007, el 7 de mayo de 2008 y 29 de enero de 2016.

Uno de los problemas más importantes es delimitar cuándo estamos en presencia de un contrato administrativo, en principio, porque existen diversos criterios al respecto; así, Jorge Fernández Ruiz⁴ destaca los criterios subjetivo, de la jurisdicción, formal, de la cláusula exorbitante, teleológico, legalista, de los servicios públicos, del interés público y mixto, en los términos siguientes:

⁴ Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo*, pres. Miguel Ángel Osorio Chong, pref. Pedro Salazar Ugarte, *La Constitución y sus grandes temas* por Diego Valadés, *Grandes temas constitucionales*, Patricia Galeana, México, Secretaría de Gobernación, Secretaría de Cultura, INEHRM, IJJ, UNAM, 2016, pp. 165-169.

<i>El subjetivo</i>	<i>El de la jurisdicción</i>	<i>El formal</i>
El contrato es administrativo si uno o los dos contratantes forma parte de la administración pública	El contrato es administrativo cuando la competencia para resolver las controversias corresponde al contencioso administrativo	El contrato es administrativo cuando se deben cumplir formalidades como la licitación o el apego a bases u otras condiciones

<i>La cláusula exorbitante</i>	<i>Teleológico</i>	<i>Legalista</i>
Un contrato es administrativo cuando contiene cláusulas que rebasan la esfera del derecho ordinario	El contrato es administrativo cuando su <i>telos</i> es la utilidad pública	Son contratos administrativos lo que la ley determine que lo son

<i>Servicios públicos</i>	<i>Por el interés público</i>	<i>Mixto</i>
El contrato es administrativo cuando su finalidad consiste en la prestación de un servicio público	Un contrato es administrativo cuando su propósito es alcanzar de manera directa e inmediata el interés público	Son contratos administrativos en los que una parte es una persona pública, ejerciendo la función administrativa, observando formalidades especiales, con cláusulas exorbitantes, que satisface necesidades generales, el interés público o la utilidad pública, y la competencia jurisdiccional se asigna a órganos administrativos

Además, porque en algunas regulaciones se distingue entre contratos administrativos y contratos privados; por ejemplo, en la Ley 9/2017, del 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, del 26 de febrero de 2014, se destaca en

sus artículos 12, numerales 2, 24, 25, y 26, que divide los contratos del sector público en administrativos y privados.⁵ Con lo que adopta el criterio legal.

⁵ Los artículos mencionados destacan: Artículo 12. Calificación de los contratos.

1. Los contratos de obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro y servicios que celebren las entidades pertenecientes al sector público se calificarán de acuerdo con las normas contenidas en la presente sección.

2. Los restantes contratos del sector público se calificarán según las normas de derecho administrativo o de derecho privado que les sean de aplicación.

Artículo 24. Régimen jurídico aplicable a los contratos del sector público.

Los contratos del sector público podrán estar sometidos a un régimen jurídico de derecho administrativo o de derecho privado.

Artículo 25. Contratos administrativos.

1. Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:

a) Los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios. No obstante, tendrán carácter privado los siguientes contratos:

1o. Los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3 y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6.

2o. Aquellos cuyo objeto sea la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos.

b) Los contratos declarados así expresamente por una Ley, y aquellos otros de objeto distinto a los expresados en la letra anterior, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella.

2. Los contratos administrativos se registrarán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas.

Artículo 26. Contratos privados.

1. Tendrán la consideración de contratos privados:

a) Los que celebren las Administraciones Públicas cuyo objeto sea distinto de los referidos en las letras a) y b) del apartado primero del artículo anterior.

b) Los celebrados por entidades del sector público que siendo poder adjudicador no reúnan la condición de Administraciones Públicas.

c) Los celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador.

2. Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se registrarán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las

Secciones 1a. y 2a. del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a su efectos, modificación y extinción, estos contratos se registrarán por el derecho privado.

Según Miguel Acosta Romero, será contrato administrativo aquel en el que una de las partes sea el Estado, a través de un órgano de la administración pública o de los organismos descentralizados, organismos desconcentrados o sociedades mercantiles de Estado.⁶ Lo que conjunta los criterios legalista y subjetivo.

Miguel S. Marienhoff define al contrato administrativo como el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o un particular o administrado para satisfacer necesidades públicas.⁷ Lo que incluye los criterios subjetivo, funcional y teleológico.

Para Jorge Fernández Ruiz, el contrato administrativo es el acuerdo de un particular con un órgano del poder público en ejercicio de función administrativa, para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones patrimoniales, en aras del interés público, con sujeción a un régimen exorbitante

No obstante, lo establecido en el párrafo anterior, a los contratos mencionados en los números 1o. y 2o. de la letra a) del apartado primero del artículo anterior, les resultarán de aplicación, además del Libro Primero de la presente Ley, el Libro Segundo de la misma en cuanto a su preparación y adjudicación. En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, salvo lo establecido en los artículos de esta Ley relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos, que les serán de aplicación cuando el contrato esté sujeto a regulación armonizada.

3. Los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas mencionados en la letra b) del apartado primero del presente artículo, cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la presente Ley, se regirán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la misma, en cuanto a su preparación y adjudicación.

En cuanto a sus efectos y extinción les serán aplicables las normas de derecho privado, y aquellas normas a las que se refiere el párrafo primero del artículo 319 en materia medioambiental, social o laboral, de condiciones especiales de ejecución, de modificación del contrato, de cesión y subcontratación, de racionalización técnica de la contratación; y la causa de resolución del contrato referida a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 204 y 205.

4. Los contratos que celebren las Entidades del Sector Público que no posean la condición de poder adjudicador, se regirán por lo dispuesto en los artículos 321 y 322.

En lo que se refiere a sus efectos, modificación y extinción se regularán por las normas de derecho privado que les resulten de aplicación.

⁶ Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, 3a. ed., México, Porrúa, 1979, p. 419.

⁷ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 34.

del derecho ordinario.⁸ Según el mismo autor,⁹ sus caracteres esenciales y sus principios son:

<i>Caracteres esenciales</i>	<i>Explicación</i>	<i>Principios</i>	<i>Explicación</i>
Juridicidad	Es un acto jurídico voluntario bilateral	Legalidad	Debe sujetarse estrictamente a la ley que lo autoriza
Bilateralidad	Es sinalagmático, ambas partes acuerdan obligaciones mutuas y recíprocas, son deudores ya acreedores entre sí	Continuidad	Su ejecución no debe interrumpirse ni retrasarse
Desigualdad de las partes	Hay disimilitudes entre las partes.	Equilibrio financiero o principio de la ecuación financiera	Se debe mantener el equilibrio financiero para que las partes no resulten perjudicadas, por lo que se emplean dos técnicas: a) el hecho de príncipe y b) la teoría de la imprevisión
Restricción de la libertad de las partes	La administración pública enfrenta restricciones a su libertad contractual, desde la selección del contratante, la estructura y términos del contrato, y el procedimiento de contratación. Al particular también se le restringe su libertad		a) el hecho del príncipe: es la alteración provocada a las cláusulas de un contrato administrativo, imprevisible para el particular contratante y en su perjuicio, derivadas de decisiones adoptadas por la administración pública en ejercicio de sus atribuciones como autoridad

⁸ Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo*, cit., p. 180. Sobre el “criterio de cláusulas exorbitantes”, Miguel Acosta Romero señala que “es típico de los contratos administrativos el que contengan cláusulas exorbitantes, es decir, en las cuales la Administración Pública tiene una serie de derechos que en cierta forma rompen con el principio tradicional del Derecho Civil, de igualdad de las partes en sus contratos” (*op. cit.*, p. 420).

⁹ *Ibidem*, pp. 169-174.

<i>Caracteres esenciales</i>	<i>Explicación</i>	<i>Principios</i>	<i>Explicación</i>
Interés público prevaleciente	Predomina el interés público sobre el privado, porque su régimen legal rebasa la órbita, los límites del derecho ordinario, porque es de derecho público		b) la teoría de la imprevisión, o teoría de la lesión exorbitante, que puede dar lugar a una modificación del monto, ampliación del plazo, prórroga en la ejecución, indemnización al contratista, actualización o reajuste de precios, entre otros

Para Agustín Gordillo, hay tres tipos de contratos administrativos: a) la concesión o licencia de servicios públicos (concesiones y licencias de servicio público, el de empréstito público, y en menor medida la concesión de obra pública); b) contrato administrativo no monopolístico o exclusivo (contrato de función pública, concesión y permiso para el uso de bienes del dominio público, y los contratos de suministro y obra pública), y c) el contrato privado de la administración (cesión, permuta, donación, préstamo, etcétera). En su opinión, todos estos contratos tienen un régimen en parte de derecho público.¹⁰

Como se advierte, el debate doctrinal y legal en torno al contenido del contrato administrativo sigue abierto.

II. LOS MODELOS ACTUALES DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, EL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN Y LOS REQUISITOS PARA LAS ÁREAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA BUROCRATIZACIÓN DE LA INEFICACIA

En nuestro país tenemos diversos modelos de contratos que celebra la administración pública relacionados con los regímenes de contratación que ha adoptado el Estado mexicano. Esos modelos se muestran en cuadro siguiente:

¹⁰ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo. Parte general*, Buenos Aires, Ediciones Macchi, 1974 (hay versión del autor de 2003), pp. 318 y ss.

<p><i>Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público,</i> 4 de enero de 2000</p> <p>Objeto: reglamentar la aplicación del artículo 134 de la CPEUM en materia de las adquisiciones, arrendamientos de bienes muebles y prestación de servicios de cualquier naturaleza (a. 1o.)</p>	<p><i>Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas,</i> 4 de enero de 2000</p> <p>Objeto: reglamentar la aplicación del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de contrataciones de obras públicas, así como de los servicios relacionados con las mismas (a. 1o.)</p>	<p><i>Ley de Asociaciones Público-Privadas,</i> 16 de enero de 2012</p> <p>Objeto: regular los proyectos de asociaciones público-privadas (a.1o.)</p>	<p><i>Ley General de Bienes Nacionales</i></p> <p>Regula los contratos de arrendamiento y de comodato sobre inmuebles federales (a. 42 y 52)</p>
<p>CompraNet: el sistema electrónico de información pública gubernamental sobre adquisiciones, arrendamientos y servicios, integrado entre otra información, por los programas anuales en la materia, de las dependencias y entidades; el registro único de proveedores; el padrón de testigos sociales; el registro de proveedores sancionados; las convocatorias a la licitación y sus modificaciones; las invitaciones a cuando menos tres personas; las actas de las juntas de aclaraciones, del acto de presentación y apertura de proposiciones y de fallo; los</p>	<p>CompraNet: obras públicas asociadas a proyectos de infraestructura: las obras que tienen por objeto la construcción, ampliación o modificación de bienes inmuebles destinados directamente a la prestación de servicios de comunicaciones, transportes, hidráulico, medio ambiente, turístico, educación, salud y energético; Proyecto ejecutivo; Proyecto arquitectónico; Proyecto de ingeniería (a. 2o.)</p>	<p>Los proyectos de asociación público-privada son aquellos que se realicen para establecer una relación contractual de largo plazo, entre instancias del sector público y del sector privado, para la prestación de servicios al sector público, mayoristas, intermediarios o al usuario final y en los que se utilice infraestructura proporcionada total o parcialmente por el sector privado con objetivos que aumenten el bienestar social y los niveles de inversión en el país (a. 2o.)</p>	<p>Las dependencias, la Procuraduría General de la República o las unidades administrativas de la Presidencia de la República podrán celebrar, como arrendatarias, contratos de arrendamiento financiero con opción a compra (a. 50)</p>

<p><i>Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, 4 de enero de 2000</i></p> <p>testimonios de los testigos sociales; los datos de los contratos y los convenios modificatorios; las adjudicaciones directas; las resoluciones de la instancia de inconformidad que hayan causado estado, y las notificaciones y avisos correspondientes. Dicho sistema será de consulta gratuita y constituirá un medio por el cual se desarrollarán procedimientos de contratación. (a. 2o.)</p>		<p>Entre las adquisiciones, arrendamientos y servicios, quedan comprendidos: I. Las adquisiciones y los arrendamientos de bienes muebles; II. Las adquisiciones de bienes muebles que deban incorporarse, adherirse o destinarse a un inmueble; III. Las adquisiciones de bienes muebles que incluyan su instalación en inmuebles; IV. La contratación</p>
<p><i>Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, 4 de enero de 2000</i></p>		<p>Se consideran obras públicas los trabajos que tengan por objeto construir, instalar, ampliar, adecuar, remodelar, restaurar, conservar, mantener, modificar y demoler bienes inmuebles. Asimismo, quedan comprendidos dentro de las obras públicas los siguientes conceptos: mantenimiento y la restauración de bienes muebles; proyectos integrales; trabajos de exploración, localización</p>
<p><i>Ley de Asociaciones Público-Privadas, 16 de enero de 2012</i></p>		<p>Proyectos de asociación público-privada los que se realicen en los términos de esta ley, con cualquier esquema de asociación para desarrollar proyectos de inversión productiva, investigación aplicada y/o de innovación tecnológica (a. 3o.)</p>
<p><i>Ley General de Bienes Nacionales</i></p>		<p>Las instituciones destinatarias podrán asignar y reasignar a título gratuito espacios de los inmuebles que tengan destinados, a favor de particulares con los que hayan celebrado contratos de obras públicas o de prestación de servicios,</p>

<p>de los servicios relativos a bienes muebles que se encuentren incorporados o adheridos a inmuebles; V. La reconstrucción y mantenimiento de bienes muebles; maquila; seguros; transportación de bienes muebles o personas, y contratación de servicios de limpieza y vigilancia; VI. La prestación de servicios de largo plazo que involucren recursos de varios ejercicios fiscales; VII. La prestación de servicios de personas físicas; VIII. La contratación de consultorías, asesorías, estudios e investigaciones; IX. Los servicios de cualquier naturaleza (a. 3o.)</p>	<p>y perforación; instalación de islas artificiales y plataformas; trabajos de infraestructura agropecuaria; instalación, montaje, colocación o aplicación, incluyendo las pruebas de operación de bienes muebles que deban incorporarse, adherirse o destinarse a un inmueble; asociadas a proyectos de infraestructura; aquellos de naturaleza análoga (a. 3o.)</p>		<p>incluyendo aquéllos que impliquen servicios que sus servidores públicos requieran para el cumplimiento de sus funciones (a. 63)</p>
<p>La Secretaría de Economía dictará las reglas que deban observar las dependencias y entidades, derivadas de programas que tengan por objeto promover la participación de las empresas nacionales, especialmente de las micro, pequeñas y medianas (a. 8o.)</p>		<p>Excluyen la aplicación de Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, así como la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, sus reglamentos y disposiciones que de ellas emanen (a. 7)</p>	<p>Contrato de enajenación onerosa (a. 88). Contrato de enajenación de bienes a plazo (a. 89)</p>

<p><i>Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, 4 de enero de 2000</i></p>	<p><i>Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, 4 de enero de 2000</i></p>	<p><i>Ley de Asociaciones Público-Privadas, 16 de enero de 2012</i></p>	<p><i>Ley General de Bienes Nacionales</i></p>
<p>Supletoriedad a favor del Código Civil Federal, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y el Código Federal de Procedimientos Civiles (a. 11)</p>	<p>La SHCP, la Secretaría de Economía y la Secretaría de la Función Pública están facultadas para interpretar esta Ley para efectos administrativos (a. 8o.)</p> <p>Supletoriedad a favor del Código Civil Federal, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo y el Código Federal de Procedimientos Civiles (a. 13)</p>	<p>La SHCP puede interpretar la ley para efectos administrativos (a. 8o.)</p> <p>Supletoriedad a favor de Código de Comercio, Código Civil Federal, Ley Federal de Procedimiento Administrativo, y Código Federal de Procedimientos Civiles (a. 9o.)</p>	<p>Contrato de donación (a. 90)</p> <p>Los inmuebles propiedad de las entidades, pueden ser objeto de todos los contratos que regula el derecho común (a. 116)</p>
		<p>Son compatibles con actos administrativos, como permisos, autorizaciones o concesiones (a. 10)</p>	<p>Contratos de compra, permuta, aportación, afectación, arrendamiento financiero (a. 143)</p>
<p>Comités de adquisiciones, arrendamientos y servicios (a. 22)</p>	<p>Comités de obras públicas (a. 25)</p>	<p>Uso del sistema electrónico de información pública gubernamental CompraNet (a. 11)</p>	

<p>Las dependencias y entidades, bajo su responsabilidad, podrán convocar, adjudicar o contratar adquisiciones, arrendamientos y servicios, con cargo a su presupuesto autorizado y sujetándose al calendario de gasto correspondiente</p>		<p>El proyecto exige la celebración de un contrato de largo plazo, en el que se establezcan los derechos y obligaciones del ente público contratante, y los del o los desarrolladores (a. 13)</p>	
		<p>Requieren dictámenes y estudios previos (aa. 14 y 15) y el registro en la cartera de inversión (a. 21)</p>	
	<p>Se pueden realizar las obras públicas y servicios relacionados con las mismas por alguna de las dos formas siguientes: I. Por contrato, o II. Por administración directa (a. 26)</p>	<p>Su procedimiento es: 1) cuando se usan recursos presupuestales: i) dictamen de viabilidad, ii) registro en la cartera de inversión, iii) autorización de la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación; 2) con recursos distintos a los presupuestales los requisitos i) y ii); 3) recursos distintos al numerario el requisito i) (a. 23)</p>	
		<p>Regula las propuestas no solicitadas (a. 26)</p>	

<p><i>Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, 4 de enero de 2000</i></p> <p>La licitación pública puede ser presencia, electrónica a través de CompraNet, y mixta (a. 26-bis). Las licitaciones públicas podrán llevarse a cabo a través de medios electrónicos las unidades administrativas estarán obligadas a realizar todos sus procedimientos de licitación mediante dicha vía (a. 27). Las licitaciones pueden ser públicas, internacionales bajo cobertura abiertas (a. 28)</p>	<p><i>Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, 4 de enero de 2000</i></p> <p>Las licitaciones públicas podrán llevarse a cabo a través de medios electrónicos las unidades administrativas estarán obligadas a realizar todos sus procedimientos de licitación mediante dicha vía (a. 28). Las licitaciones pueden ser públicas, internacionales bajo cobertura de los tratados e internacionales abiertas (a. 30). La publicación de la convocatoria a la licitación pública se realizará a través de CompraNet y su obtención será gratuita (a. 32)</p>	<p><i>Ley de Asociaciones Público-Privadas, 16 de enero de 2012</i></p> <p>Se adjudican mediante concurso donde aplican los principios de legalidad, libre concurrencia y imparcialidad, objetividad e imparcialidad, transparencia y publicidad e igualdad de condiciones para todos los participantes (a. 38)</p>	<p><i>Ley General de Bienes Nacionales</i></p>
<p>En la convocatoria se establecerán las bases (a. 29), y propuestas y su evaluación (aa. 35 y 36)</p>	<p>Proposiciones (aa. 33 y 36); junta (a. 35); y su evaluación (a. 38)</p>	<p>Se emite una convocatoria y bases, propuestas y su evaluación (aa. 44, 45, 49, 52)</p>	

<p>El contrato se adjudicará al licitante cuya oferta resulte solvente (a. 36-bis). Requisitos del fallo (a. 37)</p>	<p>El contrato se adjudicará de entre los licitantes, a aquél cuya proposición resulte solvente porque reúne, conforme a los criterios de adjudicación (a. 38), fallo (a. 39)</p>	<p>El proyecto se adjudicará al participante que haya presentado la propuesta solvente, por cumplir los requisitos legales, técnicos y económicos, conforme a los criterios establecidos en las bases del concurso y, por tanto, garantiza su cumplimiento en junta pública (aa. 54 y 55)</p>	
<p>Los procedimientos de contratación son: I. Licitación pública; II. Invitación a cuando menos tres personas, o III. Adjudicación directa (a. 26)</p>	<p>Los procedimientos de contratación son: I. Licitación pública; II. Invitación a cuando menos tres personas, o III. Adjudicación directa (a. 27)</p>	<p>Se puede acudir a invitación a cuando menos tres personas o de adjudicación directa (a. 64)</p>	
<p>Excepciones a la licitación pública (a. 40)</p>	<p>Excepciones a la licitación pública (a. 41)</p>	<p>Se regulan la adquisición de los bienes necesarios para los proyectos (a. 67); el procedimiento de negociación (a. 69); la utilidad pública y la expropiación (aa. 76 y 80)</p>	

<p><i>Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, 4 de enero de 2000</i></p> <p>En las adquisiciones, arrendamientos y servicios deberá pactarse la condición de precio fijo. (a. 44); Cuando con posterioridad a la adjudicación de un contrato se presenten circunstancias económicas de tipo general se deberán reconocer incrementos o requerir reducciones (a. 44)</p>	<p><i>Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, 4 de enero de 2000</i></p> <p>Se deberán incorporar en las convocatorias a las licitaciones, las modalidades de contratación que tiendan a garantizar al Estado las mejores condiciones en la ejecución de los trabajos, ajustándose a las condiciones de pago señaladas (a. 45)</p>	<p><i>Ley de Asociaciones Público-Privadas, 16 de enero de 2012</i></p> <p>También se permite el otorgamiento de permisos, concesiones u otras autorizaciones (a. 87)</p>	<p><i>Ley General de Bienes Nacionales</i></p>
<p>Las dependencias y entidades podrán celebrar contratos abiertos para adquirir bienes, arrendamientos o servicios que requieran de manera reiterada (a. 47)</p>	<p>Se podrán celebrar contratos sobre la base de precios unitarios, siempre y cuando, se definan una serie de precios unitarios y una relación de insumos que sirvan de base o referencia para la ejecución de los trabajos (a. 45-bis)</p>	<p>El contrato de asociación público-privada sólo puede celebrarse con particulares personas morales cuyo objeto social o fines sean aquellas actividades necesarias para desarrollar el proyecto respectivo (a. 91)</p>	
<p>El contrato o pedido contendrá: El nombre, denominación o razón social de la dependencia o entidad convocante; La indicación del procedimiento de adjudicación; autorización del presupuesto;</p>	<p>Los contratos de obras públicas y servicios relacionados con las mismas contendrán: El nombre, denominación o razón social de la dependencia o entidad convocante y del Contratista; procedimiento</p>	<p>El contrato debe contener, como mínimo: i) nombre, datos de identificación y capacidad jurídica de las partes; ii) personalidad de las partes; iii) el objeto; iv) los</p>	

<p>existencia y personalidad del licitante; descripción pormenorizada de los bienes, arrendamientos o servicios objeto del contrato; si el precio es fijo o sujeto a ajustes; si el arrendamiento es con o sin opción a compra; porcentajes de los anticipos; Porcentaje, número y fechas o plazo de las exhibiciones y amortización de los anticipos; forma, términos y porcentaje para garantizar los anticipos y el cumplimiento del contrato; fecha o plazo, lugar y condiciones de entrega; moneda en que se cotizó y se efectuará el pago; plazo y condiciones de pago; prórrogas; causales para la rescisión de los contratos; devolución y reposición de bienes por motivos de fallas de calidad o cumplimiento de especificaciones; señalamiento de las licencias, autorizaciones y permisos necesarios; condiciones, términos y procedimiento para la aplicación de penas convencionales; violaciones en materia de derechos inherentes a la propiedad</p>	<p>de adjudicación; autorización del presupuesto; existencia y personalidad del licitante; descripción pormenorizada de los trabajos; precio a pagar; plazo de ejecución de los trabajos; porcentajes, número y fechas de las exhibiciones y amortización de los anticipos, forma o términos y porcentajes de garantizar la correcta inversión de los anticipos y el cumplimiento del contrato; términos, condiciones y el procedimiento para la aplicación de penas convencionales, retenciones y/o descuentos; procedimiento de ajuste de costos; el reintegro de los pagos en exceso; responsabilidad por violación a la propiedad intelectual; procedimientos para resolución de controversias; causales de rescisión; demás aspectos y requisitos previstos en la convocatoria (a. 46)</p>	<p>derechos y obligaciones; v) las características, especificaciones, estándares técnicos, niveles de desempeño y calidad; vi) la relación de los inmuebles, bienes y derechos afectos al proyecto y su destino a la terminación del contrato; vii) el régimen financiero del proyecto, con las contraprestaciones a favor del desarrollador; viii) la mención de que los inmuebles, bienes y derechos del proyecto sólo podrán ser afectados en términos del artículo 93; ix) los términos y condiciones que el desarrollador deberá pactar con sus respectivos acreedores, en caso de incumplimiento frente a éstos, la transferencia temporal del control de la propia sociedad desarrolladora a los acreedores de ésta, previa autorización de la dependencia o entidad contratante; x) el régimen de distribución de riesgos, técnicos, de ejecución de la obra, financieros, por</p>
--	---	--

<p><i>Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, 4 de enero de 2000</i></p>	<p>intelectual; procedimientos para resolución de controversias; y los demás aspectos y requisitos previstos en la convocatoria (a. 45)</p>	<p><i>Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, 4 de enero de 2000</i></p>		<p><i>Ley de Asociaciones Público-Privadas, 16 de enero de 2012</i></p>	<p>caso fortuito o fuerza mayor y de cualquier otra naturaleza; xi) el plazo para el inicio y terminación de la obra, para el inicio en la prestación de los servicios, así como el plazo de vigencia del contrato y, en su caso, el régimen para prorrogarlos; xii) la indicación de las autorizaciones para el desarrollo del proyecto; xiii) los supuestos de rescisión y terminación anticipada del contrato y sus efectos; xiv) el régimen de penas convencionales y de sanciones por incumplimiento de las obligaciones de las partes; xv) los procedimientos de solución de controversias; y xvi) los demás que, en su caso, el Reglamento establezca. El contrato y sus anexos vinculan a las partes en sus derechos y obligaciones (a. 92)</p>	<p><i>Ley General de Bienes Nacionales</i></p>	
---	---	---	--	---	---	--	--

<p>Las dependencias y entidades podrán realizar trabajos por administración directa, siempre que posean la capacidad técnica y los elementos necesarios para tal efecto (a. 70)</p>	<p>Su objeto será: i) la prestación de los servicios que el proyecto implique; y ii) en su caso, la ejecución de la obra de infraestructura necesaria para la prestación de los servicios citados (a. 93)</p>	
<p>Acordar el incremento del monto del contrato cuando no rebasen, el veinte por ciento del monto o cantidad de los conceptos o volúmenes establecidos (a. 52); penas convencionales (a. 53)</p>	<p>Penas convencionales (a. 46 bis), Garantías (aa. 48 y 49)</p>	<p>Derechos y obligaciones del desarrollador (aa. 94 y 95). Además, se permite subcontratar (a. 101)</p>
<p>Se puede verificar el contrato (a. 57); hay un régimen de infracciones y sanciones (aa. 59-64); solución de controversias inconformidad (a. 65); conciliación (a. 77); arbitraje, otros mecanismo y competencia judicial (aa. 80-86)</p>	<p>Se puede verificar el contrato (a. 74); hay un régimen de infracciones y sanciones (a. 77); solución de controversias inconformidad (a. 83); conciliación (a. 95); arbitraje, otros mecanismo y competencia judicial (aa. 98-104)</p>	<p>Se establece el mecanismo de supervisión (a. 125). El régimen de infracciones y sanciones (aa. 128, 129, 130) y el régimen de solución de controversias por mutuo acuerdo y comité de expertos (a. 134), arbitraje y conciliación (a. 138) y tribunales federales (a. 140)</p>

Por si lo anterior no fuera suficiente, la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica le permite a la administración, celebrar convenios o contratos con los gobiernos de las entidades federativas y de los municipios o con entidades públicas y privadas o personas físicas, para la realización de actos relacionados con la prestación del servicio público de energía eléctrica.

Además, la Ley de Hidrocarburos regula la migración de asignaciones a contratos para la exploración y extracción y los contratos para la exploración y extracción.

Por último, la Ley General de Responsabilidades Administrativas, del 18 de julio de 2016, estableció un régimen especial para los servidores públicos que participan en contrataciones públicas. Así, además de lo que establece el artículo 43 de la Ley General en materia de un sistema específico con los nombres y adscripción de los servidores públicos que intervengan en procedimientos para contrataciones públicas, la sección quinta (artículos 44 y 45) establece un “protocolo de actuación en contrataciones”, con las siguientes prescripciones:

- Que el Comité Coordinador expedirá el protocolo de actuación que las secretarías y los órganos internos de control implementarán.
- Que el protocolo de actuación debe ser cumplido por los servidores públicos inscritos en el sistema específico de la Plataforma digital nacional.
- Que, en su caso, aplicarán los formatos que se utilizarán para que los particulares formulen un manifiesto de vínculos o relaciones de negocios, personales o familiares, así como de posibles conflictos de interés, bajo el principio de máxima publicidad y en los términos de la normatividad aplicable en materia de transparencia.
- Que el sistema específico de la Plataforma digital nacional incluirá la relación de particulares, personas físicas y morales, que se encuentren inhabilitados para celebrar contratos con los entes públicos derivado de procedimientos administrativos diversos a los previstos por la ley.
- Que las secretarías o los órganos internos de control deberán supervisar la ejecución de los procedimientos de contratación pública por parte de los contratantes para garantizar que se lleva a cabo en los términos de las disposiciones en la materia, llevando a cabo las verificaciones procedentes si descubren anomalías.

En ALC, los métodos innovadores de contratación están siendo utilizados en diversos sectores y mercados tanto para compras simples como para

compras complejas. El uso de mecanismos no tradicionales de contrataciones en la región responde a cuatro principales aspectos que han estimulado nuevas formas de contratación pública: *a)* la presencia y madurez de los órganos reguladores de la contratación pública; *b)* el uso de tecnologías de la información; *c)* las mejoras en el control y supervisión de las contrataciones públicas, y *d)* la creciente demanda por establecer participaciones o asociaciones público-privadas (APP).¹¹

Como se advierte, tenemos un régimen jurídico abigarrado de gran complejidad en materia de contratos públicos y una gran dispersión de modelos de contratos administrativos en diversas leyes mexicanas, lo que muestra su burocratización y constituye la fuente de ineficiencia e ineficacia pública.

III. NUEVOS RETOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA:
LA DIRECTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO
Y DEL CONSEJO, DEL 26 DE FEBRERO DE 2014, SOBRE
CONTRATACIÓN PÚBLICA Y POR LA QUE SE DEROGA LA DIRECTIVA
2004/18/CE TEXTO PERTINENTE A EFECTOS DEL EEE¹²

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo muestra cuáles son las tendencias a nivel internacional en torno a la contratación administrativa. Así, se incorpora como marco referencial al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y en el apartado A) de principios se destacan: *a)* la libre circulación de mercancías, *b)* la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de estos, como *i)* igualdad de trato, *ii)* no discriminación, *iii)* reconocimiento mutuo, *iv)* proporcionalidad y *v)* transparencia. También se destaca que “para los contratos públicos por encima de determinado valor” deben elaborarse disposiciones que coordinen los procedimientos de contratación nacionales para que estos principios tengan un efecto práctico y que la contratación pública se abra a la competencia.

También destaca la recomendación de usar “instrumentos basados en el mercado” para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos.

¹¹ Jiménez, Efraín y Roca, María Eugenia, *Innovación en los métodos de contratación pública en América Latina y el Caribe. Casos de estudio*, BID, noviembre de 2017, p. 3.

¹² *Diario Oficial de la Unión Europea*, 28.3.2014, L 94/65.

Así, en términos del apartado B) definición, se destaca que esa Directiva “no tiene por objetivo regular todas las formas de desembolso de fondos públicos”, sino que únicamente “aquellas destinadas a la adquisición de obras, suministros o servicios prestados mediante un contrato público”, sin importar “si se realiza mediante adquisición, arrendamiento o cualquier otra forma contractual”. Además, excluye “la prestación de servicios basada en disposiciones legales o administrativas, o contratos de trabajo”. Aclara que tampoco se trata de “la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas, ni la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios”.

Por lo anterior, en el artículo 1o., numeral 2, de la Directiva, se establece:

Artículo 1o. numeral 2. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por contratación la adquisición mediante un contrato público, de obras, suministros o servicios por uno o varios poderes adjudicadores a los operadores económicos elegidos por dichos poderes adjudicadores, con independencia de que las obras, los suministros o los servicios estén o no destinados a un fin público.

Así, la legislación europea alude a tres tipos de contratos administrativos: obras, suministros o servicios. En el artículo 2o. “Definiciones”, numeral 1, inciso 1), se aclara que los “poderes adjudicadores” son el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de derecho público o las asociaciones formadas por uno o varios de dichos poderes o uno o varios de dichos organismos de derecho público. Los modelos de contratos se reiteran en el mismo numeral, incisos 5), 6), 7), que destacan:

5) “Contratos públicos”: los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios.

6) “Contratos públicos de obras”: los contratos públicos cuyo objeto sea uno de los siguientes:

a) la ejecución, o bien, conjuntamente, el proyecto y la ejecución, de obras relativas a una de las actividades mencionadas en el anexo II;

b) la ejecución, o bien, conjuntamente, el proyecto y la ejecución, de una obra;

c) la realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por el poder adjudicador que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra.

7) “Obra”: el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica.

8) “Contratos públicos de suministro”: los contratos públicos cuyo objeto sea la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos, con o sin opción de compra, de productos. Un contrato público de suministro podrá incluir, de forma accesoria, operaciones de colocación e instalación.

9) “Contratos públicos de servicios”: los contratos públicos cuyo objeto sea la prestación de servicios distintos de aquellos a los que se refiere el punto 6.

10) “Operador económico”: una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios.

11) “Licitador”: un operador económico que haya presentado una oferta.

12) “Candidato”: un operador económico que haya solicitado una invitación o haya sido invitado a participar en un procedimiento restringido, en un procedimiento de licitación con negociación o en un procedimiento negociado sin publicación previa, en un diálogo competitivo o en una asociación para la innovación.

Destaca también el concepto de “pliego de contratación”, contenido en el artículo 2o. “Definiciones”, numeral 1, inciso 13), que se define como

...todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, incluido el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que sirva de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la presentación de documentos por los candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional.

Otras definiciones importantes son las “actividades de compras centralizadas”, inciso 14); “actividades de compra auxiliares”, inciso 15), “curso de proyectos”,¹³ inciso 21); “innovación”,¹⁴ inciso 22). Además, en el

¹³ Se define como: “el procedimiento que permite al poder adjudicador adquirir planes o proyectos, principalmente en los ámbitos de la ordenación territorial, el urbanismo, la arquitectura y la ingeniería o el tratamiento de datos; dichos planes o proyectos serán seleccionados por un jurado después de haber sido objeto de una licitación, con o sin concesión de premios”.

¹⁴ Se conceptualiza como: “introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de pro-

artículo 3o. regula la “Contratación mixta”, a la que delimita como “Los contratos que tengan por objeto dos o más tipos de contratación (obras, servicios o suministros) se adjudicarán conforme a las disposiciones aplicables al tipo de contratación que caracterice el objeto principal del contrato en cuestión”.

Otro aspecto es la generación de “umbrales” de gasto en los contratos administrativos. Así, el artículo 4o. contiene los “importes de los umbrales”, o sea, el valor estimado de las contrataciones, para los contratos de obra son 5.186,000 euros; en los contratos públicos de suministro y de servicios es de 134,000 euros, cuando los adjudican autoridades, órganos y organismos estatales y los concursos de proyectos organizados por esto; de 207,000 euros en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores subcentrales y los concursos de proyectos organizados por los mismos, y de 750,000 euros, en los contratos públicos de servicios para servicios sociales y otros servicios específicos.¹⁵

El artículo 7o. “Contratos adjudicados en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales”, excluye a los contratos públicos y los concursos de proyectos relacionados con la Directiva 2014/25/UE, siguientes: *a)* los servicios de valor añadido vinculados a medios electrónicos y prestados íntegramente por esta vía (incluida la transmisión segura de documentos codificados por vía electrónica, los servicios de gestión de direcciones y la transmisión de correo electrónico certificado); *b)* los servicios financieros incluidos en los códigos CPV 66100000-1 a 66720000-3, y del artículo 21, letra *d*, de la Directiva 2014/25/UE, y que incluyen, en particular, los giros postales y las transferencias postales; *c)* los servicios filatéticos, o *d)* los servicios logísticos (servicios que combinan la distribución física y/o el depósito con otras funciones no postales).

Además, en el artículo 8o., “Exclusiones específicas en el ámbito de las comunicaciones electrónicas”, se excluyen “los contratos públicos y los concursos de proyectos cuyo objeto principal sea permitir a los poderes adjudicadores la puesta a disposición o la explotación de redes públicas de comunicaciones o la prestación al público de uno o varios servicios de comunicaciones electrónicas”, en términos de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

ducción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”.

¹⁵ En pesos son 115.979,357.16 (5.186,000 euros) y 2.996,767.04 (134,000 euros).

También contiene un régimen de “Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios”; en términos del artículo 10 prescribe que la Directiva no se aplicará a determinados contratos públicos de servicios.

En lo que se refiere a los principios de contratación, el artículo 18, numerales 1 y 2, destaca los siguientes:

- 1) Trato igual y sin discriminaciones a los operadores económicos.
- 2) Actuación transparente y proporcionada.
- 3) Abstenerse de concebir la contratación con la intención de excluirla del ámbito de aplicación de la Directiva (cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos) o de restringir artificialmente la competencia.
- 4) Tomar las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de contratos públicos los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral.

En el artículo 20, “Contratos reservados”, numeral 1, destaca que los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30% de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos.

El artículo 24 regula lo relacionado con el “Conflictos de intereses”, y destaca que los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses¹⁶ que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos.

¹⁶ Según el párrafo segundo de ese artículo: “El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación”.

El artículo 34 regula los sistemas dinámicos de adquisición, para las compras corrientes, cuyas características generalmente disponibles en el mercado satisfacen las necesidades de los poderes adjudicadores como: “un proceso totalmente electrónico, y estará abierto durante todo el período de vigencia del sistema de adquisición a cualquier operador económico que cumpla los criterios de selección”.

También, en el artículo 35, “Subastas electrónicas”, se establece que “Los poderes adjudicadores podrán utilizar subastas electrónicas, en las que se presenten nuevos precios, revisados a la baja, o nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas”. Para lo anterior, los poderes adjudicadores deben estructurar la subasta electrónica como un proceso electrónico repetitivo, que tendrá lugar tras una primera evaluación completa de las ofertas, y que les permitirá proceder a su clasificación mediante métodos de evaluación automatizados. Excluye de este sistema a los contratos públicos de servicios y de obras que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual.

El artículo 36, numerales 1 y 2, en sus diversos incisos, alude a los “catálogos electrónicos”, destacando que cuando se exija la utilización de medios de comunicación electrónicos, los poderes adjudicadores podrán exigir que las ofertas se presenten en forma de catálogo electrónico o que incluyan un catálogo electrónico. Además, los catálogos electrónicos pueden hacer obligatoria la utilización de en relación con determinados tipos de contratación.

El artículo 57 establece las exclusiones para participar en un procedimiento de contratación a un operador económico, previa la comprobación de los artículos 59, 60 y 61, o que exista constancia, en los casos siguientes:

- a) Participación en una organización delictiva.
- b) Corrupción.
- c) Fraude
- d) Delito de terrorismo o delito ligado a las actividades terroristas
- e) Blanqueo de capitales o financiación del terrorismo.
- f) Trabajo infantil y otras formas de trata de seres humanos.
- g) Cuando sea condenado mediante sentencia firme un miembro del órgano de administración, de dirección o de vigilancia del operador económico o tenga poderes de representación, decisión o control en el mismo.
- h) En caso de que el poder adjudicador tenga conocimiento de que el operador económico ha incumplido sus obligaciones en lo referente al pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social y que ello

haya quedado establecido en una resolución judicial o administrativa firme y vinculante.

- i) Cuando el poder adjudicador pueda demostrar por cualquier medio adecuado que el operador económico ha incumplido sus obligaciones en lo referente al pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social.

La exclusión por aspectos fiscales deja de aplicarse una vez que el operador económico haya cumplido sus obligaciones de pago o celebrado un acuerdo vinculante con vistas al pago de los impuestos o las cotizaciones a la seguridad social que adeude, incluidos en su caso los intereses acumulados o las multas impuestas.

Además, los Estados miembros podrán establecer una excepción a la exclusión obligatoria prevista en los apartados 1 y 2, con carácter excepcional, por razones imperiosas de interés general como la salud pública o la protección del medio ambiente.

Otras exclusiones son: *a)* cuando se pueda demostrar que se han incumplido obligaciones aplicables; *b)* si el operador económico ha quebrado o está sometido a un procedimiento de insolvencia o liquidación, si sus activos están siendo administrados por un liquidador o por un tribunal, si ha celebrado un convenio con sus acreedores, si sus actividades empresariales han sido suspendidas o se encuentra en cualquier situación análoga; *c)* si el operador económico ha cometido una falta profesional grave que pone en entredicho su integridad; *d)* cuando se tengan indicios de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia; *e)* cuando no pueda resolverse un conflicto de intereses; *f)* cuando no pueda remediarse un falseamiento de la competencia derivado de la participación previa de los operadores económicos en la preparación del procedimiento de contratación; *g)* cuando el operador económico haya mostrado deficiencias significativas o persistentes en el cumplimiento de un requisito de fondo en el marco de un contrato público anterior, de un contrato anterior con una entidad adjudicadora o de un contrato de concesión anterior que hayan dado lugar a la terminación anticipada de ese contrato anterior, a indemnización por daños y perjuicios o a otras sanciones comparables; *h)* cuando el operador económico haya sido declarado culpable de falsedad grave, y *i)* cuando el operador económico haya intentado influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones del poder adjudicador, obtener información confidencial que pueda conferirle ventajas indebidas en el procedimiento de contratación o proporcionar

negligentemente información engañosa que pueda tener una influencia importante en las decisiones relativas a la exclusión, selección o adjudicación.

Así, el régimen amplio de exclusiones pone en evidencia la necesidad de proteger a esta clase de contratos con medidas extraordinarias. También es importante destacar el contenido del artículo 58, numeral 1, que contiene los “criterios de selección” que pueden referirse: *a)* la habilitación para ejercer la actividad profesional; *b)* la solvencia económica y financiera, y *c)* la capacidad técnica y profesional.

Los criterios de adjudicación, en términos del artículo 67, numerales 1, 2, 3 y 4, son: *a)* el criterio de la oferta económicamente más ventajosa; *b)* la oferta económicamente más ventajosa se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público. Dichos criterios podrán incluir, por ejemplo: *a)* la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones; *b)* la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato, o *c)* el servicio posventa y la asistencia técnica y condiciones de entrega tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega y el plazo de entrega o el plazo de ejecución.

Se considerará que los criterios de adjudicación están vinculados al objeto del contrato público cuando se refieran a las obras, suministros o servicios que deban facilitarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen: *a)* en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, suministros o servicios, o *b)* en un proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

Los criterios de adjudicación no tendrán por efecto conferir al poder adjudicador una libertad de decisión ilimitada. Garantizarán la posibilidad de una competencia efectiva e irán acompañados de especificaciones que permitan comprobar de manera efectiva la información facilitada por los licitadores con el propósito de evaluar la medida en que las ofertas cumplen los criterios de adjudicación. En caso de duda, los poderes adjudicadores deberán comprobar de manera efectiva la exactitud de la información y las pruebas facilitadas por los licitadores.

El poder adjudicador precisará, en los pliegos de la contratación, la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta económicamente más ventajosa, excepto en el supuesto de que ésta se determine sobre la base del precio exclusivamente. Esta ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada. Cuando la ponderación no sea posible por razones objetivas, los poderes adjudicadores indicarán el orden decreciente de importancia atribuido a los criterios.

Otros temas a considerar es el contenido de la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

En 2003, las OCDE crearon la metodología para evaluar los sistemas de compras públicas (*Methodology for the Assessment of Procurement System or MAPS*).

El Banco Interamericano de Desarrollo opera la Red Inter-Americana de Compras Gubernamentales (31 países de la región, y está dividido por subregiones, incluyendo el cono sur, Andina, Caribe, América Central y América del Norte (sólo México, dado que Canadá y Estados Unidos no han participado activamente), y la política GN-2349-9 para bienes y obras, y GN-2350-9 para consultores. Esta instancia recomienda métodos como la “mejora de oferta”,¹⁷ la licitación con negociación”,¹⁸ “uso de puntos en la evaluación de las ofertas”,¹⁹ y “asociaciones público-privadas”.²⁰

¹⁷ La mejora de oferta se aplica en aquellas licitaciones públicas o limitadas cuando los documentos de licitación establecen el empleo de una mejora de precios. Las ofertas pueden ser recibidas en papel en sobres cerrados o a través del sistema electrónico de compras. Una vez evaluadas, las tres mejores ofertas calificadas son invitadas una sola vez a presentar un descuento (expresado en un nuevo valor rebajado de la oferta, no como porcentaje) para mejorar su posición competitiva (BID, p. 14).

¹⁸ La licitación con negociación es parte de un proceso de licitación pública o limitada, que consiste en negociar con el licitante vencedor o vencedores del procedimiento términos y condiciones de la entrega, suministro o condiciones accesorias del procedimiento con o sin ajuste en el precio del contrato (BID, p. 30).

¹⁹ El uso de puntos en la evaluación de ofertas es un método de adquisición que procura asegurar el mejor valor al contratante. Las ofertas se solicitan mediante licitación pública, y se presentan con un componente técnico y un componente de precios. La evaluación de ofertas comienza con el examen del componente técnico, que es evaluado utilizando criterios predeterminados que se ponderan de acuerdo con la importancia que para el contratante tienen los diferentes componentes técnicos. Seguidamente, se analiza el componente de precios. A la oferta más baja se le asigna la puntuación de precio más alta (BID, p. 44).

²⁰ Jiménez, Efraín y Roca, María Eugenia, *Innovación en los métodos de contratación pública en América Latina y el Caribe. Casos de estudio*, BID, noviembre de 2017, p. 3.

Aunque algunas de estas medidas ya están presentes en el sistema de contratación pública mexicano, otras todavía no se ponen en operación, ni siquiera se consideran legalmente. Así, es conveniente en la futura reforma al régimen de contrataciones públicas incorporar instituciones que nos ayuden a eliminar la corrupción en suministros, obras y servicios gubernamentales.

GOBERNANZA GLOBAL Y CONTRATACIONES PÚBLICAS. INTERÉS GENERAL COMO PRINCIPIO RECTOR DE LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

Pastora MELGAR MANZANILLA*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Gobernanza y gobernanza global.* III. *Derecho global de la contratación pública.* IV. *Por una contratación pública con énfasis en la satisfacción de intereses generales.* V. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Se considera que el Estado moderno surge con el Renacimiento.¹ Este Estado tiene como principales características: territorio, en donde ejerce su poder; conjunto de personas asentadas en el territorio, que constituyen la sociedad, pueblo o nación política; unidad organizada de decisión y funcionamiento, que se expresa a través del Poder Legislativo, el ejército, el monopolio de la coerción, la provisión de bienes y servicios públicos a la sociedad; un ordenamiento jurídico, posteriormente Constitución, que es su fundamento formal institucional; la democracia, como estructura política, y el cumplimiento de la voluntad popular mediante una organización gubernamental y administrativa susceptible de control jurídico.²

Como se advierte, se trata de un Estado que detenta el monopolio del poder y de la identificación y consecución del interés público. Sin embargo, como señalan Pierre y Peters, en las últimas décadas la forma estatal de

* Profesora de la FES Acatlán-UNAM.

¹ Para Herman Heller, entre las causas de surgimiento del Estado moderno están: el descubrimiento de nuevas fuentes de riqueza; el desarrollo de las finanzas internacionales, iniciando con Italia; la revolución de los métodos de cultivo y la distribución de la propiedad territorial; el descubrimiento de la imprenta; el descubrimiento de la pólvora y la democratización del acceso a las armas de fuego; la constitución de ejércitos nacionales, y la reforma protestante. *Cfr.* Heller, Herman, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 165-181.

² Benz, Arthur, *El Estado moderno. Fundamentos de su análisis politológica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 55 y 56.

ejercer la dirección y administración de la sociedad ha sufrido importantes transformaciones, que se expresan en la erosión de las bases tradicionales del poder político,³ y que lleva al replanteamiento del fenómeno del gobierno y a adoptar el concepto de gobernanza.

Algunos de los cambios que han llevado al surgimiento del concepto de gobernanza son: la crisis financiera del Estado; el cambio ideológico hacia el mercado; la globalización y la consecuente incapacidad del Estado de dirigir por sí mismo la sociedad y la economía; la incapacidad del Estado de cumplir con las expectativas surgidas del modelo de Estado de bienestar-interventor; el surgimiento de la nueva gestión pública; el cambio social y los nuevos problemas de la agenda mundial.⁴

En este nuevo contexto de interdependencias y nuevos problemas que trascienden los territorios estatales, el Estado tradicional se torna insuficiente. Se acepta la necesidad de decisiones que son producto de la interacción entre diversos actores nacionales e internacionales, públicos y privados. Emerge así, el concepto de gobernanza, que da cuenta de estos cambios e interdependencias insoslayables.

Dichos cambios e interdependencias han tenido implicaciones en las funciones del Estado y de otros participantes sociales, privados e internacionales, pero también en el ámbito jurídico. Ahora, algunas funciones de Estado se comparten con otros participantes. Este es el caso de diversos ámbitos del derecho administrativo, específicamente del llamado derecho de las contrataciones públicas.

Ahora bien, uno de los fines de la administración pública tradicionalmente ha sido satisfacer las necesidades de la sociedad, y del derecho administrativo, la regulación de las actividades de la administración pública en su relación con los administrados y con distintos órganos, a fin de satisfacer necesidades de interés público. Sin embargo, el derecho global de las contrataciones públicas que se genera desde ámbitos no estatales parece regirse por una racionalidad económica más que por la satisfacción de necesidades generales. Si bien aceptamos que los tiempos requieren que las decisiones sean compartidas y no exclusivamente estatales, ello no implica que cambien los fines de la función administrativa, que es la satisfacción de intereses generales.

En este trabajo, después de discurrir brevemente sobre el tema de la gobernanza global, contextualizaremos el derecho global de la contratación pública; posteriormente, argumentaremos que el derecho global de las contrataciones públicas sigue una racionalidad eminentemente económica.

³ Pierre, J. y Peters, G., *Governance, Politics and the State*, Nueva York, St. Martin's Press, 2000.

⁴ *Idem*.

II. GOBERNANZA Y GOBERNANZA GLOBAL

Generalmente se sostiene que el término de “gobernanza” es unívoco.⁵ Sin embargo, se acepta que no es un sinónimo de gobierno. Se concibe más bien como un cambio en el significado de gobierno. Se refiere a un nuevo proceso de gobernar, a un cambio en la condición de orden, o a un nuevo método por el cual se gobierna la sociedad.⁶ También se acepta que la gobernanza se refiere al desarrollo de sistemas de gobierno en los que los límites entre sectores públicos y privados se han desdibujado. El concepto de gobernanza se refiere a una estructura u orden que resulta de la interacción de una multiplicidad de gobernantes.⁷ Se vincula con la democracia, aceptando que ésta es un asunto de gobierno y sociedad, no sólo del gobierno, como anteriormente se concebía, lo que justifica el entramado de relaciones entre ambos en la solución de los problemas.⁸

Destaca la interdependencia y asociación entre actores gubernamentales, sociales y privados, como la condición sin la cual no es posible que haya dirección de la sociedad. Esta interdependencia y asociaciones son la vía para dar respuestas a las demandas en un contexto de una cada vez mayor diversidad y complejidad social.⁹ Es así como Kooiman establece que la gobernanza puede verse como el patrón de estructura que emerge en un sistema sociopolítico como resultado común de los esfuerzos de intervención interactivos de todos los actores involucrados. Este sistema no se puede reducir a un actor en particular o un grupo de actores.¹⁰

⁵ Rhodes, R. A. W., “The New Governance: Governing without Government”, *Political Studies*, núm. 44, 1996, pp. 652 y 653. Rhodes establece que la gobernanza puede utilizarse por lo menos en estos seis sentidos: como Estado mínimo, como gobierno corporativo, como nueva administración pública, como buen gobierno, como un sistema sociocibernético y como redes de autoorganización. Asimismo, *cf.* Stoker, G., “Public-Private Partnerships and Urban Governance”, en Pierre, J. (ed.), *Public-Private Partnerships in Europe and the United States*, Londres, MacMillan, 1997.

⁶ Rhodes, R. A. W., *op. cit.*, pp. 652 y 653.

⁷ Kooiman, J. y Van Vliet, M., “Governance and Public Management”, en Eliassen, K. y Kooiman, J. (eds), *Managing Public Organisations: Lessons from Contemporary European Experience*, Londres, Sage, 1993, p. 64.

⁸ Serna de la Garza, José María, *Globalización y gobernanza: las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el derecho público (contribución para una interpretación del caso de la Guardería ABC)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 25.

⁹ Kooiman, Jan, *Governing as Governance*, Londres, Sage Publications, 2005, p. 3.

¹⁰ Kooiman, Jan, “Social-Political Governance. Overview, Reflections and Design”, *Public Management: An International Journal of Research Theory*, vol. 1, núm. 1, 1999, pp. 67-92, disponible en: <https://doi.org/10.1080/14719037800000005>.

Aunque la gobernanza no necesariamente implica actores globales, frecuentemente se piensa como un resultado de la globalización. Desde esta dimensión, la gobernanza global se considera como un proceso internacional en el que existe una mayor dispersión del poder entre múltiples actores internacionales. Existen un número importante de actores no gubernamentales que participan en los procesos de toma de decisión de las políticas orientadas a la resolución de los fenómenos y problemáticas de naturaleza local e internacional.

También existen múltiples definiciones de gobernanza global; sin embargo, en la mayoría se advierten algunos elementos esenciales que se encuentran en el núcleo de su concepción: relocalización de autoridad en nuevos actores; creación de instituciones y normas, y amplitud de temas que trascienden el interés nacional.¹¹ Para Stewart Patrick, es el esfuerzo colectivo de Estados soberanos, organismos internacionales y otros actores no estatales, para hacer frente a desafíos comunes y aprovechar las oportunidades que trascienden las fronteras nacionales.¹²

En cuanto a los actores, como ya se mencionó, son estatales y no estatales; estos últimos ocupan un espacio privilegiado en la toma de decisiones y elaboración de políticas, al ocupar tareas y funciones que rebasan las capacidades de los Estados o que son de interés al ámbito global. Un ejemplo de actores no estatales son las empresas transnacionales, las organizaciones civiles transnacionales y las organizaciones supraestatales. Esta multiplicidad de actores no estatales, de formas variadas y por razones diversas, diseñan, influyen y presionan en las decisiones de políticas públicas.¹³

En cuanto a las reglas e instituciones, son normas formales o informales, explícitas o implícitas, que se establecen para regular el sistema internacional y para darle certidumbre y estabilidad a la sociedad global. Estas reglas pueden ser establecidas para un ámbito global regional. También pueden ser establecidas para temas específicos, como comercio, finanzas,

¹¹ López-Vallejo Olvera, Marcela, “¿Qué es la gobernanza global?”, en López-Vallejo Olvera, Marcela *et al.* (eds.), *Gobernanza global en un mundo interconectado*, México, Universidad Autónoma del Estado de Baja California (UAEB)-Asociación Mexicana de Estudios Internacionales, A. C. (AMEI)-Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, A. C. (UPAEP), 2013, p. 27.

¹² Stewart, Patrick, “The Unruled World: the Case for Good Enough Global Governance”, *Foreign Affairs*, enero-febrero de 2014, p. 58.

¹³ Ochoa Bilboa, Luis, “El Estado y la gobernanza global”, en López-Vallejo Olvera, Marcela, *op cit.*, p. 37.

seguridad, migración, medio ambiente, energía, derechos humanos, entre otras.¹⁴

En cuanto a las normas, recalcamos el aspecto normativo prescriptivo de la gobernanza. Debemos reconocer que la interrelación de la diversidad de ámbitos, actores, acciones e instituciones tiene consecuencias y efectos en el derecho. Así, transitamos de un monismo jurídico característica del Estado nacional a un derecho con multiplicidad de fuentes estatales. Esto se ve reflejado en el derecho administrativo y en los procedimientos administrativos, así como en la ejecución de políticas y en los diversos sectores de la acción administrativa.

III. DERECHO GLOBAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. *Gobernanza global y derecho administrativo global*

La gobernanza global, según Luis Ochoa Bilbao, puede ser entendida como los pasos hacia la construcción de un régimen internacional con leyes e instituciones supranacionales¹⁵ y trans o intergubernamentales. En efecto, el sector público se ha tornado más complejo por la aparición de nuevos actores con capacidad de presión y de gestión. Las decisiones de carácter internos tomadas por autoridades administrativas, pueden afectar a actores no gubernamentales e internacionales. Frente a esto, se ha optado por una regulación que no surge exclusivamente del Estado. Existen normas de origen supranacional que no sólo afectan sectores administrativos globalizados, sino también cuestiones tradicionalmente domésticas. De esta manera, la administración pública se ha internacionalizado.¹⁶

Como se advierte, la gobernanza global contiene un componente normativo. Propone la existencia de un cuerpo normativo para la regulación de los actores en el sistema internacional, entre ellos los órganos globales administrativos. Pero esta regulación también incide en las administraciones situadas en la interdependencia globalizada. Esto nos lleva al llamado derecho administrativo global, un derecho en construcción, todavía etéreo y fragmentado,¹⁷ pero que no se puede ignorar.

¹⁴ Velázquez Flores, Rafael y Domínguez Rivera, Roberto, “Gobernanza global y Sistema internacional: Actores, normas e instituciones”, en López-Vallejo Olvera, Marcela, *Gobernanza global...*, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

¹⁵ Ochoa Bilbao, Luis, “El Estado y la gobernanza global”, *op. cit.*, p. 36.

¹⁶ *Ibidem*, p. 37.

¹⁷ Darnaculeta Gardella, M. Mercè, “El derecho administrativo global. ¿Un nuevo concepto clave del derecho?”, *Revista de la Administración Pública*, núm. 199, enero-abril de 2016, p. 32.

Según Kingsbury, el derecho administrativo global es aquel que incluye tanto mecanismos, principios, prácticas, como los acuerdos sociales que los respaldan, que promueven, por un lado, la rendición de cuentas de los órganos globales administrativos, asegurándose de que estos órganos cumplan estándares adecuados de transparencia, participación, toma de decisiones razonada, y legalidad, y, por otro lado, la efectiva evaluación de las normas y decisiones aprobadas.¹⁸ Los órganos de decisión incluyen instituciones intergubernamentales, redes intergubernamentales informales, órganos híbridos público-privados involucrados en la administración transnacional y órganos privados que desarrollan roles públicos en la administración transnacional; es decir, órganos que son fuente de derecho administrativo global. Con todo, se advierte un conjunto de decisiones de carácter de derecho administrativo dirigidas tanto a las administraciones públicas como a los órganos generadores de dichas decisiones.

Ahora bien, se ha señalado que el derecho administrativo global es un derecho en construcción; sin embargo, hay ciertos sectores que han alcanzado una considerable sistematización; entre éstos se encuentra el de la contratación pública. La contratación pública tradicionalmente ha sido parte importante del derecho administrativo. A medida que se convierte en un aspecto cada vez de más interés global, se transforma también en una preocupación internacional. Pues bien, este sector del derecho administrativo es uno de los que mejor reflejan el proceso de formación, desarrollo y consolidación de este derecho administrativo global.¹⁹

2. Fuentes y principios del derecho administrativo global de la contratación pública

El derecho administrativo global de los contratos públicos, según Moreno Molina, puede ser entendida, en sentido estricto, como las normas y los principios que disciplinan la acción administrativa de las instituciones internacionales y de las administraciones nacionales como ejecutoras de esas decisiones. En un sentido más amplio, el derecho administrativo global de

¹⁸ Kingsbury, Benedict *et al.*, “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, núm. 68(15), 2005. No obstante, la definición del derecho administrativo global es impugnada, principalmente porque su relación con el derecho internacional y el derecho constitucional no han sido establecido. *Cfr.* Cassese, Sabino, “Global Administrative Law: The State of the Art”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, núm. 2, abril de 2015, disponible en: <https://academic.oup.com/icon/article/13/2/465/735692>.

¹⁹ Moreno Molina, José Antonio, “Derecho global de la contratación pública”, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, *Ubijus*, 2011.

la contratación pública se refiere al proceso de desarrollo de un derecho administrativo común en esta materia.²⁰

Algunas de las fuentes principales del derecho administrativo global de la contratación pública son:

- La Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Corrupción.
- El Acuerdo de Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio (OMC).
- La Ley Modelo de Naciones Unidas sobre Compras Públicas de Bienes, Servicios y Obras.
- Diversos documentos de la OCDE respecto de la contratación pública.
- Normas en la materia aprobadas por el Banco Mundial.
- Disposiciones sobre contratación pública de tratados de libre comercio.

En el caso de la Unión Europea, tienen un derecho de la contratación pública bastante desarrollado, que se compone de normas de derecho originario, normas de derecho derivado y jurisprudencia. También el Mercosur tiene un protocolo sobre contrataciones públicas.

El derecho administrativo global de la contratación pública opera a través de una serie de principios que sostienen el entramado normativo de la contratación pública.²¹ Estos principios se encuentran contenidos en las fuentes antes mencionadas. Expresan obligaciones para los entes públicos o poderes adjudicadores de los contratos.

En cuanto a la Convención de la Organización de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC),²² no fue elaborada específicamente para la contratación pública, sino como un instrumento para hacer frente a la corrupción. Sin embargo, su artículo 9o. se refiere a la contratación pública y gestión de la hacienda pública. Debemos recordar que la contratación pública se ha identificado como la actividad gubernamental más vulnerable a la corrupción. Como proceso importante en el que interactúan los sectores público y privado, la contratación pública plantea diversas oportunidades

²⁰ *Ibidem*, p. 10.

²¹ Rodríguez Aranda, Jaime, “Los principios del derecho global de la contratación pública”, *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 66, 2011, p. 40.

²² También conocida como Convención de Mérida, fue abierta a firma en la Conferencia Pública de alto nivel que se celebró en la ciudad de Mérida, Yucatán, México, en diciembre de 2003, de conformidad con la resolución 57/169. Entró en vigor el 14 de diciembre de 2005.

para que los agentes públicos y privados desvíen fondos públicos. Por tanto, también sirve para analizar y reflexionar sobre la prevención y la lucha contra la corrupción.

En el mencionado artículo 9o. de la UNCAC se establece que los Estados parte deben adoptar las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.

Esos sistemas deberán abordar, entre otras cosas:

- La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas.
- La formulación previa de las condiciones de participación.
- La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos.
- Un mecanismo eficaz de examen interno.

Respecto de la Organización Mundial del Comercio (OMC), es la organización internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países. Sus principales instrumentos normativos de actuación son los acuerdos negociados y firmados como el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS). Sin embargo, la contratación pública se encuentra expresamente exenta de estos acuerdos.²³ Por ello, considerando que la contratación pública es un aspecto importante del comercio internacional, la OMC desarrolló un Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP). Se trata de un acuerdo plurilateral negociado en el marco de la OMC.

En su versión revisada de 2014, el ACP reconoce, entre otros, “la necesidad de un marco multilateral efectivo para la contratación pública, con miras a conseguir una mayor liberalización y expansión del comercio internacional y a mejorar el marco en que ésta se desarrolla”.²⁴ En su artículo

²³ Artículo III, párrafo 8, del GATT, y artículo XIII, párrafo 1, del AGCS.

²⁴ Preámbulo del acuerdo revisado sobre contratación pública de la OMC, disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.htm. El acuerdo fue firmado el 15 de abril de 1994 y entró en vigor el 1o. de enero de 1996. La versión revisada entró en vigor el 6 de abril de 2014. México no es signatario del ACP.

IV, se encuentran los principios generales que deben regir la contratación pública; éstos son, no discriminación, uso de medios electrónicos, transparencia, equidad e imparcialidad en la ejecución de la contratación, trato nacional, a efecto de impedir la aplicación de normas de origen y prohibición de compensaciones.

Las Naciones Unidas, a través de su Comisión para el Derecho Mercantil, elaboró la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Contratación Pública en Materia de Bienes, Obras y Servicios (CNUDMI).²⁵ La Ley tiene por finalidad servir de muestra o ejemplo a los distintos países para evaluar y modernizar su régimen y prácticas actuales de la contratación pública o para establecer un régimen legal en la materia de no disponer actualmente de uno.

La Ley Modelo pretende garantizar los principios de transparencia, equidad y la no discriminación en la contratación pública. Sus objetivos principales son desarrollar al máximo la competitividad del proceso de contratación, dar un trato equitativo a los proveedores y contratistas que se presenten a un concurso público de contratación y aumentar la transparencia y la objetividad. La norma circunscribe su radio de acción a las fases preparatorias y a la adjudicación de los contratos públicos; queda fuera de su interés toda la problemática referida a la ejecución de los contratos.

En el caso de la OCDE, ésta elaboró una serie de recomendaciones sobre contratación pública a través de su Consejo. Dichas recomendaciones se encuentran en un documento denominado “Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública”.²⁶ El documento tiene el objetivo de servir de referente para que la contratación pública se maneje de manera integral y estratégica. Según la OCDE, las recomendaciones favorecen la asignación adecuada de los recursos públicos, y propone recurrir a la contratación pública como herramienta estratégica.

Las recomendaciones se refieren a:

- La transparencia a lo largo de las fases del ciclo de la contratación pública.
- La integridad del sistema de contratación pública mediante normas generales y salvaguardas específicas por procesos de contratación.

²⁵ Aprobada por la CNUDMI en 1993, si bien en julio de 2011 se consensuó un nuevo texto que ha reemplazado al original, haciendo hincapié en el uso de comunicaciones electrónicas en la contratación pública.

²⁶ Disponible en: <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>.

- Accesibilidad de oportunidades para concurrir a la contratación pública.
- Sopesar los objetivos secundarios de política frente al logro del objetivo principal de la contratación.
- Participación transparente y efectiva.
- La eficiencia a lo largo de todo el ciclo de la contratación pública.
- El aprovechamiento de las tecnologías digitales.
- Personal capacitado.
- Evaluación de la eficacia del sistema de contratación pública.
- Rendición de cuentas a lo largo del ciclo de la contratación pública.
- La integración de la contratación pública en la gestión de las finanzas públicas en general.

Como se observa, este documento permite considerar a la contratación pública como herramienta estratégica para alcanzar otros objetivos; sin embargo, se trata de objetivos secundarios que deben sopesarse frente al principal, que es eminentemente económico. Por otra parte, se advierte que las recomendaciones toman en cuenta todas las fases de la contratación pública, pero, no hay ninguna recomendación significativa respecto de las etapas precontratación y poscontratación.

Los tratados de libre comercio también incorporan reglas de contratación pública. Estas reglas se refieren generalmente al trato nacional dado a las empresas extranjeras del país signatario y a principios generales que deben integrarse en la contratación.²⁷ En el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, por ejemplo, el capítulo X se refiere a compras del sector público. Entre los principios destacan trato nacional, no discriminación y prohibición de condiciones compensatorias especiales. El capítulo también regula los procedimientos de licitación.

Respecto de la Unión Europea, como hemos mencionado, posee el derecho de la contratación pública más desarrollado. Se compone de una serie de directivas, que incluye, normas sustantivas, procesales y de recursos.²⁸

²⁷ Benavides, José Luis y Álvarez, José Manuel, “International Arbitration and Public Contracts in Latin America”, en Audit, Mathias (dir.), *Contracts Publics et Arbitrage International*, Bruselas, Bruylant, 2011, pp. 45-80.

²⁸ Entre ellas, las directivas: 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, sobre contratación pública; 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; 2014/25/UE del Parlamento y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía los transportes y los servicios postales; 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en

Además de disposiciones del Reglamento 966/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 25 de octubre de 2012, sobre normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y el Reglamento delegado 1268/2012 de la Comisión, del 29 de octubre de 2012, sobre sus normas de desarrollo,²⁹ sin descartar la jurisprudencia.

Los principales principios que se encuentran en el cuerpo normativo de la Unión Europea sobre contratación pública son los principios de igualdad de trato, objetividad, transparencia y no discriminación en las licitaciones, publicidad, reconocimiento mutuo y lucha en contra de la corrupción. Empero, lo interesante de este cuerpo normativo, en específico de las nuevas directivas de 2014, también conocidas como la “cuarta generación de directivas”, es que permite a los adjudicadores, utilizar la contratación pública para lograr objetivos sociales relativos a medio ambiente, eficiencia energética, cambio climático, innovación, empleo y servicios sociales. Con esto se da un paso hacia las contrataciones públicas socialmente responsables.

En suma, entre los principios generales de la contratación pública sobresale el principio de igualdad y la prohibición de toda discriminación, que habrán de respetarse en todo caso y a lo largo del proceso selectivo. Junto al principio de igualdad están los principios de publicidad, transparencia y concurrencia, reforzados con la introducción de medios electrónicos en los procedimientos de licitación. También se habla de una praxis menos burocrática y más profesional. Todo ello en apoyo de la libre competencia y en la igualdad de acceso de licitadores y proveedores al mercado de los contratos públicos.

Con esto, se argumenta que la contratación pública puede resultar en obras públicas y servicios públicos realizados de la mejor manera posible, técnica y económicamente. De esta manera, se dice que consigue que los fondos públicos se traduzcan en mejores condiciones de vida para todos. Es decir, la libre competencia resulta en conseguir lo más posible de los recursos económicos en beneficio de la sociedad.

la contratación pública; 2009/81//CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de julio de 2009, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad; 89/665/CEE, aplicable a los contratos de obras y suministros; 92/13/CEE, para los contratos en los sectores especiales y 2007/66/CE del Consejo y el Parlamento, que modificó las dos últimas mencionadas.

²⁹ Moreno-Molina, José Antonio y Cancino Gómez, Rodolfo, *La contratación pública internacional. Unión europea-México, Estados Unidos, Reino Unido*, Chartridge Books Oxford, 2018, pp. 111 y 112.

IV. POR UNA CONTRATACIÓN PÚBLICA CON ÉNFASIS EN LA SATISFACCIÓN DE INTERESES GENERALES

Nuestra objeción está en la racionalidad eminentemente económica del derecho global de las contrataciones públicas, que se centra en la etapa de adjudicación de contratos. Si bien es cierto que la libre competencia puede resultar en la obtención del mejor valor por el dinero público, ello no necesariamente es así si consideramos que el Estado no es un mero suministrador de servicios; en todo caso, el objetivo de satisfacción de necesidades generales es más complejo que suministrar servicios.

La contratación pública consiste en tres etapas: prelicitación, licitación y poslicitación. La primera se refiere al conjunto de procedimientos que deben seguirse antes de que se realice la compra. Se inicia con la evaluación de necesidades y requerimientos, la planeación y la designación del presupuesto. También incluye la definición de las condiciones técnicas y económicas de lo que se va a comprar, la selección del procedimiento de compra y —en caso de licitación pública e invitación restringida— la publicación y difusión de la convocatoria.

La etapa de la licitación se refiere a la compra, que consiste en el registro de participantes —cuando se trata de una licitación pública o una invitación restringida—, presentación y recepción de propuestas técnicas y económicas, apertura, análisis y evaluación de éstas, dictaminación, fallo y asignación del contrato.

Por último, la etapa poslicitación se refiere a la fase del proceso una vez adjudicado y formalizado el contrato de compra. Incluye la gestión del contrato y de las órdenes de pago, así como la supervisión de su cumplimiento. En esta etapa, generalmente, se realizan auditorías internas (del gobierno) y externas (de otros órdenes de gobierno y de escrutinio público).

Ahora bien, los principios del derecho administrativo global de la contratación pública, si bien no ignoran la primera y la tercera etapas, ponen el acento en la segunda etapa, la de licitación. El principio de igualdad y la prohibición de toda discriminación se enfatiza con mayor fuerza para el proceso de selección del contratista. Se refiere a la igualdad de acceso de los licitadores o proveedores al mercado de licitaciones, de tal manera que no exista distinción o exclusión de algunos.

De igual manera, los principios de publicidad y transparencia se enfocan en los contratistas y proveedores, para que éstos tengan la información necesaria para participar en las licitaciones. También sirve para que los ciudadanos conozcan el destino de sus impuestos, pero ello no parece ser la

principal función de los principios. En el caso de la concurrencia y uso de medios electrónicos, también se establecen principalmente para la etapa de licitación, y rigen las relaciones entre licitadores y adjudicadores. Esto es congruente con los objetivos o propósitos de diversos de los instrumentos fuentes del derecho global de las contrataciones públicas que se refieren a la liberación y la expansión del comercio mundial, a maximizar la competitividad del proceso de contratación, a dar un trato equitativo a los proveedores y contratistas.

Como se advierte, se trata de una visión marcadamente económica o de comercio. Es una visión reduccionista de la contratación pública, que hasta pudiera argumentarse convierte a la contratación pública en un instrumento para el comercio y consumo de servicios e ignoran el papel esencial de la contratación pública, que se vincula de manera íntima con la satisfacción de objetivos necesidades generales. Es decir, se acentúa el carácter económico y comercial de la contratación pública y se toman en cuenta más que nada las exigencias de la economía mundial.

Si bien la gobernanza implica que todos los actores involucrados participen en la solución de problemas, lo que incluye la necesaria participación de los licitadores o proveedores en la satisfacción de los intereses generales, en el caso de la contratación pública, los destinatarios de los contratos públicos parecen relegados. No debemos olvidar que la contratación pública es una herramienta del Estado para canalizar adecuadamente fondos públicos para satisfacer demandas sociales. Se satisfacen por medio de la transformación de recursos públicos en acciones que modifican la realidad, mediante la producción de bienes, servicios y regulaciones. Y si bien ello implica contratar bienes y servicios, lo importante de la acción administrativa que se manifiesta en la contratación pública no es el comercio de bienes y servicios, sino la satisfacción de intereses generales.

Como establece la misma OCDE, la contratación pública se refiere al proceso que inicia con la identificación de necesidades, y pasa por la decisión acerca de la persona, física o jurídica, más adecuada para cubrir estas necesidades y, por último, la comprobación de que el bien o prestación se entregan en el lugar correcto, en el momento oportuno, al mejor precio posible, y que todo ello se hace con ecuanimidad y transparencia.³⁰ Es decir, el ciclo de la contratación pública se refiere a la cadena de las actividades relacionadas entre sí, que comienza por la evaluación de necesidades, pasa por la fase de concurso y adjudicación, y abarca finalmente la gestión

³⁰ OCDE, Recomendación del consejo sobre contratación pública, p. 6, disponible en: <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>.

contractual y de los pagos, junto con las oportunas tareas de seguimiento o auditoría. La identificación de necesidades es la parte crucial, sin la cual el resto del proceso no subsiste por sí mismo. La etapa de licitación o contratación pura es el medio o herramienta para que el Estado, a través de la administración pública, cumpla su cometido. Sin la etapa de la ejecución, las dos anteriores pierden sentido, pues no se logra el cometido de satisfacer los intereses generales.

La contratación pública efectiva es el uso de los recursos de un país no sólo para proporcionar bienes y servicios a sus ciudadanos, sino para alcanzar fines de interés general. Los resultados de calidad requieren atención en todas las etapas de la adquisición: diseño, oferta y adjudicación, y entrega final. El énfasis en la oferta y la adjudicación es insuficiente, dado que la contratación pública no es un fin en sí misma, sino un medio con el que cuentan los poderes adjudicadores para la satisfacción de necesidades generales, lo que puede implicar equilibrio social, intervención en la economía, promoción del desarrollo social, político, económico, entre otros. También puede implicar tomar en cuenta las desigualdades y asimetrías frente a otros Estados. El enfoque económico y de libre competencia por si solo parece insuficiente desde esta perspectiva.

Veamos únicamente el caso de la corrupción como ejemplo. Anteriormente, mencionamos que la contratación pública se ha identificado como la actividad gubernamental más vulnerable a la corrupción, lo que lo ha llevado a ser considerado para analizar y reflexionar sobre la prevención y la lucha contra la corrupción. Los principios de la contratación pública antes mencionadas buscan incidir en la corrupción en el proceso de contratación pública. Pero las necesidades de combatir la corrupción inician desde la identificación de las necesidades que requieren de ser satisfechas. En esta etapa, también hay riesgos de corrupción; por ejemplo, conflicto de interés de funcionarios públicos, agenda de infraestructura que atiende los intereses políticos o particulares por encima del interés público; todo ello implica la incorrecta identificación de las necesidades o falta de identificación de necesidades prioritarias o los medios adecuados para dar respuesta a dichas necesidades.

Como estableció el director de transparencia México, el problema más grande de una licitación pública es que ésta empieza en la campaña electoral. Después están una inadecuada planificación de obras que no identifica la demanda y las necesidades de la población, proyectos que arrancan y se anuncian sin tener las condiciones mínimas para asegurar su viabilidad y

terminan en “elefantes blancos”.³¹ En el mismo sentido, según Transparencia Internacional, es a través de sobre costos en los contratos de obras, suministros, servicios y consultorías como se ejecutan gran parte de los actos de corrupción política y administrativa, muchas veces como una forma de devolver favores por las donaciones recibidas en las campañas políticas. Los principios de la contratación pública, especialmente el de transparencia, deberían tener siempre incidencia en la planificación de la contratación, aunque en esta etapa no tienen injerencia los futuros contratistas. La competencia entre contratistas y proveedores, si bien es importante, no debe ser el único interés de un derecho global de las contrataciones públicas.

En suma, los principios del derecho global de la contratación pública que hacen énfasis en el aspecto económico de la contratación pública revelan una visión limitada de esta actividad que desdeña sus fines últimos. En este sentido, consideramos que el principio rector de la contratación pública no debe ser la igualdad de acceso de los licitadores o proveedores al mercado de los contratos públicos, sino la satisfacción de intereses generales. Esto implica un derecho global de las contrataciones públicas más robusto cuyos principios expresen la obligatoriedad de los involucrados en el manejo de los fondos públicos de actuar siempre en busca del interés general de la sociedad beneficiaria final de las adquisiciones, obras públicas o servicios públicos, objetos de las licitaciones. Estos principios deben regir también en la identificación de los objetos de licitación y en la consecución efectiva y eficiente de lo contratado.

Ahora bien, como hemos mencionado, las directivas del 2014(2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, 2014/24/UE sobre contratación pública, 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 2014/55/UE), publicadas el 28 de marzo de 2014 en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, que forman parte del ordenamiento jurídico sobre contratación pública de la Unión Europea, también conocidas como “la cuarta generación de directivas”, permite a los adjudicadores utilizar la contratación pública para lograr objetivos sociales relativos a medio ambiente, eficiencia energética, cambio climático, innovación, empleo, salud y servicios sociales, así como procedimientos más sencillos y flexibles que faciliten el acceso a las empresas, particularmente las pequeñas y media-

³¹ Ortega, Adriana, “4 voces contra la corrupción en la obra pública”, *Obras*, del 15 de septiembre de 2017, entrevista a Eduardo Bohórquez, director de Transparencia Mexicana, disponible en: <http://obrasweb.mx/construccion/2017/09/15/4-vozes-contr-la-corrupcion-en-la-obra-publica>.

nas.³² Estas directivas tienen el propósito de contribuir a la consecución de los objetivos de la estrategia Europa 2020.³³

Por ejemplo, el artículo 67 de la Directiva 2014/24/EU establece que los contratos públicos se adjudicarán a ofertas económicas más ventajosas, y que la oferta económica más ventajosa se determinará sobre la base del precio o coste “utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficiencia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68”.³⁴ Cuestión interesante es que el mismo artículo establece que “podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate”.

Como se advierte, la directiva permite la inclusión de aspectos cualitativos vinculados al objeto del contrato, lo que es indicativo de un mayor margen de maniobra de los poderes adjudicadores para utilizar estratégicamente la contratación pública como herramienta para lograr objetivos sociales. Esto sin duda es un avance significativo. Sin embargo, esto es postestativo, ya que los criterios calidad-precio no son parte medular de las contrataciones. Sigue siendo la igualdad de licitadores o proveedores. Además, consideramos que las posibilidades como herramienta estratégica son todavía limitadas.

V. CONCLUSIÓN

La forma estatal de ejercer la dirección y administración de la sociedad ha sufrido importantes transformaciones. Ahora, las decisiones tradicionalmente del monopolio estatal son producto de la interacción entre diversos actores nacionales e internacionales, públicos y privados. Esto lleva a la gobernanza global y al llamado “derecho administrativo global”. Uno de los sectores más desarrollados de este derecho es el de la contratación pública.

El derecho administrativo global de la contratación pública opera a través de una serie de principios que sostienen el entramado normativo de la contratación pública. Los más importantes son: igualdad de acceso al mer-

³² Para más información, *cf.* Pernas, J., *Contratación pública estratégica*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.

³³ Se trata de la agenda de crecimiento y empleo de la Unión Europea. Los objetivos que tienen que ver con empleo, investigación y desarrollo, cambio climático y energía, educación, así como pobreza y exclusión, ofrecen un panorama de los parámetros fundamentales de la Unión Europea para 2020.

³⁴ La directiva está disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2014/24/oj>.

cado de licitaciones, prohibición de toda forma de discriminación, publicidad, transparencia, concurrencia, y uso de medios electrónicos. Estos principios, dirigidos a la etapa de licitación propiamente, que incluye la oferta y adjudicación de contrato, expresan una racionalidad eminentemente económica, centrándose en la libre competencia de licitadores o proveedores.

Con ello, se rehúye la finalidad de satisfacción de necesidades generales de los órganos de la administración pública. Si bien la gobernanza implica la participación de varios actores en la solución de problemas, no por ello el derecho administrativo, específicamente el de la contratación pública, en su vertiente global, deja de ser una herramienta para canalizar adecuadamente fondos públicos para satisfacer demandas e intereses generales, incluso para promover desarrollo social, económico, político, cultural, entre otros, a fin de convertirse en mero comercio de bienes y servicios. Por ello, consideramos que el conjunto de principios que sostienen el derecho global de las contrataciones públicas es insuficiente, y que el principio rector debe ser la satisfacción de los intereses generales.

HERRAMIENTAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Javier MIRANZO DÍAZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción*. III. *La Convención de la OCDE contra la corrupción*. IV. *Instrumentos regionales*. V. *La trascendencia del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC*. VI. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de corrupción, es inevitable enfocar el problema desde un punto de vista globalizado. Si bien es cierto que las prácticas más comunes y la intensidad del problema varían de unos países a otros, lo cierto es que la existencia de redes clientelares y sistemas de corrupción que generan sus efectos y actúan en varios países de forma simultánea y organizada hacen que la corrupción necesite ser abordada desde una perspectiva global, constituyéndose así en uno de los principales problemas a los que debe hacer frente la comunidad internacional.¹

En este sentido, en la Ley contra Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA) se encuentra el germen en la materia y antecedente inmediato de toda la legislación anticorrupción internacional actual.² De hecho, según algunos investigadores, las raíces de la convención de la OCDE se encuentran íntimamente ligadas al FCPA, que como hemos dicho, constituyó la primera iniciativa moderna de lucha contra la corrupción. Y es que el FCPA

* Doctor en derecho, Universidad de Castilla-La Mancha.

¹ Lizcano Álvarez, J., “El horizonte internacional de la corrupción”, *Temas para el Debate*, núm. 183, 2010, pp. 42-44.

² Williams-Elegbe, S., *Fighting Corruption in Public Procurement: A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2012, p. 17.

recibió copiosas críticas basadas no sólo en que era incapaz por sí solo de hacer frente a la corrupción internacional, sino en que lejos de mejorar los intereses de Estados Unidos, resultó ampliamente dañina para las empresas norteamericanas que pretendían afrontar negocios en el exterior, al dificultar el pago de sobornos y otros actos corruptos, lo que las situaba en una posición de desventaja con respecto a las empresas del resto de países.³ Debido a esta situación, Estados Unidos realizó fuertes presiones a la OCDE para la implantación de algún tipo de norma o política global anticorrupción, que concluyó finalmente en la aprobación de la Convención de la OCDE contra la Corrupción en 1997.⁴

Ya en la década de los noventa, el denominado Informe Nolan, realizado por un comité de expertos británicos a petición de su primer ministro a finales de 1994, tuvo un gran impacto en las políticas nacionales e internacionales en la materia, convirtiéndose en un referente para cualquier gobierno o institución que quisiera avanzar en materia de ética pública. En el citado informe se elaboraban unas normas de conducta para la vida pública que pretendían acabar con “un clima generalizado de degeneración ética, en el que los escándalos de tipo económico, político y sexual aparecen mezclados”, y en el que se daban recomendaciones para guiar a los gestores y legisladores hacia la creación de códigos de conducta, programas educativos o auditorías independientes, y se ponía especial énfasis en la transparencia, el control de los conflictos de intereses o la responsabilidad del empleado público.⁵

Debido a éstas y otras iniciativas, desde el último lustro del siglo XX, y especialmente desde la entrada en el nuevo siglo, la comunidad internacional ha dado un paso al frente en cuanto a lucha anticorrupción se refiere, y un considerable número de organismos internacionales han emprendido diversas iniciativas para tratar de sofocar el que representa uno de los mayores problemas de la sociedad actual.⁶

³ Bieligman, M. T. y Bieligman, D. I., *Foreign Corrupt Practices Act: Compliance Guidebook*, Nueva Jersey, Wiley, 2010.

⁴ Szarek-Mason, P., *The European Union's Fight Against Corruption: the Evolving Policy Towards Member States and Candidate Countries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

⁵ Martínez Bagueño, M., “Informe NOLAN (Normas de conducta de la vida pública)”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núms. 5 y 6, enero-agosto de 1996, p. 209.

⁶ Además de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cuyo impacto y relevancia se desarrolla a continuación, podemos señalar otras medidas e iniciativas que se llevaron a cabo durante el primer lustro del siglo XXI, y que de una forma más o menos directa abordan el tema de la corrupción como son las siguientes: la Extractive Industries Transparency Initiative (2002), los Principios del Ecuador para las Instituciones Financieras (2005), los Wolfsberg Anti-Money-Laundering Principles for Private Banking (2000), el FI-

II. LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción representa el máximo exponente legislativo a nivel internacional, y se conforma como el principal marco legal para la prevención y la lucha contra la corrupción, así como una referencia de apoyo y de base para las regulaciones nacionales y regionales en materia anticorrupción.⁷ Hoy en día la Convención ha sido firmada por 140 países y ratificada por 178, lo que supone una inmensa mayoría de los países que componen el tercio terrestre de nuestro planeta.⁸ El proyecto fue aprobado por el Comité Especial el 1o. de octubre de 2003, y aprobado por la Asamblea General el 31 de octubre de 2003,⁹ y fue presentado a su vez a la conferencia política de alto nivel organizada por el gobierno de México, que tuvo lugar en Mérida los días 9 a 11 de diciembre de 2003, y en la que 95 países firmaron la Convención.¹⁰ España, por su parte, lo firmó el 16 de septiembre de 2005;¹¹ por tanto es considerado parte del ordenamiento jurídico interno en virtud del artículo 96, CE. La Convención entró en vigor el 14 de diciembre de 2005, y se constituyó en el primer instrumento realmente global y vinculante para prevenir y luchar contra la corrupción, basado en un amplio consenso internacional que ha tenido en cuenta las legislaciones y los sistemas legales de un gran número de países alrededor del globo.¹²

DIC Code of Ethics and Business Integrity Management System (2002), los Business Principles for Countering Bribery, o el World Economic Forum's Partnership Against Corruption Initiative (2004).

⁷ UNODC. *Action Against Corruption Economic Fraud & Identity Related Crime (2012-2015)*, United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), 3 de septiembre de 2012, p. 7, disponible en: http://www.unodc.org/documents/corruption/Thematic_Programme/Thematic_Programme_on_Corruption_-2012-2015_sept12.pdf (fecha de consulta: 23 de noviembre de 2015).

⁸ Disponible en: <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/signatories.html>.

⁹ Medina Arnaiz, T., "EU Directives as Anticorruption Measures: Excluding Corruption-Convicted Tenderers from Public Procurement Contracts", en THAI, K. V. *International Handbook of Public Procurement*, Florida, 2009, pp. 105-130.

¹⁰ *Ibidem*, p. 4.

¹¹ Instrumento de ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003.

¹² Núñez García-Sauco, A., "La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción", en Rodríguez García, N. y Fabián Caparrós, E. A., *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Salamanca, Ratio Legis, 2004, pp. 13 y 14. Véase a su vez Rodríguez García, N., "La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción", en Rodríguez García, N. y Fabián Caparrós, E. A., *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Salamanca, Ratio Legis, 2004, p. 254.

A pesar de las limitaciones a las que se enfrentaba la Convención por su propia naturaleza de regulación internacional, como son la soberanía de los Estados, las diferencias legales, socioculturales y políticas entre los diferentes Estados parte, etcétera, pronto se configuró como un instrumento armonizador, funcional, eficaz y efectivo, que tiene en cuenta las múltiples facetas del fenómeno de la corrupción, y que establece un lenguaje y unas guías comunes para la homogeneización de la legislación internacional sobre el tema,¹³ estableciendo un equilibrio entre las indispensables medidas de prevención y las no menos necesarias medidas de retribución del delito a través de la tipificación de conductas irregulares.¹⁴

Se trata de un texto notablemente ambicioso, que trataba de homogeneizar y guiar la lucha contra la corrupción a nivel mundial en una determinada dirección, proporcionando los medios y las bases, especialmente a aquellos países en los que las leyes y medidas anticorrupción se encontraban en una fase más arcaica, y creando un clima internacional de cooperación hacia el impedimento de la corrupción.¹⁵ Además, la CNUCC hace una importante innovación para la época, al considerar la lucha contra la corrupción como una política de Estado que debe ser desarrollada por los gobiernos, ya que su artículo 5o. afirma que los Estados “formularán, aplicarán y mantendrán en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción”.¹⁶

Conviene señalar como una observación interesante el hecho de que la Convención no recoja un listado o enumeración de los principios legales y morales en que se inspira, aunque analizando su articulado sí podemos en-

¹³ Olivares Tramón, J. M., “Democracia, buena gobernanza y lucha contra la corrupción en el derecho internacional”, en Romero Guzmán, J. J. *et al.*, *Buen gobierno y corrupción: algunas perspectivas*, Santiago, Ediciones UC, 2009, pp. 313-340; Argandoña, A., *La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales*, IESE Business School-Universidad de Navarra, 2006, p. 5, disponible en: <http://www.iese.edu/research/pdfs/DI-0656.pdf>.

¹⁴ Núñez García-Sauco, A., “La Convención de...” *op. cit.*, p. 14.

¹⁵ En su artículo 1o., la Convención expone sus propios objetivos, diciendo lo siguiente:

- a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;
- b) Promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos;
- c) Promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

¹⁶ López, J., “Normas y políticas internacionales contra la corrupción”, Probidad, CREA Internacional de El Salvador y Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, 2003, p. 17, disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_repdom_normas.pdf.

contrar referencias a diferentes principios, como el de eficacia (artículo 7o.), integridad, transparencia o la rendición de cuentas (artículos 7o. y 10).¹⁷

1. *Obligaciones a los Estados parte*

Fiel a los principios de universalidad sobre los que se creó, en su artículo 7o. la CNUCC establece que cada estado firmante tendrá libertad para adoptar las medidas anticorrupción de carácter preventivo que considere oportunas. No obstante, ello no significa que la norma de la ONU deje totalmente al arbitrio de los Estados parte la elaboración de las medidas anticorrupción. Así, en primer lugar, cabe destacar que en su artículo 6o. se insta a los Estados parte a *garantizar la existencia de un órgano u órganos, según proceda, encargados de prevenir la corrupción*, algo que en el caso de España no ocurrió hasta 2008, siendo una de sus regiones y no el Estado quien se erigió como pionera en el cumplimiento de este mandado que, por otra parte, es de carácter vinculante para los Estados. Así, la primera norma que dio cumplimiento al citado artículo fue la Ley catalana 14/2008, del 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Catalunya.¹⁸

Asimismo, la norma establece una serie de principios y requisitos mínimos que deben seguir los Estados a la hora de desarrollar una política anticorrupción efectiva; por ejemplo, en su apartado 1.a), como ya se ha mencionado, establece el respeto a los principios de eficiencia y transparencia. De igual manera, se hace hincapié en consolidar una forma adecuada, basada en la meritocracia, de acceso a los cargos públicos vulnerables a la corrupción (artículo 7.1.b) y 7.2), en su correcta remuneración (artículo 7.1.c) y profesionalización (artículo 7.1.d)), así como en promover la transparencia y a prevenir conflictos de intereses (artículo 7.4).

Otro punto interesante de las medidas preventivas de la CNUCC es el recogido en su artículo 7.3, relativo a la transparencia en la financiación de los partidos políticos y otras candidaturas a cargos electos, un aspecto clave en la lucha contra la corrupción que esta norma ya regulaba en 2003 —que, recordemos, tenía aplicación efectiva en nuestro país desde 2005—, pero al que en España no se ha dado la debida atención hasta años recientes, tras diversos escándalos sobre financiaciones irregulares de partidos políticos. Pues bien, la CNUCC ya advertía a los Estados parte sobre la necesidad de

¹⁷ Argandoña, A., “La Convención de...” *op. cit.*, p. 5.

¹⁸ Capdeferro Villagrasa, O., “Nuevas respuestas judiciales a la corrupción pública. Análisis desde el derecho administrativo y el derecho penal”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2013, p. 34.

“adoptar medidas legislativas y administrativas apropiadas... para aumentar la transparencia respecto de la financiación de candidaturas a cargos públicos electivos y, cuando proceda, respecto de la financiación de los partidos políticos” (artículo 7.3).

También regula la CNUCC los códigos de conducta de los funcionarios y cargos públicos (artículo 8o.), incluyendo medidas como la publicidad de su patrimonio, y medidas disciplinarias; el deber de tomar medidas dirigidas a preservar la integridad en áreas particularmente críticas, como el sistema judicial y el ministerio público (artículo 11); la prevención del blanqueo de dinero (artículo 14); o las medidas de prevención en el sector privado (artículo 12); y el papel de control y participación que debe tener la sociedad civil en la lucha contra la corrupción (artículo 13), con la necesaria transparencia para que aquella sea efectiva (artículo 10).

2. *Los principios de la contratación pública en la CNUCC*

En cuanto a la contratación pública, en su artículo 9o. la CNUCC establece, en primer lugar, que si bien las legislaciones nacionales en contratación pública se basarán en los principios fundamentales de cada Estado parte, en todo caso dichas regulaciones deberán respetar los principios de transparencia, competencia y eficacia (artículo 9.1), para a continuación establecer una serie de premisas básicas que deberán cumplir las normativas de contratos públicos en aras de un proceso de contratación íntegro:

- a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas;
- b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación;
- c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos;
- d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo;
- e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular

declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.

Como se puede observar, la CNUCC logra con considerable éxito sintetizar en unas pocas líneas los componentes básicos de los que debe partir una legislación de contratación pública para lograr ser una reglamentación íntegra y eficaz, mostrando a los Estados parte determinadas líneas de actuación en materia anticorrupción, que van desde la publicidad y la transparencia durante todo el procedimiento de adjudicación del contrato, hasta las declaraciones de interés para evitar conflictos de interés en contratos más vulnerables, pasando por unos pliegos y especificaciones técnicas claros y detallados, que permitan una decisión objetiva, o unas adecuadas medidas de control durante el proceso de licitación.

3. Rendición de cuentas y métodos de control de cumplimiento

En una segunda parte, el artículo 9o. se centra en las bases para construir un sistema de responsabilidad, rendición de cuentas, y buena gobernanza, para que las actuaciones de las administraciones puedan ser controladas y juzgadas a fin de detectar con mayor facilidad los casos de corrupción. Un sistema que el legislador europeo ha tardado, como se verá a lo largo del estudio, casi diez años en exigir a los contratos públicos europeos. Las medidas que se proponen son las siguientes:

- a) Procedimientos para la aprobación del presupuesto nacional; b) La presentación oportuna de información sobre gastos e ingresos; c) Un sistema de normas de contabilidad y auditoría, así como la supervisión correspondiente; d) Sistemas eficaces y eficientes de gestión de riesgos y control interno; y e) Cuando proceda, la adopción de medidas correctivas en caso de incumplimiento de los requisitos establecidos en el presente párrafo.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción supone un salto cualitativo en la lucha contra la corrupción a nivel internacional, que, como se ha señalado, es el primer instrumento global vinculante anticorrupción que aúna medidas de penalización, y sobre todo de prevención contra las irregularidades, marcando un antes y un después en la esfera internacional anticorrupción desde su aprobación.

Pero a pesar de sus virtudes, la CNUCC padecía determinadas dolencias, que tampoco debemos pasar por alto. Una de las principales viene sin duda marcada por sus propios objetivos de Convención como norma inter-

nacional perseguidora de universalidad, y es que algunos de los artículos contienen un lenguaje impreciso, lo que da lugar a diferentes interpretaciones ambiguas.¹⁹ Probablemente esta ambigüedad fue en parte intencionada por parte del Comité encargado de su elaboración, con el objetivo de que la Convención pudiera ser adoptada por el mayor número de Estados posibles, estableciendo únicamente determinadas líneas generales y requisitos básicos que prácticamente todo Estado pudiera cumplir, y que pudieran ser interpretados de una forma u otra, de manera conforme a las Constituciones y los principios fundamentales de cada Estado que se adhiriese. Pero lo que es cierto, fuera intencionada o no, es que la vaguedad de determinados artículos de la Convención resta eficacia a la norma y tiende a facilitar la impunidad o su inaplicación efectiva.

A la indeterminación del lenguaje utilizado hay que añadir el hecho de que determinadas conductas, aun calificadas como delito de corrupción en el texto de la propia Convención, no son de obligatoria tipificación para los Estados parte. Y es que en la CNUCC se debe distinguir entre disposiciones en las que “cada Estado parte adoptará”, “deberá adoptar”, “considerará la posibilidad de adoptar”, o “puede adoptar”. Esta falta de obligatoriedad en cuanto a la tipificación de delitos de corrupción afecta, por ejemplo, a conductas como el soborno pasivo de un funcionario público extranjero, el tráfico de influencias, el abuso de funciones públicas, el enriquecimiento ilícito, el soborno y la malversación en el sector privado, o la corrupción en la financiación de los partidos políticos.²⁰

Otro punto débil de la CNUCC viene dado en lo relativo a su puesta en práctica, debido, en primer lugar, a la ausencia de mecanismos sancionadores para aquellos casos en que un país que ha ratificado la Convención no cumpla con lo que en ella se exige, y en segundo lugar, a la deficiencia en los sistemas de monitorización y seguimiento del cumplimiento de la norma.²¹

Sin embargo, no son pocos los esfuerzos realizados de cara a su correcta implementación, y el impacto y la repercusión de la CNUCC no se detiene en el propio texto. Así, desde su aprobación se han ido celebrando, de manera más o menos regular, conferencias internacionales de los Estados parte de la Convención en las que se han debatido temas y adoptado nuevos compromisos relativos a la correcta aplicación de la Convención. Hasta ahora, las conferencias celebradas han sido las de Amman, Jordania (10-14 de diciembre de 2006), Nusa Dua, Indonesia (28 de enero-1o. de febrero de

¹⁹ Argandoña, A., “La Convención de...” *op. cit.*, p. 10.

²⁰ *Ibidem*, p. 9.

²¹ *Ibidem*, p. 10.

2008), Doha, Dubái (9-13 de noviembre de 2009), Marrakesch, Marruecos (24-28 de octubre de 2011), Panamá (25-29 de noviembre de 2013) y San Petersburgo, Rusia (2-6 de noviembre de 2015).

No debemos ser especialmente críticos con la falta de aplicación efectiva de la CNUCC a corto plazo, pues como ha ocurrido con otras ambiciosas normas internacionales, para su correcta aplicación se necesita una impregnación de los principios en todas las escalas y niveles de la población de un Estado, algo que en determinados lugares requiere de una reforma en profundidad de las instituciones, la sociedad civil, el sistema legal y los comportamientos ético-sociales.²² Así ocurrió con la Declaración Universal de los Derechos Humanos; por ejemplo, que precisó del transcurso del tiempo para que las medidas adoptadas de manera gradual por los Estados firmantes fueran, poco a poco, haciéndose visibles.

La CNUCC ha tenido importantes beneficios para la lucha contra la corrupción a nivel internacional, al sentar las bases para el desarrollo de legislaciones regionales y nacionales más precisas a partir de las premisas recogidas en su articulado, y ejerciendo en especial una importante labor garantista y de guía en aquellos países menos desarrollados en materia de integridad que no disponían aún de una legislación anticorrupción propiamente desarrollada. La penalización de la corrupción tanto activa como pasiva —desde la vertiente pública y la privada—, la combinación de medidas de represión con medidas preventivas, o el sistema de recuperación de activos supusieron una importante novedad en la comunidad internacional de la época en cuanto a lucha contra la corrupción se refiere.

III. LA CONVENCIÓN DE LA OCDE CONTRA LA CORRUPCIÓN

Aunque la CNUCC es hoy en día el principal referente global en materia de lucha contra la corrupción, lo cierto es que no fue la primera norma internacional en la materia. En este sentido, podemos considerar a la OCDE, en cierto sentido, como pionera cuando aprobó, en 1997, la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales. Y es que, en efecto, hasta la aprobación de la CNUCC la Convención de la OCDE suponía el documento anticorrupción internacional de mayor proyección.²³

²² Mungiu-Pippidi, A., *Contextual Choices in Fighting Corruption: Lessons Learned*, Oslo, Noruega, Norwegian Agency for Development Cooperation (Norad), p. 16.

²³ Fabián Caparrós, E. A., “La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (anotaciones para un derecho penal globalizado)”, en Rodríguez García, N. y

Como comentamos, la Convención fue aprobada y firmada el 17 de diciembre de 1997; su entrada en vigor se retrasó hasta el 15 de febrero de 1999.²⁴ Basada por un lado en los Principios Rectores Aplicables a las Empresas Multinacionales de 1976,²⁵ y recogiendo los avances en la investigación y prevención de la corrupción que la propia OCDE había llevado a cabo en los años anteriores a través de mecanismos de *soft law*, y por otro, en el FCAP americano, la Convención de la OCDE se convirtió, como decimos, en el primer documento internacional vinculante con verdadero alcance en materia de lucha contra la corrupción.²⁶

Además, como señala Rodríguez García, la relevancia de este instrumento jurídico radica, en parte, en que los países firmantes conforman los principales exportadores de bienes y servicios del mundo, y muy probablemente, de corrupción.²⁷ Hoy en día la Convención se encuentra firmada y ratificada por 41 países: todos los miembros de la OCDE y siete Estados externos a la Organización: Argentina, Brasil (en adhesión y cooperación reforzada), Bulgaria, Colombia, Letonia, Rusia (candidato a la adhesión), Sudáfrica (en adhesión y cooperación reforzada).²⁸ España, por su parte, ratificó la Convención el 14 de enero de 2000, casi un año después de su entrada en vigor, dos días después de la publicación en el *BOE* de la Ley Orgánica 3/2000, del 11 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, del 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, y por la que se vienen a introducir en nuestro sistema normativo las conductas delictivas tipificadas en la Convención de la OCDE,²⁹ es decir, el soborno de agentes públicos extranjeros por parte de empresas y personas españolas.

Fabián Caparrós, E. A., *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Salamanca, Ratio Legis, 2004, p. 227.

²⁴ Disponible en: <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>.

²⁵ Otero González, P., “La corrupción en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015”, *Cuadernos Penales José María Lidón*, núm. 12, 2016, p. 204.

²⁶ Fabián Caparrós, E. A., “La corrupción de...” *op. cit.*, p. 227.

²⁷ Rodríguez García, N., “La necesaria flexibilización...” *op. cit.*, p. 255.

²⁸ Disponible en: <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm> (fecha de consulta: 26 de febrero de 2016).

²⁹ Artículo 1o. de la Convención de la OCDE: “Cada parte tomará las medidas que sean necesarias para tipificar que conforme a su jurisprudencia es un delito penal que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de éste o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales.”

Adicionalmente, la Convención recoge otras importantes medidas como la responsabilidad de las personas jurídicas (artículo 2o.), y, a diferencia de lo que ocurría con las Convenciones de las Naciones Unidas, cuenta con unos estrictos procedimientos de supervisión del cumplimiento, a través de procedimientos de evaluación continua (artículo 12).³⁰

Así, la Convención supuso un gran avance en la lucha contra la corrupción, al obligar a los Estados parte a expandir las miras en cuanto a lucha anticorrupción se refiere, y exigirse a los Estados no sólo prestar atención a los sobornos a sus cuerpos públicos, sino también a los sobornos realizados por sus ciudadanos en el extranjero, tres años antes de que lo hiciera la Convención de Palermo de la ONU. Fue la confirmación de que la corrupción no suponía un problema nacional, sino un mal que trascendía cualquier frontera, y que debía ser combatido desde una perspectiva global.

IV. INSTRUMENTOS REGIONALES

1. *Las actuaciones del Consejo de Europa*

A nivel regional europeo, el Consejo de Europa creó en 1994, en Malta, el Grupo Multidisciplinar sobre la Corrupción, a partir de cuyos trabajos en 1999 se aprobaron dos convenciones: el 27 de enero la Convención penal contra la corrupción, y el 4 de noviembre la Convención europea sobre Derecho Civil contra la corrupción.

España ha demorado en el tiempo de manera considerable su firma y ratificación. Así, ninguna de las dos convenciones fue firmada por nuestro país hasta el 10 de mayo de 2005, su ratificación se prorrogó hasta el 16 de diciembre de 2009 en el caso de la Convención civil, y el 28 de abril de 2010 para la Convención penal; su entrada en vigor se produjo hasta el 1o. de abril de 2010, y el 1o. de agosto de 2010, respectivamente.³¹ España se convirtió de esta forma en el país —de entre todos los países firmantes y que hayan ratificado las convenciones actualmente— que más tarde ha ratificado, y en el que más tarde han entrado en vigor las convenciones anticorrupción del Consejo de Europa.

Sin embargo, ambos documentos supusieron la constatación de que la corrupción comenzaba a ser una preocupación central en las políticas in-

³⁰ Rodríguez García, N., “La necesaria flexibilización...”, *cit.* p. 255.

³¹ Disponible en: http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/174/signatures?p_auth=zmouthFYR, y en: http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/173/signatures?p_auth=W7VdsO8L (fecha de consulta: 7 de marzo de 2016).

ternacionales y regionales para un desarrollo económico, intrínsecamente democrático y sostenible.³² Tras la OCDE y la Organización de los Estados Americanos, la implicación del Consejo de Europa en la lucha contra la corrupción significó la prueba de que existía una comunidad internacional comprometida con el principio de transparencia del Estado de derecho.

Así, la Convención penal contra la corrupción, en sus primeros artículos, establece como delito de corrupción el cohecho de forma amplia. Otras normas anticorrupción internacionales de la misma época (por ejemplo, la Convención de la OCDE) se limitaban a exigir únicamente la tipificación de los sobornos a agentes públicos de otros países —algo por otra parte comprensible si tenemos en cuenta que su principal objetivo fue el de luchar contra la corrupción en el comercio y las transacciones internacionales—. Pero la Convención penal contra la corrupción es mucho más ambiciosa en este sentido, al establecer en sus artículos 2-11 la tipificación del cohecho tanto activo como pasivo en el caso de los trabajadores públicos y miembros de las asambleas legislativas tanto nacionales como extranjeros, trabajadores del sector privado, miembros de organizaciones internacionales, de asambleas legislativas internacionales, y de jueces u órganos colegiados de justicia y de cualquier trabajador público de las cortes de justicia³³. Y lo que es más, tipifica no sólo el soborno, sino el tráfico de influencias de todos los cargos anteriormente mencionados (artículo 12), el blanqueo de dinero procedente de actos corruptos (artículo 13), las falsedades contables destinadas a ocultar la corrupción (artículo 14), y la complicidad y el encubrimiento de actos corruptos (artículo 15).³⁴

Por último, cabe destacar que la Convención recoge procedimientos y medidas de cooperación internacional entre países —información, comunicación, etcétera— y lo que constituye uno de sus puntos más importantes: establece un sistema de monitoreo y control de la implementación del Convenio, creando el Grupo de Estados contra la corrupción (GRECO), que ha realizado una importante actividad desde su creación a través de informes, códigos de conducta y recomendaciones a lo largo de su algo más de una década de vida.

³² Castresana Fernández, C., “Corrupción, globalización y delincuencia organizada”, en Rodríguez García, N. y Fabián Caparrós, E. A., *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Salamanca, Ratio Legis, 2004, p. 213.

³³ Deop Madinabeita, X., “La lucha contra la corrupción en el Consejo de Europa”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, núm. 2, 2001, pp. 3 y ss.

³⁴ De Benito Langa, J., “Corrupción: convenio penal sobre corrupción, del Consejo de Europa ratificado por España”, *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, núm. 10, 2010, pp. 988-992.

Por su parte, la Convención civil contra la corrupción presenta también algunas importantes medidas como la obligatoriedad para los Estados de reconocer acciones legales de reparación a víctimas y perjudicados por la corrupción, con un periodo para reclamar que no podrá ser menor de tres años desde que se recibe el daño (artículos 3o.-7o.); la invalidez de los contratos que contengan cláusulas corruptas (artículo 8o.); la protección del denunciante o *whistle blower* (artículo 9o.); el establecimiento de procedimientos de auditoría (artículo 10).³⁵

Algunas medidas, como la de la protección de los denunciantes, suponía en aquella época una verdadera novedad en materia anticorrupción, ya que dichas medidas no estaban implantadas en la mayoría de los países que posteriormente firmaron la Convención, y hoy en día, algunos, como España, siguen sin hacerlo. Al igual que la Convención penal contra la corrupción, la civil plantea un monitoreo y control del cumplimiento que se realizará a través del GRECO.³⁶

Sin embargo, existe un tercer texto en materia anticorrupción, anterior a las dos convenciones, y que no depende de su ratificación o no por parte de los países miembros para su aplicabilidad. Se trata de los Veinte Principios Rectores de la Lucha contra la Corrupción, aprobados a través de la Resolución (97) 24 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, entre cuyos principios se encuentran algunos de total actualidad hoy en día, más de veinte años después de su aprobación.

Así, por ejemplo, encontramos: tomar medidas para la prevención de la corrupción y la concienciación pública con el comportamiento ético (1); asegurar la independencia e imparcialidad de aquellos que deben perseguir y enjuiciar la corrupción (3); limitar las inmunidades en los casos de corrupción (6); promover la especialización y la profesionalización y dotar de medios suficientes para que la lucha anticorrupción sea efectiva (7); el principio de transparencia y de acceso a la información como objetivos a seguir de manera transversal en todas aquellas ramas jurídicas que sean susceptibles de corrupción (9 y 16); la elaboración de códigos de conducta para los trabajadores públicos (10); fortalecer los procedimientos de auditoría (11 y 12);

³⁵ Véase, a su vez, los comentarios de De Benito Langa, J., “Corrupción: convenio civil sobre corrupción, del Consejo de Europa ratificado por España”, *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, núm. 5, 2010, pp. 492-494; Deop Madinabeita, X., “La lucha contra...” *op. cit.*, pp. 9 y ss.

³⁶ Montesinos Padilla, C., “Corrupción y transparencia en España: diagnóstico a la luz de las directrices del Consejo de Europa y la Unión Europea”, en Queralt Jiménez, J. y Samanta Vega, D. M., *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 79-100.

tomar medidas anticorrupción en cuanto a las formas de financiación de los partidos políticos (15).

Por último, presenta para nuestro estudio una especial relevancia el principio 14, que recoge que se deberán “adoptar las necesarias medidas de transparencia en los procedimientos de contratación pública”.

Aun no tratándose de preceptos de directa aplicación sobre los Estados miembros, sino de meras guías o directrices a seguir, lo cierto es que, al tratarse de un texto en vigor, los Estados miembros del Consejo de Europa deben velar por su implementación nacional a la hora de elaborar nuevas leyes o políticas, y al mismo tiempo, para que las normas ya aprobadas sean interpretadas con base en los mencionados principios.

2. *La Convención Interamericana Contra la Corrupción*

Aunque como resulta evidente, la Convención Interamericana contra la Corrupción no es de aplicación directa en España ni en la Unión Europea, sí consideramos conveniente hacer mención de la misma en nuestro estudio de investigación, pues se trata del primer instrumento jurídico internacional dedicado de manera monográfica a la corrupción, siendo aprobado por la Organización de Estados Americanos en 1996 en una Conferencia Interamericana Especializada en Caracas, Venezuela,³⁷ un año antes de que lo hiciera la OCDE.

El objetivo de la Convención, similar al de los textos internacionales estudiados en los apartados anteriores, fueron los de:

en primer lugar, promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Parte, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y, en segundo, promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Parte a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.³⁸

Como medida adicional, y de cara a su correcta implementación, el 4 de junio de 2001, en el marco de la Asamblea General de la OEA, celebrada en San José, Costa Rica, se adoptó el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción

³⁷ Organización de los Estados Americanos, disponible en: http://www.oas.org/juridico/spanish/jaq_ac_sp.htm (fecha de consulta: 1o. de marzo de 2016).

³⁸ *Idem.*

(MESICIC), en los términos previstos en el denominado “Documento de Buenos Aires sobre el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción”, que comenzó a operar en enero de 2002.³⁹

Además de una descripción considerablemente precisa de lo que serían considerados actos de corrupción con base en la Convención (artículo 6o.),⁴⁰ así como medidas de cooperación internacional, como las que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros (artículo 3.10) igual que —como ya se ha estudiado— harían con posterioridad la OCDE y la ONU, la Convención Interamericana contenía algunos preceptos realmente interesantes, como lo recogido en su artículo 3.1, que incide sobre la importancia de las medidas anticorrupción de carácter preventivo, que en muchos países han sido marginadas en favor de las medidas sancionadoras y disuasorias;⁴¹ importancia y prioridad sobre la que investigadores como el profesor Gimeno Feliú vienen advirtiendo en los últimos años.⁴²

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ Artículo 6.1 de la Convención: 1. “La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y

e. La participación como autor, co-autor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo”.

⁴¹ Boersma, M., *Corruption: a Violation of Human Rights and Crime Under International Law?* Cambridge, Intersentia, 2012, pp. 64 y ss.

⁴² Gimeno Feliú, J. M., “Novedades del anteproyecto de ley de contratos del sector público. La transposición de las directivas de contratación pública en España”, en *Congreso Internacional de Contratación Pública*, Cuenca, 21 y 22 de enero de 2016, p. 12; Kaufmann, D., “Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción”, *Revista de Finanzas y Desarrollo*, septiembre de 2005. pp. 41-43; Gimeno Feliú, J. M., “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva

También recoge aspectos importantes, como son los relacionados con la información y formación del personal de las entidades públicas, así como la existencia de códigos éticos de conducta que guíen sus actuaciones “que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades”, recogido en los apartados segundo y tercero del artículo 3o., y que del mismo modo, suponen uno de los principales objetivos a seguir marcados por la doctrina y organismos internacionales en los últimos años.⁴³

Otras importantes medidas anticorrupción que recoge la Convención, y que se encuentran muy presentes aún hoy en día en el combate contra la corrupción, son las siguientes:

- Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda (artículo 3.4).
- Publicidad, transparencia y equidad: sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas (artículo 3.5).
- *Whistleblowing*: sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno (artículo 3.8).

de la integridad”, en Gimeno Feliú *et al.*, *Las Nuevas Directivas de Contratación Pública (X Jornadas AEPDA)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 48; Gimeno Feliú, J. M., “El nuevo paquete legislativo comunitario de contratación pública: principales novedades. La transposición en España”, en Facultad de Derecho de la Universidad Católica Portuguesa, Curso de verano sobre “Las nuevas Directivas de contratación pública de la Unión Europea”, Oporto, 7 de septiembre de 2015, p. 97.

⁴³ Martínez Martínez, M., “Capítulo de Cataluña”, en European Anti-Corruption Office (OLAF) y Esade, *Hercule ii programme. Training, seminars and conferences proposal, Prevención del fraude en la política de cohesión 2014-2020: estudio comparado sobre el correcto cumplimiento e implementación de la normativa de la UE en el ámbito de la contratación pública por las autoridades de gestión y contratación*, julio de 2015, pp. 83-85; ODCE, *La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z*. OCDE, Instituto Nacional de Administración Pública, 2009, pp. 61-98; Gimeno Feliú, J. M., “Reglas para la prevención de la corrupción en la contratación pública”, en *Observatorio Contratación Pública, V Seminario de contratación pública*, Formigal, septiembre de 2014, p. 19; Bernal Blay, M. A., “Los programas de *compliance* en el «nuevo» derecho de los contratos públicos”, *Observatorio de Contratación Pública*, 16 de febrero de 2015.

- Órganos de control y participación ciudadana: creación de órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas (artículo 3.9); y mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción (artículo 3.11).

La Convención Interamericana contra la Corrupción se configura así, a pesar de ser la primera en ser aprobada, como una de las normas legales internacionales más completas y avanzadas en materia anticorrupción, ya que las medidas en ella recogidas se han constituido, casi veinte años después de su aprobación, en algunas de las más útiles medidas anticorrupción de carácter preventivo. Es de destacar, a su vez, que el documento ha sido firmado por 34 países de los 35 que conforman la Organización de Estados Americanos; Cuba es el único de los integrantes que aún no la ha ratificado.⁴⁴

V. LA TRASCENDENCIA DEL ACUERDO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA OMC

Si bien las políticas y legislaciones anticorrupción internacionales se configuran para acabar con este tipo de comportamientos, lo cierto es que una aproximación generalista al problema se dibuja ineficiente para hacer frente a un problema que permea en todos los sectores y estratos de las sociedades democráticas actuales. Por ello, las medidas específicas en aquellos sectores especialmente vulnerables a la corrupción, como la contratación pública,⁴⁵ son aspectos esenciales para una política de integridad efectiva.

El ACP es un acuerdo plurilateral internacional, negociado dentro del marco de la OMC. Su origen data de 1979, cuando se adoptó el Código de la Ronda de Tokio sobre Compras del Sector Público, que entró en vigor en 1981, aunque los orígenes de las negociaciones se remontan a 1947.⁴⁶ Sin

⁴⁴ Transparencia Internacional, disponible en: http://archive.transparency.org/regional_pages/americas/convenciones/convencion_oea (fecha de consulta: 1o. de marzo de 2016).

⁴⁵ Trepte, P., “Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement: Possibilities and Limitations”, *Document Prepared for the OECD Public Governance and Territorial Development Directorate, Public Governance Committee, Expert Group Meeting on Integrity in Public Procurement*, OECD Document No: Unclassified-GOV/PGC/ETH, 2005.

⁴⁶ Moreno Molina, J. A., *Derecho global de la contratación pública*, México, Ubijus, 2011, p. 9.

embargo, no es hasta el año 1994 cuando, al mismo tiempo que se establece la OMC, se aprueba un nuevo texto legal con el nombre de Acuerdo de Contratación Pública que es, con la importante revisión llevada a cabo en 2012 —y que entró en vigor el 6 de abril de 2014—, el texto vigente en la materia.⁴⁷ Este acuerdo, sin embargo, no obliga a todos los Estados parte de la OMC, siendo actualmente 47 los miembros de la OMC parte del ACP, incluida la Unión Europea, y por ende todos sus Estados miembros, pero entre los que destaca la ausencia de México.

El objetivo del ACP es el de sentar las bases para la creación de un marco internacional común de derechos y obligaciones en materia de contratación pública no discriminatorio. Especialmente tras la reforma aprobada en 2012, se ha consolidado como la principal norma reguladora de la contratación pública a nivel internacional, y su incidencia sobre la elaboración de normas regionales o domésticas es considerable. En el caso de la cuarta generación de directivas de contratación de la Unión Europea, esta influencia es evidente, apreciándose en el texto legal europeo a lo largo de su articulado. Así, la Directiva 2014/24, que rige el derecho de los contratos públicos en la Unión Europea, prevé, por ejemplo, que los umbrales sean revisados cada dos años para adaptarlos a aquellos estipulados por el ACP,⁴⁸ y en su artículo 25, la norma europea prevé de manera expresa que

...en la medida en que se les apliquen los anexos 1, 2, 4 y 5 y las notas generales correspondientes a la Unión Europea del apéndice I del ACP... los poderes adjudicadores concederán a las obras, los suministros, los servicios y los operadores económicos de los signatarios de esos acuerdos un trato no menos favorable que el concedido a las obras, los suministros, los servicios y los operadores económicos de la Unión.

El ACP revisado incluye, como una de sus prioridades, la lucha contra la corrupción, y en su preámbulo reconoce “la importancia de disponer de medidas transparentes en materia de contratación pública, de llevar a cabo las contrataciones de forma transparente e imparcial y de evitar conflictos de intereses y prácticas corruptas”. En este mismo sentido, una de las principales novedades del ACP es su inclusión, entre los principios de la contratación pública, del de integridad, al establecer en su artículo IV, letra b) del apartado 3, que las entidades adjudicadoras “mantendrá[n] mecanismos

⁴⁷ OMC, disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm (fecha de consulta: 12 de septiembre de 2017).

⁴⁸ Romero Molina, C. A. y Moreno Molina, J. A., *Principios de la contratación pública en la jurisprudencia*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2015, p. 48.

que aseguren la integridad de las solicitudes de participación y las ofertas, incluida la determinación del momento de la recepción y la prevención del acceso inadecuado”. Se trata de toda una declaración de intenciones frente a la corrupción, que puede observarse a lo largo de todo el articulado de la norma, pero que probablemente encuentra su materialización de forma más evidente en las obligaciones recogidas en su artículo IV.4, que en su apartado c) exhorta a las entidades adjudicadoras a evitar las prácticas corruptas.⁴⁹

Por su parte, el artículo XVI, titulado “Transparencia de la información sobre la contratación”, recoge las obligaciones en materia de publicidad e información activa que debe respetar la entidad adjudicadora, los plazos para realizarla, las obligaciones en materia estadística y de recopilación y transferencia de *big data* de los Estados parte. En el mismo sentido de promoción de la integridad se encuentran el artículo XVII (Divulgación de información), XVIII (Procedimientos internos de revisión), o la previsión de exclusión de un licitador del procedimiento económico cuando se considere que existe “falta de ética profesional o actos u omisiones que pongan en entredicho la integridad comercial del proveedor” (artículo VIII.4.e).

De vital importancia es la inclusión de este precepto regulatorio del conflicto de interés en la contratación pública, al incluir en su artículo IV.4 la obligación, para las autoridades de contratación, de conducir los procedimientos de contratación de manera que eviten la aparición de conflictos de intereses, lo cual dibuja un nuevo escenario de reparto de responsabilidades en las funciones de gestión diaria por parte de los órganos de contratación. Además, conviene resaltar, aunque se incidirá sobre este aspecto en los siguientes capítulos del trabajo, que aunque el ACP no incluye una definición de lo que considera un conflicto de intereses, diferencia claramente entre la obligación de prevenir los conflictos de interés (IV.4.b) y la corrupción (IV.4.c), entendiéndolos por tanto como dos realidades completamente diferenciadas. Este precepto y los matices que de él pueden derivarse influenciaron notablemente la elaboración final del articulado de las directivas de contratación, que finalmente incluyeron una regulación del conflicto de interés más extensa que la contenida en el ACP en el artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE.

Como afirman algunos autores, la referencia a la corrupción, a la integridad y al conflicto de intereses en el ACP reviste una gran importancia, no sólo por la influencia y las implicaciones que sus preceptos han tenido en

⁴⁹ Anderson, R. D. y Arrowsmith, S., “The WTO Regime on Government Procurement: Past, Present and Future”, en Arrowsmith, S. y Anderson, R. D., *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 25.

el desarrollo de las legislaciones regionales, sino por la novedad que supone su mención expresa tanto en la normativa internacional de los contratos públicos como en el marco legal de la OMC, que hasta entonces no había incluido en ninguno de sus acuerdos vinculantes referencias expresas a la corrupción.⁵⁰

Además, debemos recordar que el ACP es legalmente vinculante para la Unión Europea y todos los Estados miembros, ya que la institución comunitaria es parte del Acuerdo desde la aprobación de la Decisión 94/800/CEE (en España, por su parte, ya se encontraba en vigor desde el 1o. de enero de 1996).⁵¹

VI. CONCLUSIONES

El derecho internacional cuenta en la actualidad con importantes instrumentos legales que imponen obligaciones a los Estados parte en materia de integridad. Sin embargo, su implantación se ha limitado, hasta tiempos recientes, a cuestiones penales relacionadas con la tipificación de delitos como el soborno en las relaciones comerciales internacionales, el soborno, cohecho, etcétera. Su aplicación en sede de derecho administrativo preventivo desde un punto de vista preventivo ha sido más bien escasa. El carácter generalista y poco preciso de las obligaciones impuestas derivan, en la práctica, en que una hipotética vulneración de los mandatos legales contenidos no pueda ser invocada por sí misma como un fundamento de derecho válido en los tribunales nacionales más allá de como complemento interpretativo en forma de principios del derecho.

Las normas internacionales anticorrupción establecen de forma clara los principios de integridad, imparcialidad y transparencia como aplicables

⁵⁰ Anderson, R. D. *et al.*, “Ensuring Integrity and Competition in Public Procurement Markets: a Dual Challenge for Good Governance”, en Arrowsmith, S. y Anderson, R. D., *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 681-718.

⁵¹ Moreno Molina, J. A., *Derecho global de...*, cit. p. 19; la ratificación del acuerdo se produjo a través del Instrumento de Ratificación del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y del Acuerdo sobre Contratación Pública, hechos en Marrakech el 15 de abril de 1994, publicado en el *BOE* núm. 20, del 24 de enero de 1995, p. 2206. Sin embargo, el ACP no entró en vigor hasta el 1o. de enero de 1996, como se expone en la Corrección de errores del instrumento de Ratificación del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y del Acuerdo sobre Contratación Pública, hechos en Marrakech el 15 de abril de 1994, publicada en el *BOE* núm. 33, del 8 de febrero de 1995, pp. 3934 y 3935.

a los contratos celebrados en los Estados parte, y los tribunales deben estar en disposición de aplicar cuando su incumplimiento es manifiesto incluso en aquellos supuestos en los que no suponga un quebranto del derecho nacional, de forma que su observancia suponga una obligación no sólo para el legislador nacional, sino para los operadores jurídicos en la práctica diaria. A imagen de lo que viene sucediendo en el ámbito de la Unión Europea con la jurisprudencia del TJUE, los principios generales de la contratación pública deben vertebrar todo el sistema de contratos hasta el punto de poder entenderse que, a pesar de la falta de detalle en las obligaciones, puedan invocarse ante los tribunales de forma que un procedimiento pueda considerarse nulo por infringir manifiestamente los principios del derecho internacional.

Para ello, se antoja deseable una aproximación en dos sentidos: i) por un lado, la articulación de sistemas de solución de controversias que permita el recurso tanto sobre legislaciones nacionales consideradas contrarias a las normas nacionales como sobre procedimientos concretos en el marco de la norma, y 2), por otro lado, fomentar la transversalidad de la estrategia anticorrupción a través de la inclusión de preceptos relativos a la integridad en aquellos acuerdos internacionales sectoriales o específicos, como el ACP de la OMC, que permiten una mayor especificidad de las obligaciones en materia de integridad y facilitan la identificación y la impugnación de las posibles vulneraciones.

Todo ello, indudablemente, debe ir acompañado de un verdadero compromiso por parte de todos los Estados parte para garantizar la integridad en los procedimientos, de forma que gradualmente la ética en la gestión permee a través de todos los actores intervinientes en el proceso de contratación. El papel principal del derecho internacional en la materia, quizá, sea el de ejercer una trascendental labor garantista, de guía, instigador e impulsor en materia de integridad para los Estados.

LA NUEVA LEY ESPAÑOLA 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y SUS PRINCIPALES OBJETIVOS Y CONEXIÓN CON EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

José Antonio MORENO MOLINA*

SUMARIO: I. *La finalidad principal de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de España es la incorporación de las directivas de la Unión Europea 23 y 24/2014.* II. *Decisiva influencia del completo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública.* III. *Otros objetivos de la Ley de Contratos 9/2017: transparencia uso estratégico y nuevo sistema de contratación pública.* IV. *La unificación de todo el régimen contractual del sector público.* V. *Obligatoriedad en la LCSP 2017 de la plena utilización de medios electrónicos en la contratación pública.* VI. *Bibliografía.*

I. LA FINALIDAD PRINCIPAL DE LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE ESPAÑA ES LA INCORPORACIÓN DE LAS DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA 23 Y 24/2014

Mediante la Ley 9/2017, del 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP 2017) se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

La transposición de esta normativa europea se produce de forma muy tardía, ya que el plazo de la transposición de las nuevas normas de contratación pública para los Estados miembros expiró el 18 de abril de 2016.

* Catedrático de derecho administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha y director de la revista Contratación Administrativa Práctica.

Desde esa fecha, las directivas 2014/23 resultaron de aplicación en España en virtud de la doctrina del efecto directo del Derecho de la Unión Europea.¹

Como desgraciadamente ha sido práctica habitual en los últimos años, el Estado español ha vuelto a incumplir el derecho comunitario de los contratos públicos. Y mayor está del Estado, que publicó la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas directivas comunitarias en materia de contratación pública; el documento de estudio de los tribunales administrativos de recursos en materia de contratación pública aprobado el 1 de marzo de 2016, con el título “Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público”; el Informe 17/2015, del 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre los “Efectos de las Directivas de contratación pública en la regulación de la Ley 3/2011, del 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, tras la conclusión del plazo de transposición. Posibilidades de desarrollo”, y el Informe 1/2016, del 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya “Contenidos de la Directiva 2014/24/UE, del 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que tienen que ser de aplicación directa a partir del 18 de abril de 2016, fecha en que finaliza el plazo para su transposición. Breve referencia a la aplicación directa de la Directiva 2014/23/UE, del 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión”.

Siendo la violación de las obligaciones en la materia por lo que se refiere a la todavía pendiente transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, sobre procedimientos de contratación en los denominados “sectores especiales”, esto es, agua, energía, transportes y servicios postales.²

Pero es que además la disposición final decimosexta de la nueva LCSP contempló una amplia *vacatio legis* de cuatro meses, por lo que la nueva Ley

¹ Véase la Resolución del 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio.

² El proyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales se encuentra en tramitación parlamentaria. El mismo fue presentado el 25 de noviembre de 2016, calificado el 29 de noviembre de 2016 y la Comisión competente para su tramitación es la de Hacienda y Función Pública (el BOCG del Congreso de los Diputados núm. A-3-1, de 2 de diciembre de 2016 publicó el proyecto de ley y las enmiendas al articulado se pueden consultar en el BOCG núm. A-3-2, del 13 de marzo de 2017).

entrará en vigor el 9 de marzo de 2018. Sólo se exceptuaron de esta previsión las normas sobre la nueva gobernanza que recogen los artículos 328 a 334 de la LCSP (con la regulación, entre otras novedades relevantes, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, del Comité de Cooperación en materia de contratación pública y de la Estrategia Nacional de Contratación Pública), que transponen las obligaciones del título IV de la Directiva 2014/24 y que entraron en vigor al día siguiente de la publicación de la ley en el *Boletín Oficial del Estado*.

II. DECISIVA INFLUENCIA DEL COMPLETO DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La exposición de motivos de la LCSP 2017 comienza reconociendo su dependencia respecto del derecho de la Unión Europea, que extiende más allá de la incorporación de las directivas 23 y 24 de 2014, al recordar que

La exigencia de la adaptación de nuestro derecho nacional a esta normativa ha dado lugar, en los últimos treinta años, a la mayor parte de las reformas que se han ido haciendo en los textos legales españoles.

En concreto, la última Ley de Contratos del Sector público encontró su justificación, entre otras razones, en la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento una nueva disposición comunitaria, como fue la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

En la actualidad, nos encontramos ante un panorama legislativo marcado por la denominada “Estrategia Europa 2020”, dentro de la cual, la contratación pública desempeña un papel clave...

El derecho de la Unión Europea ha tenido, desde la entrada de España en las comunidades europeas en 1986, una influencia decisiva en el desarrollo y evolución de la normativa nacional sobre contratos públicos,³ cuya regulación ha ido estando mayoritariamente integrada, en un proceso continuo de expansión, por disposiciones que transponían las directivas comunitarias sobre contratos públicos.⁴

³ Meilán Gil, J. L., “Un «meeting point» de los ordenamientos jurídicos sobre contratación pública”, *Revista de Administración Pública*, núm. 198, 2015, pp. 43 y ss.

⁴ Gimeno Feliú, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 39 y ss.

La adaptación de nuestro ordenamiento interno a las directivas y a la jurisprudencia comunitarias en materia de contratación pública constituyó la causa directa e inmediata de la aprobación de la norma que marcó un punto de inflexión en nuestro derecho de la contratación, esto es, la Ley 13/1995, del 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), que incorporó las directivas 92/50, 93/36 y 93/37/CEE sobre contratos de servicios, suministros y de obras. Lo mismo ocurrió con la norma que la sustituyó, la Ley 30/2007, del 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que respondió a la obligatoria incorporación al ordenamiento interno de la directiva 2004/18/CE.

La nueva Ley de contratos del sector público de 2017 transpone al ordenamiento jurídico español las directivas 2014/22 y 24, pero también lleva a cabo la incorporación de la trascendente jurisprudencia del TJUE que ha marcado desde hace años la ruta por la que se ha desarrollado este hoy completo *corpus iuris* europeo en la materia.

Lo reconoce el apartado I de la exposición de motivos de la LCSP de 2017 al señalar de forma expresa que la norma recoge “diversos aspectos ressaltados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública”.

En los primeros considerandos de la directiva 2014/24 también se insiste en la vinculación de la norma a la “reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la contratación pública”, así como la obligación establecida por el TJUE de respeto de los principios del TFUE, y, en particular, la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de éstos, tales como los de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia.

La aprobación de las nuevas directivas de la Unión Europea se enmarca en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador,⁵ y supone ya la cuarta generación de normas comunitarias en la materia.⁶ Junto a las citadas normas, hay que resaltar también la aprobación

⁵ Documento de la Comisión COM 2010, 2020. Puede verse Valcárcel Fernández, P., “The Relevance of Promoting Collaborative and Joint Cross Border Public Procurement for Buying Innovative Solutions”, *Ius Publicum*, Issue núm. 1, 2007, pp. 1-50, disponible en: <http://www.ius-publicum.com/pagina.php?lang=en&pag=fascicolo>.

⁶ Gimeno Feliú, J. M., “Novedades en la nueva normativa comunitaria sobre contratación pública”, *Revista de Estudios Locales*, núm. 161, 2013, pp. 15-44, y “Las nuevas directivas —cuarta generación— en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 159, 2013, pp. 39-106, y Moreno Molina, J. A., “La cuarta generación de directivas de la Unión Europea sobre con-

por las instituciones europeas de la directiva 2014/25, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, los transportes, la energía y las telecomunicaciones y la 2014/55/UE, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública.

Por primera vez se regulan en sede europea tanto las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos como las de ejecución y resolución de estos.⁷

El objetivo principal de los nuevos textos consiste, por una parte, en simplificar, modernizar y mejorar la eficiencia de las normas y los procedimientos contractuales en la Unión Europea,⁸ y, por otra, en impulsar un uso estratégico de la contratación pública y proponer que los compradores utilicen mejor la contratación pública, elemento clave de las economías nacionales de la Unión Europea,⁹ en apoyo de objetivos sociales comunes, como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación,¹⁰ el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles.¹¹

tratos públicos”, en AAVV (dir.) Gimeno Feliú, J. M. (coord.) Bernal Blay, M. A., *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 115-163.

⁷ Moreno Molina, J. A. *et al.*, Claves para la aplicación de la directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, Wolters Kluwer-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2016, pp. 197 y ss.

⁸ Valcárcel Fernández, P., “La Directiva de concesiones (directiva 2014/23/UE) y la gestión de Servicios de Interés General”, en el libro colectivo, *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos* (coords.) Parisio, V. *et al.*, Giappichelli, Turín, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 79 y ss.

⁹ Las autoridades públicas gastan cada año aproximadamente una quinta parte del PIB de la UE en la adquisición de obras, suministros y servicios (Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo núm. 17/2016, “Las instituciones de la UE pueden hacer más para facilitar el acceso a su contratación pública”, Luxemburgo, 2016 —informe presentado con arreglo al artículo 287, apartado 4, párrafo segundo, del TFUE—).

¹⁰ Valcárcel Fernández, P., “Impulso de la compra pública para la innovación (CPI) a través de las distintas modalidades de contratación conjunta: análisis de casos”, *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 349 y ss. “Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes: de la posibilidad a la obligación”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 1, 2011, pp. 16-24.

¹¹ Alonso García, C., “La consideración de la variable ambiental en la contratación pública en la nueva directiva europea 2014/24/UE”, *La Ley Unión Europea*, núm. 26, 2015, pp. 5 y ss., y Pernás García, J., “Contratación pública verde”, Madrid, *La Ley*, 2011, y “El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales”, en *Observatorio de políticas ambientales 2012*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 299-323.

III. OTROS OBJETIVOS DE LA LEY 9/2017: TRANSPARENCIA, USO ESTRATÉGICO Y NUEVO SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Más allá de la incorporación del nuevo derecho europeo, la LCSP 2017 pretende, en palabras de su exposición de motivos, “diseñar y ejecutar un nuevo sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, ya señalados, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación, como mediante una mejora de las condiciones de los operadores económicos, así como un mejor servicio para los usuarios de los servicios públicos”.

También la Memoria del análisis de impacto normativo del anteproyecto de ley de contratos del sector público elaborada por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas subraya que, además de la transposición del derecho europeo, el proyecto persigue elaborar “una nueva Ley de Contratos que pueda acometer las reformas del vigente TRLCSP y que, desde su publicación, se habían vuelto muy necesarias”.¹²

En este sentido, la nueva norma persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica, y “trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo y promoción de las PYMES, y todo ello, garantizando la eficiencia en el gasto público y respetando los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad”.

Aunque estos objetivos también provienen del nuevo derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública, que plantea una visión estratégica de los contratos,¹³ y propone superar el tradicional enfoque bu-

¹² El Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) PRO/CNMC/001/15, del 5 de febrero de 2015, “Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia”, estima que la existencia de prácticas irregulares desde el punto de vista de la competencia en la contratación pública puede originar desviaciones medias, al alza, del 25%10 del presupuesto de la contratación pública. En España, a nivel agregado, esto podría implicar hasta un 4,6% del PIB anual, aproximadamente 47.500 millones de euros/año (página 6 del informe citado).

¹³ Gimeno Feliú, J. M., “El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho «pretoriano». Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma”, en AAVV (dir.) Gimeno Feliú, J. M. (coord.) Bernal Blay, M. A., *Observatorio de Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 19.

rocrático en la materia,¹⁴ la vocación social y ambiental de la ley española supera el alcance jurídico obligatorio de las normas europeas, como se desprende del esencial artículo 1.3, LCSP, 2017.

Además de ello, la LCSP 2017 recoge importantes previsiones para impulsar la transparencia en la contratación pública, desarrollando un papel clave en este sentido la Plataforma de Contratación del Sector Público, regulada en el artículo 347, y el perfil de contratante y las obligaciones respecto al mismo que recoge el artículo 63 para garantizar el acceso público a la información y documentos relativos a la actividad contractual de los órganos de contratación.

IV. LA UNIFICACIÓN DE TODO EL RÉGIMEN CONTRACTUAL DEL SECTOR PÚBLICO

Una de las novedades de la LCSP de 2017 es su libro III, que se reserva a los contratos de poderes adjudicadores no administraciones públicas y otros entes del sector público, y comprende los preceptos que en el TRLCSP se encontraban principalmente en el título II (Preparación de otros contratos) del libro II y en el capítulo II (Adjudicación de otros contratos del sector público) del título I (Adjudicación de los contratos) del libro III.

Respecto de estos poderes adjudicadores, la principal aportación del anteproyecto de ley de contratos era la supresión de las instrucciones internas de contratación y su sujeción al régimen jurídico común de los contratos públicos; sin embargo, el proyecto de LCSP que finalmente el Gobierno presentó en las Cortes Generales recuperaba las instrucciones internas.¹⁵

Hay que recordar que la LCSP de 2007 estableció en su artículo 175 (artículo 191 del TRLCSP), que para la adjudicación de los contratos que no estén sujetos a regulación armonizada, los poderes adjudicadores no administraciones públicas y las restantes entidades del sector público podrían aprobar, como así hicieron generalizadamente, unas instrucciones internas de contratación. La Ley preveía únicamente que las instrucciones serán de

¹⁴ Gimeno Feliú, J. M., “Informe Especial. Sistema de control de la contratación pública en España”, *Observatorio de Contratación Pública*, 2015, pp. 3 y ss., disponible en: http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_INFORME_ESPECIAL_OBP-CRECURSO_ESPECIAL_Y_DOCTRINA_2015_0f8f25d8%232E%23pdf/chk.13f88f1fcc7d3864e48c973df4e880f7 (fecha de consulta: 3 de febrero de 2017).

¹⁵ La remisión del proyecto de nueva ley de contratos del sector público a las Cortes fue aprobada por el Consejo de Ministros del 25 de noviembre de 2016 y el Proyecto se publicó en el *BOCG*, del 2 de diciembre de 2016.

obligado cumplimiento en el ámbito interno de las entidades u organismos, y que en ellas se regularán los procedimientos de contratación de forma que el contrato sea adjudicado a quien presente la oferta económicamente más ventajosa y quede garantizada la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.

Las instrucciones internas de contratación afectaron a la misma línea de flotación de la legislación de contratos públicos y permitieron a todos estos entes públicos, de enorme relevancia en la actualidad en nuestra organización administrativa —tanto en el ámbito estatal y autonómico como en el local—, introducir especialidades procedimentales y reglas propias para su contratación, que dificultan el acceso general de los licitadores.¹⁶

Con las instrucciones, la libre concurrencia y la igualdad de acceso a las licitaciones se vieron muy afectadas, y todo ello pese a la vigencia de esos principios para la contratación de todos los entes instrumentales *ex* artículo 1o., LCSP.

Por ello, la supresión en el curso de la tramitación del proyecto de LCSP en el Congreso permitirá la imprescindible unificación del régimen jurídico de la contratación pública en el derecho español, como exige el ordenamiento jurídico europeo.¹⁷

El Informe 2/2018, del 17 de enero, de la Abogacía General del Estado, es contundente al señalar que

...es clara la voluntad del legislador de suprimir, con la LCSP, las Instrucciones Internas de contratación previstas en el artículo 191.b) del TRLCSP para la contratación no armonizada de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración Pública, tal y como se desprende del artículo 318.b de la LCSP y como, con toda rotundidad, declara el Preámbulo de dicha Ley (“En el Libro III se recoge la regulación de los contratos de poderes adjudicadores no Administración Pública, en donde la principal novedad es la supresión de las instrucciones de contratación...”. “En efecto, como se ha dicho antes, se suprimen para los contratos no sujetos a regulación armonizada las instrucciones en el caso de los poderes adjudicadores no Administraciones Públicas, debiendo adjudicar estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para dichas Administraciones...”).

¹⁶ Gimeno Feliú, J. M., advirtió ya a la entrada en vigor de la LCSP de 2007 del peligro de esta deslegalización procedimental (“El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista de Administración Pública*, 176, 2008, p. 49).

¹⁷ Gimeno Feliú, J. M., “Hacia una nueva Ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida?”, *REDA* 182, 2017, p. 197.

Con la LCSP 2017, las instrucciones internas de los poderes adjudicadores no administraciones públicas sólo podrán tener una función *ad intra* para regular los aspectos organizativos de la contratación.

En este sentido, hay que entender la alusión de la disposición transitoria quinta LCSP 2017 a las instrucciones internas de contratación:

Los entes a los que se refiere el Título Tercero deberán adaptar sus instrucciones internas de contratación a lo establecido en los artículos 318 y 321 en el plazo máximo de cuatro meses desde la entrada en vigor de la presente Ley. Hasta entonces, seguirán contratando de conformidad con sus instrucciones vigentes, siempre que no contradigan lo establecido en los citados artículos.

De los artículos 317 y 318 de la LCSP 2017 se desprende con claridad la voluntad del legislador de aproximar al máximo la contratación de los poderes adjudicadores no administraciones públicas al régimen de contratación propio de éstas, lo que se traduce en la aplicación de las reglas de la LCSP para los contratos de estas entidades no sujetos a regulación armonizada, por lo que deberán adjudicarlos por los mismos procedimientos establecidos para dichas administraciones públicas, lo que también incluye a los contratos menores.

Como concluye el citado Informe de la Abogacía del Estado, pese a que el artículo 318.a) LCSP 2017 no emplea el término “contratos menores”, y tampoco contiene una remisión expresa a los artículos 118 y 131.3, que son los que contienen la regulación general de dichos contratos menores, sin embargo,

se aprecia fundamento jurídico para concluir que la concreta mención del artículo 318.a) a los contratos de valor estimado inferior a 40.000, en el caso de contratos de obras, concesiones de obras y concesiones de servicios, y a 15.000 euros, en caso de contratos de servicios y de suministros (importes plenamente coincidentes con los previstos para los contratos menores en el artículo 118.1 de la LCSP), unida a la previsión de que los mismos “podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación objeto del contrato” (expresión idéntica a la empleada por el legislador en el artículo 131.3 de la LCSP para aludir a los contratos menores), no es una mera casualidad o coincidencia, sino una decisión deliberada del legislador; que está configurando un supuesto conceptualmente coincidente con los contratos menores.

V. OBLIGATORIEDAD EN LA LCSP 2017 DE LA PLENA UTILIZACIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Una de las grandes novedades de la LCSP 2017, sin embargo, poco destacada en la tramitación de la norma,¹⁸ son las obligaciones relacionadas con la implantación de la contratación electrónica que establece para las administraciones públicas y poderes adjudicadores.

La exposición de motivos de la nueva LCSP llama la atención sobre “la decidida apuesta que el nuevo texto legal realiza en favor de la contratación electrónica, estableciéndola como obligatoria en los términos señalados en él, desde su entrada en vigor, anticipándose, por tanto, a los plazos previstos a nivel comunitario”.

En efecto, ha decidido la LCSP 2017 adelantar alguno de los plazos que al respecto establecen las directivas de contratación pública, y que llegaban hasta el 18 de octubre de 2018.¹⁹ Ahora bien, también es preciso tener en cuenta que el Estado español había incumplido ya otros plazos fijados por las directivas de 2014 para diversas obligaciones relacionadas con la implantación de medios electrónicos, como eran los del 18 de abril de 2016 y el 18 de abril de 2017.

Como una de sus novedades más importantes frente a la regulación europea anterior (y la debilidad de la directiva 2004/18 en la implantación de medios electrónicos en la contratación pública), la directiva 2014/24/UE obliga a todos los Estados y Administraciones de la Unión Europea a utilizar estos medios electrónicos desde la entrada en vigor de esta, que se produjo el 18 de abril de 2016.

Dispone en este sentido el artículo 23.1 de la norma comunitaria que los Estados miembros garantizarán que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información se lleven a cabo utilizando medios de comunicación electrónicos, y, en particular, la presentación electrónica de ofertas y solicitudes.

De esta forma, cuando el artículo 90 de la directiva fija el plazo de adaptación de la legislación de los Estados miembros a las normas de la nueva directiva, establece un plazo máximo de 24 meses, que no obstante permite ampliar hasta los 54 meses para las comunicaciones electrónicas entre licitadores y poderes adjudicadores.

¹⁸ Una muestra al respecto son las escasas referencias a la contratación pública electrónica en el por otra parte tan extenso dictamen del Consejo de Estado núm. 1.116/2015, del 10 de marzo de 2016, sobre el anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público.

¹⁹ Pintos Santiago, J., “Génesis, regulación y calendario obligatorio de la contratación pública electrónica”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 137, 2015, pp. 20 y ss.

Ahora bien, el uso de medios electrónicos será obligatorio en el plazo general de 24 meses de entrada en vigor de la directiva en relación con lo establecido en los artículos 34 (referido a los sistemas dinámicos de adquisición), 35 (subastas electrónicas), 36 (catálogos electrónicos), 37.3 (comunicaciones electrónicas en los procedimientos de contratación dirigidos por una central de compras),²⁰ 51 (envíos de los anuncios a la Comisión) y 53 (disponibilidad electrónica de la documentación de la contratación).

El nuevo Comité de cooperación en materia de contratación pública, que crea el artículo 329 LCSP 2017 en el seno de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, será el encargado de coordinar el impulso de la contratación electrónica en el ámbito del sector público y de promover el cumplimiento de los mandatos y objetivos de las directivas comunitarias en la materia.

En este sentido, entre sus secciones, que se encargarán de la preparación de los asuntos para su toma en consideración por el Pleno, habrá una sección de contratación pública electrónica, encargada de ejecutar las competencias del Comité de Cooperación en esta materia y de la supervisión del funcionamiento de la Plataforma de Contratación del Sector Público.²¹

²⁰ No obstante, la aplicación del artículo 22.1 para centrales de compras con arreglo a lo dispuesto en el artículo 35.4 puede ser postergado por los Estados miembros hasta 36 meses después de la entrada en vigor de la directiva.

²¹ El apartado 5 del artículo 329 de la LCSP prevé que cada una de las secciones estará integrada por representantes de la administración general del Estado, de las comunidades y ciudades autónomas y, cuando proceda, de las organizaciones representativas de las Entidades Locales en los siguientes términos:

“a) Por parte de la Administración General del Estado, los vocales que formen parte del Pleno del Comité en representación de la Oficina de Regulación y Supervisión de la Contratación, de la Intervención General de la Administración del Estado y de la Abogacía General del Estado; y el titular del órgano de apoyo técnico de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado al que correspondan las materias referidas en el apartado 4 del artículo 328, en las Secciones que no presida; así como el Secretario de la indicada Junta Consultiva que ejercerá la secretaría de la Sección, que contará con voz y voto en la misma.

b) Por parte de las Comunidades Autónomas, tres representantes designados rotatoriamente por periodos de un año, en función del orden de creación de las mismas.

c) Además de los indicados en las letras a) y b) anteriores, el representante de la asociación o federación de Entidades Locales con mayor implantación, designado por la misma, que forme parte del Pleno, formará parte, a su vez, de las siguientes secciones: Sección relativa a la supervisión de la contratación pública, Sección relativa a la información cuantitativa y estadística y Sección de contratación pública electrónica.

d) En el caso de la Sección de contratación pública electrónica, además de los indicados en las letras a), b) y c) anteriores, se incorporarán como vocales un representante del Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital y un representante del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales.”

También la Estrategia Nacional de Contratación Pública²² tendrá entre sus objetivos generalizar el uso de la contratación electrónica en todas las fases del procedimiento (letra d) del apartado 2 del artículo 334 LCSP 2017).

El artículo 54 de la LCSP 2017 obliga a realizar por medios electrónicos las comunicaciones y el intercambio de documentación entre los órganos competentes para la resolución de los recursos, los órganos de contratación y los interesados en el procedimiento.

La presentación de proposiciones o la recepción de la documentación en formato electrónico necesaria para la presentación de estas en cualquier procedimiento no podrá suponer la exigencia de cantidad alguna a los licitadores, como establece el apartado 4 del artículo 136 LCSP 2017.

Los órganos de contratación ofrecerán acceso a los pliegos y demás documentación complementaria por medios electrónicos a través del perfil de contratante, acceso que será libre, directo, completo y gratuito, y que deberá poder efectuarse desde la fecha de la publicación del anuncio de licitación o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados.²³

De acuerdo con la disposición adicional 15 LCSP 2017, las notificaciones a las que se refiere la Ley se podrán realizar mediante dirección electrónica habilitada o mediante comparecencia electrónica.

Los plazos se contabilizarán a partir de la respectiva notificación, y en el supuesto de realizarse mediante comparecencia electrónica se computarán desde la fecha de envío de la misma o desde el aviso de notificación.

La Plataforma de Contratación del Sector Público permitirá la difusión a través de Internet de los perfiles de contratante de todos los órganos de contratación del sector público. El acceso de los interesados a la Plataforma de Contratación del Sector Público se efectuará a través de un portal único.

Los perfiles de contratante de los órganos de contratación de todas las entidades del sector público estatal deberán alojarse de manera obligatoria en la Plataforma de Contratación del Sector Público, gestionándose y difundándose exclusivamente a través de la misma. En las páginas web insti-

²² La Estrategia Nacional de Contratación Pública es el instrumento jurídico vinculante, aprobado por la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, que se basará, con un horizonte temporal de 4 años, en el análisis de actuaciones de contratación realizadas por todo el sector público incluyendo todos los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras comprendidas en el sector público estatal, autonómico o local, así como las de otros entes, organismos y entidades pertenecientes a los mismos que no tengan la naturaleza de poderes adjudicadores (apartado 1 del artículo 334 LCSP 2017).

²³ Excepcionalmente, y sólo en los casos previstos por el artículo 138.2 LCSP 2017, los órganos de contratación podrán dar acceso a los pliegos y demás documentación complementaria de la licitación, valiéndose de medios no electrónicos.

tucionales de estos órganos se incluirá un enlace a su perfil de contratante situado en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

La publicación de anuncios y otra información relativa a los contratos en los perfiles de contratante surtirá los efectos previstos en la LCSP cuando los mismos estén alojados en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares que se establezcan por las comunidades autónomas o las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla y de conformidad con lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 347 LCSP 2017.

Una importante previsión de la LCSP 2017 es que considera como causa de nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados por poderes adjudicadores la falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado “en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135” (letra c) del apartado 2 del artículo 39).

LA APLICABILIDAD DE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: EL CASO DE MÉXICO

Sylvia SÁMANO BERISTÁIN*

SUMARIO: I. *Nota introductoria.* II. *Definición de los métodos alternos de solución de controversias.* III. *Aplicabilidad de los métodos alternos de solución de controversias en materia de contratación pública.* IV. *Conclusiones.*

I. NOTA INTRODUCTORIA

En los últimos años, la regulación de los métodos alternativos de solución de controversias (MASC) (también conocidos como mecanismos alternos de solución de controversias) se ha robustecido conllevando a la certidumbre de la aplicación de los mismos. La aplicabilidad de los MASC en relaciones jurídicas entre particulares (principalmente comerciales) ha tenido aceptación a nivel internacional; no obstante, la aplicabilidad de estos métodos en actividades en las que interviene el Estado ha sido objeto de un análisis y regulación más estricto.

A fin de abordar el tema objeto del presente análisis, es menester referir tanto el contexto como las características de los MASC, y así posteriormente contar con el antecedente que permitirá percatarse de la aplicabilidad que los mismos tienen en materia de contratación pública.

II. DEFINICIÓN DE LOS MÉTODOS ALTERNOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El término MASC es utilizado para agrupar a todo procedimiento distinto a juicio mediante el cual se resuelve una controversia. “La expresión MASC

* Secretaria general del Centro Arbitraje México.

se refiere a la serie de mecanismos destinados a la resolución de conflictos, diferentes a los garantizados por el Poder Judicial o por el Poder Ejecutivo”.¹

Existen una variedad de MASC, cada uno con sus características para llevarse a cabo, pero en todos estos procesos hay dos elementos coincidentes: a) que la resolución del conflicto no es determinada por un órgano judicial o del Estado, y b) que la aplicabilidad de los mismos deriva del consentimiento de las partes.

Ello significa que en principio una controversia deberá ser resuelta mediante un proceso judicial, salvo que las partes involucradas manifiesten expresamente su consentimiento para resolver un conflicto a través de uno o más MASC. Es por ello que para la aplicabilidad de un MASC es trascendental contar con el consentimiento de las partes involucradas.

Tomando ello en consideración, se afirma que el resolver una controversia a través de un MASC no es obligatorio; pero esta situación cambia cuando se otorga el consentimiento, pues se opta por abandonar la vía judicial y elegir una vía distinta para obtener una resolución.

Partiendo de que en un MASC la resolución no la emite un representante del Estado, en la teoría se ha desarrollado una categorización de estos mecanismos tomando en consideración el sujeto que emite la resolución al conflicto.

Dichas categorizaciones son MASC autocompositivos y MASC heterocompositivos; en la categoría de autocompositivos se agrupan todos aquellos procedimientos en los que la resolución a la controversia deriva de la decisión de las partes, es decir, las partes determinan no sólo si habrá resolución al conflicto, sino aunado a ello determinan los términos de dicha resolución.

Otra característica de este tipo de MASC es que el hecho de que las partes inicien o agoten dichos procedimientos no forzosamente implica que se llegará a una resolución en el mismo, pues es posible que las partes involucradas en el conflicto no acuerden una resolución al conflicto.

Como ejemplos de los MASC autocompositivos se encuentra la negociación, la conciliación y la mediación. Es importante destacar que si bien en los últimos dos mecanismos mencionados es indispensable la participación de un tercero ajeno a las partes, el fin de la intervención del tercero ajeno es promover el diálogo entre las partes para que se acuerde una solución a la controversia, mas no imponer una resolución al conflicto.

Por otra parte, los MASC heterocompositivos son los mecanismos en los cuales necesariamente interviene un tercero, quien a su vez tiene la facultad

¹ Azar Manzur, Cecilia, “Métodos alternos de solución de controversias”, en Flores Rueda, Cecilia (ed.), *Diccionario enciclopédico de arbitraje comercial*, México, Themis, 2011, p. 198.

exclusiva de determinar la resolución para el conflicto. A diferencia de un MASC autocompositivo, en el que la participación de todas las partes involucradas es necesaria (de lo contrario no se podría llegar a un acuerdo), en los MASC heterocompositivos, una vez que se verifica que las partes brindaron su consentimiento para someterse a dicho procedimiento, aun cuando alguna de las partes opte por no participar en el procedimiento, el tercero emitirá una resolución para el conflicto en cuestión, que será obligatoria para las partes.

El arbitraje es el procedimiento de MASC heterocompositivo que ha tenido mayor auge; consiste en un procedimiento con etapas procesales similares a un proceso judicial, con la salvedad de que se nombra a un árbitro, quien no es parte de un órgano jurisdiccional, quien emitirá una resolución al conflicto, que será obligatoria para las partes.

Si bien en ambas categorías de MASC el consentimiento de las partes es de existencia indispensable, en los autocompositivos, son las partes quienes asumen la responsabilidad de emitir una resolución para su conflicto; por otra parte, en los heterocompositivos las partes elijen delegar a un tercero la facultad de emitir la resolución al conflicto.

1. *Características de los MASC*

Partiendo de que hay distintos tipos o modalidades de MASC, por regla general este tipo de mecanismos comparten características que los convierten en procedimientos idóneos para la resolución de cierto tipo de controversias. Como proceso, los MASC se caracterizan por ser procedimientos eficientes en cuanto a dos aspectos importantes: i) tiempo y ii) dinero. Estos dos aspectos guardan relevancia para las partes involucradas en una controversia, y es por ello que en los MASC se propicia que la resolución se dicte en el menor tiempo posible y de igual manera implicando una menor erogación para las partes.

Es posible lograr estos objetivos derivado de las propias características de los MASC, toda vez que son las partes quienes impulsan el procedimiento, y en el caso de que se contemple la participación de un tercero imparcial (como un mediador o un árbitro), su labor se enfoca en dar una atención cercana y pronta al asunto, de manera que el procedimiento se agote en el menor tiempo posible.

Al respecto, es importante destacar que una de las grandes ventajas de los MASC es que son procedimientos flexibles que se rigen por las reglas procesales que las propias partes pactan; aunado a ello, en los MASC se

hace uso de medios de comunicación tales como correo electrónico, para agilizar el intercambio de comunicaciones, y así permitir que las partes involucradas en la controversia participen en el procedimiento de manera más sencilla, accesible y económica.

Aunado a ello, en los MASC se hace uso de otras herramientas tecnológicas, como las videoconferencias, toda vez que ello permite que se puedan llevar a cabo mediaciones o audiencias arbitrales sin que las partes tengan que estar físicamente en el mismo lugar. Si bien hay quienes tienen sus reservas respecto a la idoneidad de optar por estos medios para llevar a cabo un MASC, la realidad es que en la práctica resulta una opción atractiva y eficiente en costos y tiempo.

Otro aspecto de gran valía en los MASC es la confidencialidad por la que éstos se rigen; en la mayoría de los procesos de MASC, ya sea por acuerdo entre las partes o bien por disposición del marco normativo aplicable, todas las partes involucradas tienen la obligación de salvaguardar la confidencialidad de los procedimientos.

2. *Regulación de los MASC*

La aplicabilidad de los MASC tiene su sustento en el reconocimiento y regulación en el marco normativo de cada país. Si bien derivado de la iniciativa de la comunidad internacional se ha creado un parámetro normativo con la finalidad de homogeneizar la aplicabilidad y efectos jurídicos de los MASC,² no obstante, lo que acontece es que cada país regula los MASC de manera propia fijando las características, limitantes, consecuencias y aplicabilidad de los mismos.

En el caso particular de México, el reconocimiento a la validez y aplicabilidad de estos mecanismos se contempló desde 2008 en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente en el artículo 17, actualmente en el párrafo quinto, con el siguiente texto: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”.

Partiendo del texto de la Constitución, se destaca lo siguiente: i) se reconoce la posibilidad de que se apliquen los MASC, no obstante, se determina que los mismos se regularán en cada ley individualmente, y ii) lo anterior

² Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional.

conlleva a una falta de uniformidad en la regulación de los MASC en el sistema jurídico nacional.

Es menester hacer hincapié en la importancia que tiene el reconocimiento de los MASC a nivel constitucional; sin duda, ello ha sido un parteaguas en la aplicabilidad de estos, pero sobre todo ha sido un pilar fundamental en la confianza que genera el contar con el respaldo de reconocimiento constitucional a quienes optan resolver sus controversias a través de estos mecanismos.

Al respecto, cabe destacar que previo a la reforma constitucional, ya había leyes que preveían la posibilidad de dirimir controversias a través de arbitraje, tales como la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos y Organismos Subsidiarios y la Ley de Servicio Público de Energía Eléctrica, ambas de 1993.³ Partiendo de que en el texto constitucional existe referencia expresa a los MASC, actualmente éstos son expresamente reconocidos en distintas leyes a nivel estatal y federal como opciones alternas a la vía judicial para resolver controversias; lo importante a destacar en este tema es que en cada ley se fijan las características y el proceso que los mecanismos pueden tener bajo esa normatividad, y un aspecto importantísimo es que en cada ley se determina qué aspectos pueden o no ser objeto de resolverse a través de un MASC, especialmente en materia de arbitraje es de suma importancia tener presente que no toda controversia se puede resolverse a través de dicho mecanismo, toda vez que puede haber disposición expresa en la ley que determine que ciertos actos jurídicos no pueden ser dirimidos mediante arbitraje aun cuando las partes hayan dado su consentimiento para ello.

3. Arbitrabilidad

“La arbitrabilidad se refiere a las controversias que pueden ser sometidas al arbitraje. Prácticamente todos los conflictos pueden ser resueltos mediante arbitraje, sin embargo, cada Estado a través de su legislación establece las materias o los conflictos que nos son susceptibles de arbitraje, para lo que toma en consideración su política social y económica”.⁴

Tomando en consideración lo anterior, es importante tomar en cuenta que la posibilidad de someter una controversia a arbitraje está supeditada

³ El artículo 14 de la Ley Orgánica de Pemex de 1993 refería: “Tratándose de actos jurídicos de carácter internacional, Petróleos Mexicanos o sus Organismos Subsidiarios podrán... celebrar acuerdos arbitrales cuando así convenga al mejor cumplimiento de su objeto”.

⁴ Flores Rueda, Cecilia, “Arbitrabilidad”, en Flores Rueda, Cecilia (ed.), *Diccionario enciclopédico de arbitraje comercial*, México, Themis, 2011, p. 15.

a que no haya prohibición o limitación expresa en la ley aplicable a la controversia.

Toda vez que la arbitrabilidad es un elemento que puede ser modificado a través de reformas a la propia ley, es decir, es un elemento modificable, y sus modificaciones atienden a los intereses del Estado que emite la legislación.

Consecuentemente, la arbitrabilidad es un elemento que se regula en lo particular por cada Estado; la posibilidad de que la controversia derivada de un acto jurídico pueda ser resuelta mediante arbitraje, es decir, su arbitrabilidad cambia entre países, y en un mismo país cambia derivado de reformas legislativas.

Referente a este tema, Francisco González de Cossío describe la arbitrabilidad objetiva como “*ratione materiae* es una norma protectora de algún interés general o público”.⁵ El arbitralista mexicano refiere que en el caso de México, para que una materia sea arbitrable es el resultado de satisfacer cuatro criterios: i) que no sea un área expresamente excluida; ii) que no verse sobre derechos que son de libre disposición; iii) que no afecten el interés público, y iv) que no involucre derechos de tercero.⁶

El tema de la arbitrabilidad tiene una importancia trascendental en la práctica de arbitraje, y sobre todo en la materia de contratación pública, que es el objeto de análisis del presente documento.

III. APLICABILIDAD DE LOS MASC EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. *Previsión de los MASC en contratación pública*

Si bien el arbitraje y otros tipos de MASC ya habían sido contemplados en leyes previo a la inclusión en el texto constitucional, en ocasiones la redacción de la ley generaba dudas o cuestionamientos respecto a la posibilidad de que las controversias en materia de contratación pública pudieran resolverse mediante algún MASC.

Esta situación resultaba conflictiva, toda vez que para el tipo de controversias en materia de contratación pública, dada su complejidad y especificidad, el optar por un MASC era una vía idónea para el conflicto, pero la incertidumbre derivada de la regulación en la ley conllevaba a la falta de confianza en el mecanismo.

⁵ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, 4a. ed., México, Porrúa, 2014, p. 245.

⁶ *Ibidem*, p. 249.

Dicha situación fue eliminada mediante la reforma de 2009 a la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionadas con las Mismas (“Ley de Obra Pública”), en la cual en el capítulo tercero, del título séptimo de la ley, prevé expresamente que las controversias derivadas de la aplicación de esa ley podrán ser dirimidas mediante arbitraje u otros mecanismos de solución de controversias. Es decir, del texto de la ley se interpreta que todo tipo de MASC (autocompositivo o heterocompositivo) pueden ser elegidos por las partes contratantes para resolver los conflictos que deriven de esa relación contractual.

Es importante destacar que los MASC derivan del contrato de obra pública; consecuentemente, las etapas previas a la firma del contrato en el procedimiento de contratación pública no pueden ser resueltas a través de un MASC.

2. Arbitraje en materia de contratación pública

En el texto de la Ley de Obra Pública hay referencia expresa al arbitraje en varios artículos de la misma.⁷

Para efectos de este análisis, se hace hincapié en el artículo 98 de la Ley de Obra Pública, en el que se refiere lo siguiente:

Artículo 98. Se podrá convenir compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los contratos o por cuestiones derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.

No será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta Ley.

Este artículo refiere expresamente a la facultad que se les otorga a los contratantes de pactar mediante cláusula expresa su decisión de someter las controversias que deriven del contrato a ser resueltas mediante arbitraje; ello deja fuera de cuestionamientos la arbitrabilidad de los contratos que se rigen bajo la Ley de Obra Pública.

No obstante, es trascendental referir al último párrafo de dicho artículo, pues contiene una mención expresa a la no arbitrabilidad tanto de la rescisión

⁷ Artículo 99. El arbitraje podrá preverse en cláusula expresa en el contrato o por convenio escrito posterior a su celebración. En las políticas, bases y lineamientos deberá establecerse el área o servidor público responsable para determinar la conveniencia de incluir dicha cláusula o firmar el convenio correspondiente.

sión administrativa como de la terminación anticipada de los contratos que deriven de esta ley.

Al efecto, se entiende a la rescisión administrativa como “el acto por medio del cual una de las partes disuelve la relación jurídica surgida de un contrato por circunstancias que injustamente le lesionan”. El ordinal 61 de la Ley nos menciona que las dependencias y entidades de la administración pública rescindirán solamente en caso de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Es preciso acudir al Reglamento de la Ley en cita para conocer los supuestos en los cuales tiene cabida la rescisión administrativa de los contratos; en el cardinal 157 del mencionado Reglamento se enumeran las causales en las que puede incurrir el contratista, así como también se apertura el espectro para consignar otras causas de rescisión en el clausulado del mismo contrato.

Sobre el derecho que le asiste al contratista de rescindir del contrato, poco se ha dicho; lo único derivado de la lectura del artículo 61 de la Ley es el hecho de que deberá acudir ante la autoridad judicial federal y obtener la declaración correspondiente. Es sumamente criticable el hecho de la inequidad que existe para con las entidades y dependencias de la administración pública, en el sentido de ser claramente visible la existencia de causales de rescisión administrativa consignadas en el Reglamento más las estipuladas en las cláusulas de los contratos, que podrían ser tan variadas que sin duda dejan en una no muy grata situación de desventaja al contratista.

Ahora bien, en el caso de la terminación anticipada de los contratos, debemos acudir al ordinal 60 de la Ley en su segundo párrafo, en el que señala los motivos por los cuales pudiera presentarse esta posibilidad. Sin ahondar tanto en el tema, por la estrechura del presente, podemos aducir que la primera causal en el rubro refiere al interés general, lo cual es un concepto jurídico indeterminado que se encuentra abierto a múltiples interpretaciones; por impedimentos en la continuación de los trabajos que cause un perjuicio grave al Estado; por determinación judicial, o por resolverse la instancia de inconformidad, también por intervención de oficio de la Secretaría de la Función Pública, y por la indeterminación en la temporalidad para la conclusión de los trabajos.

Ello implica que en materia de obra pública existe una arbitrabilidad limitada o restringida, pues toda controversia que se rija por esta ley es susceptible de dirimirse mediante arbitraje, con la salvedad de la rescisión administrativa y la terminación anticipada, aun cuando en un contrato de obra pública se constate la existencia de una cláusula de arbitraje.

Artículo 100. El pago de los servicios a la persona que funja como árbitro no será materia de la presente Ley.

Los costos y honorarios del arbitraje correrán por cuenta de las partes contratantes, salvo determinación en contrario en el laudo arbitral.

Artículo 101. El procedimiento arbitral culminará con el laudo arbitral, y podrá considerarse para efectos de solventar observaciones formuladas por quienes tengan facultades para efectuarlas, sobre las materias objeto de dicho laudo.

Ello no podrá resolverse mediante un arbitraje, pues por disposición expresa de ley no son arbitrables. Sería una mejor opción someter estos aspectos al mecanismo de arbitraje para ahorrar principalmente recursos económicos y tiempo a las partes.

Al respecto, es importante referir el comentario que el doctor Herfried Wöss ha expresado al respecto “...bajo las leyes de obra y adquisiciones no es claro si la no-arbitrabilidad está limitada a cuestiones de validez del acto de autoridad o si también incluye cualquier efecto contractual de dicho acto, sino su conformidad o inconformidad con el contrato y los daños que pudieran surgir”.⁸

Esta situación conlleva a que si una controversia tiene varias aristas, dentro de las cuales una de ellas es la rescisión administrativa o la terminación anticipada; en caso de que haya una cláusula arbitral, las controversias podrían dirimirse en distintos foros, pues la parte interesada deberá acudir al arbitraje para dirimir todas aquellas controversias que no sean las excluidas expresamente por la ley, y a su vez deberá acudir a la vía judicial administrativa para que se dicte una resolución respecto de la validez de la rescisión administrativa o terminación anticipada del contrato.

La arbitrabilidad o la limitación a la misma materia de contratación pública es una situación que implica consecuencias importantes dadas las características de las controversias que pueden derivar de este tipo de contratos, y, sobre todo las empresas involucradas en dichos contratos. Puede generarse pérdida de recursos económicos significativos al Estado, y con ello afectar a la población que necesita de obras y servicios públicos, pero también a los empresarios que se dedican a dichas actividades.

⁸ Herfried Wöss, *Solución de controversias al amparo de la nueva Ley Mexicana de Asociación Público-Privadas*, p. 5, disponible en: http://www.cca.org.mx/ps/funcionarios/muniapp/descargas/Documentos_de_apoyo/otros/Woss,Herfried_SolucionControversias-LeyAPPMexico_02-Jul-12.pdf.

3. *Otros métodos alternativos en materia de contratación pública*

La Ley de Obra Pública también contiene referencia expresa a la posibilidad que tienen los partes contratantes de pactar que las controversias que deriven del contrato sean dirimidas a través de mecanismo de solución de controversias. Ello está contemplado de la siguiente manera:

Artículo 102. Las partes podrán convenir otros mecanismos de solución de controversias para resolver sus discrepancias sobre la interpretación o ejecución de los contratos siempre que su procedimiento esté reconocido en las disposiciones generales que al efecto emita la Secretaría de la Función Pública.

Respecto a esta disposición, es importante destacar el hecho de que la posibilidad de referir una controversia a algún MASC se encuentra sujeta a dos condiciones: 1) que sea una controversia referente a la interpretación o ejecución del contrato, y 2) que el procedimiento elegido como MASC aplicable deberá contar con la aprobación o reconocimiento del Estado.

Ello implica una situación similar a lo que acontece con la figura del arbitraje, toda vez que la posibilidad de referir a un mecanismo alterno a juicio se encuentra condicionada o limitada a través de la intervención del Estado como supervisor del proceso. Esto tiene una razón de ser lógica, toda vez que en este tipo de contratos una de las partes contratantes será el Estado y, por ende, se tiene especial precaución en proteger como fin último el interés general.

Esta disposición jurídica se torna loable que de manera tímida aperturiza someter a otros medios alternativos de solución aspectos tales como la rescisión administrativa y la terminación anticipada de los contratos. Aunque siempre deberá observarse lo expresado por la Secretaría de la Función Pública, que esperemos sea en un sentido favorecedor a la arbitrabilidad de los contratos públicos.

IV. CONCLUSIONES

La contratación pública tiene un rol muy importante en los programas de política pública de un país; es por ello por lo que las controversias que derivan de los mismos deben ser resueltas de la manera más eficiente y equitativa para las partes, y en consecuencia, que la aplicabilidad de los MASC en estos procesos tiene relevancia, toda vez que a través de estos mecanismos es

posible no sólo contar con una resolución en un menor plazo, sino también contar con un mecanismo que permita a las partes pactar las reglas procesales que aplicarán a su procedimiento.

La aplicabilidad de los MASC en contratación pública guarda especial relevancia en casos en los que se encuentran involucradas empresas internacionales, toda vez que estos mecanismos son acordes con la práctica y la normatividad internacionales que conllevan una mayor confianza en el procedimiento.

Sin lugar a duda, la referencia y uso de los MASC continuará desarrollándose en el corto plazo; en el caso de México se cuenta con un marco normativo sólido que lo respalda.

CORRUPCIÓN Y DERECHOS HUMANOS

Christopher Arpauro PASTRANA CORTÉS*

SUMARIO: I. *Idea de corrupción*. II. *Antecedentes*. III. *El nuevo Sistema Nacional Anticorrupción*. IV. *Derecho a la buena administración pública*.

I. IDEA DE CORRUPCIÓN

Hablar de corrupción hoy, en una sociedad como la nuestra, es prácticamente un tópico, un “lugar común” al que todos, en algún momento, hemos recurrido sin siquiera proponérselo ¿Por qué? Sin atrevernos a afirmar que se trate de una cuestión cultural,¹ me parece que su existencia sí estriba en un fenómeno social, que permea en prácticamente, si no es que en todas, las capas de aquel tejido.² Me parece que la corrupción no debería aceptar una clasificación entre leve y grave o graves y no graves, por principio de cuentas porque la corrupción es una cuestión de todo o nada: o se es corrupto o no. Buenamente alguien podría sostener que es incorruptible en todos los aspectos de su vida. Más adelante reconocería, quizá, que en alguna ocasión (u ocasiones) superó (evitó) infracciones de tránsito con una inocente “mordida”, pero, con notable sagacidad afirmaría que eso no es corrupción, y apresuradamente sentenciaría que corruptos son los políticos que desvían recursos. Bueno, ese simple hecho de evasión de la multa sería suficiente para tildar a esa persona de corrupta. No hacerlo significaría tanto como afirmar que una persona que roba diez pesos no comete delito de robo, y el que roba

* Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM y director de Asuntos Jurídicos de la CDHDF.

¹ Sobre este tema, ver la reciente opinión de Peralta Ramos Adriana, “¿Nacimos corruptos o aprendimos a serlo?”, *Foro Jurídico*, núm. 180, México, 2018.

² Entendemos por popular, *strictu sensu*, lo relativo al pueblo, sin que sea nuestra pretensión establecer distinción alguna por razón de posición económica o social ni de ninguna otra naturaleza.

mil pesos sí lo hace. No son los montos ni la apariencia de las conductas las condiciones que definen su naturaleza. Las conductas se definen a sí mismas, y punto. La razón para que ejemplos como el que ficticiamente se narra se reproduzcan en el imaginario colectivo obedece a que el ciudadano común asume —con relativo acierto— que su conducta es menos importante que la de un político. *Craso error*. La imperceptible, pero trascendental existencia de ese “menor” acto de corrupción puede no representar demasiado desde la óptica individual del ciudadano, pero su impacto se transforma sensiblemente si multiplicamos cada pequeño acto de corrupción por el número de mexicanos que a diario lo cometen. De ese modo, la corrupción se transforma, de un evento o serie de eventos aislados a un fenómeno complejo, principalmente por su generalización, por la complejidad que reviste aprehender su concepto y detectar y combatir sus causas. No obstante, podemos reconocer que algunos de sus orígenes se encuentran en el deficiente diseño normativo y su inadecuada aplicación; ello algunas veces resultado de la falta de capacitación del servicio público, la carente autonomía de las instituciones anticorrupción y su insolvencia para alcanzar auténticos procesos de transparencia y rendición de cuentas proactivos para con la ciudadanía, sumando a las anteriores el desinterés de los gobernados por tener conocimiento de ellas y participar activamente en su combate.

II. ANTECEDENTES

Es de vital importancia atender este fenómeno, porque sus efectos son de gran impacto, principalmente para el sector económico; pero ello tiene repercusiones no sólo para la iniciativa privada, sino para las finanzas públicas, lo que se traduce en una merma sensible en las condiciones de vida para la sociedad (empleo, salarios, costos de bienes y servicios y otros satisfactores), que además genera un reflejo que afecta la percepción de los mercados internacionales, que, en contextos de inseguridad jurídica o económica o ambas, optan por no invertir sus capitales en nuestro país. Es por ello que en el plano convencional, México es signatario de diversos instrumentos internacionales en esta materia:

1. Convención Interamericana contra la Corrupción de la Organización de los Estados Americanos (OEA), primer instrumento jurídico internacional en materia de combate a la corrupción y el segundo tratado interamericano más ratificado (México en 1997). Tiene como propósito promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos ne-

cesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción de cada Estado parte.³

Además, somos parte del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), que funciona como instrumento de carácter intergubernamental para apoyar a los Estados parte en la implementación de las disposiciones de la Convención; otro de sus propósitos es dar seguimiento a los compromisos asumidos, analizar su forma de ejecución y propiciar la celebración de actividades de cooperación, el intercambio de información y buenas prácticas de mejora continua, así como la armonización de las legislaciones de los Estados parte. El Mecanismo es imparcial y objetivo en su operación y sus conclusiones. Centralmente busca fortalecer la cooperación entre y con los Estados parte, de tal forma que no los sanciona, no los califica ni los clasifica.

2. Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), orientada a tipificar el delito de cohecho de servidores públicos extranjeros, así como las figuras de complicidad, incitación, ayuda, instigación o autorización para llevar a cabo un acto de cohecho de un servidor público extranjero. Sanciona, también, la tentativa y confabulación, de la misma manera que se penaliza a un servidor público local. En cumplimiento a este compromiso convencional, nuestro Código Penal Federal regula esta conducta desde 1999 en su título décimo, “Delitos por hechos de corrupción”, específicamente en el artículo 222 bis.⁴

Esta Convención dispuso, asimismo, el establecimiento de un Grupo de Trabajo sobre Cohecho en Transacciones Comerciales Internacionales (GTC), encargado de asegurar que los Estados parte cumplan con ella, esto mediante un proceso de monitoreo, que consta de una evaluación realizada por los mismos Estados, y que el GTC se encarga de supervisar, permitiendo así el intercambio de información.

³ Artículo II, Convención Interamericana contra la Corrupción, Organización de los Estados Americanos, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp.

⁴ La Convención fue suscrita por México el 17 de diciembre de 1987, y entró en vigor el 26 de julio de 1999; sin embargo, el Estado mexicano cumplió anticipadamente con el compromiso internacional al publicar la reforma respectiva en el *DOF* el 17 de mayo de 1999.

3. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que define a la corrupción como “una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad”⁵ y cuya finalidad es promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir, eficaz y eficientemente la corrupción. También cabe destacar la promoción de la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

Igual que las convenciones antes mencionadas, ésta cuenta con un instrumento auxiliar para su cumplimiento: el Mecanismo de examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, compuesto de procedimientos y procesos realizados por pares para llevar a cabo un examen de la implementación de la CNUCC en los países; es decir, un modelo a partir del cual los Estados parte se examinan entre sí de conformidad con el documento base del mecanismo.⁶ Para garantizar certeza y objetividades examen, el Estado parte examinador será supervisado por un órgano denominado Grupo de Examen de la Aplicación.

Además, México forma parte de *Transparency International*,⁷ organización internacional no gubernamental, no partidista y sin fines de lucro, dedicada a combatir la corrupción a nivel nacional e internacional.⁸ Se integra por más de cien capítulos nacionales, que son organizaciones autónomas de los países que la integran, y a través de ellos la organización lucha contra la corrupción, opera con propios recursos y fortalece sus funciones con los instrumentos mencionados con anterioridad.

Esta organización es mundialmente reconocida, particularmente, por ser la generadora de dos instrumentos de análisis fundamentales a nivel in-

⁵ Prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2003), Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, disponible en: https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf.

⁶ La realización del examen implica una participación del Estado parte examinado; mediante sorteo se seleccionan a los Estados parte examinadores, comprende una etapa de autoevaluación, análisis de las respuestas, medidas adoptadas para aplicar la Convención y en los logros y problemas relativos a dicha aplicación. Se trata de un diálogo constructivo entre expertos gubernamentales en el que el Estado parte examinado debe facilitar y aportar información de importancia para la aplicación de la Convención. El examen concluye con un informe sobre el estado del país y un resumen del informe que incluirá los logros, las buenas prácticas que presenta el examinado, los problemas que enfrenta y se formulan observaciones para la aplicación de la Convención.

⁷ Fundada en 1993, mientras que el capítulo *Transparencia Mexicana* se fundó en 1999.

⁸ *Transparencia Mexicana*, disponible en: <https://www.tm.org.mx/transparencia-internacional/>.

ternacional: el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC),⁹ y el Índice de Fuentes de Soborno, útiles para monitorear el cumplimiento de las diversas convenciones internacionales. El IPC se mide en una escala de cero a cien, en donde cero es la calificación más baja y cien es la mejor evaluación en materia de corrupción. En 2017, México fue calificado con 29, y en 2016, con 30, lo que indica una caída, ubicándose en la posición 135 respecto del total de países evaluados (180). En tal contexto, Transparencia Internacional formuló a México las siguientes recomendaciones:

- 1) Asegurar la correcta implementación del Sistema Anticorrupción en todo el territorio nacional.
- 2) Incorporar a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) y al Servicio de Administración Tributaria (SAT) en el SNA, para fortalecer las investigaciones de lavado de dinero y las llamadas “empresas fantasmas”.
- 3) Crear una Fiscalía General de la República capaz, autónoma e independiente para asegurar que la política anticorrupción del país no dependa ni de la política ni de intereses privados.
- 4) Avanzar hacia sistemas de información interoperable y automatizada de todas las instituciones públicas, incluyendo la máxima publicidad y formatos abiertos respecto del financiamiento a partidos políticos y sus proveedores.¹⁰

El capítulo Transparencia Mexicana, integrado a Transparency International, realiza un estudio similar al IPC, pero a nivel nacional, el Índice Nacional de Corrupción y Buen Gobierno,¹¹ cuya última actualización fue en 2010, donde se identificaron doscientos millones de actos de corrupción en el uso de servicios públicos provistos por autoridades federales, estatales, municipales, así como concesiones y servicios administrados por particulares. Los estados con mayor número de actos de corrupción fueron el Distrito Federal (ahora Ciudad de México), Estado de México, Guerrero, Oaxaca e

⁹ Es importante destacar que, en tratándose de esta clase de estudios, como su nombre lo indica, lo que se le pregunta a los sujetos encuestados es su percepción respecto de la presencia de corrupción en general y/o en instituciones públicas específicas, sin que el resultado de la misma sea objetivo como sí ocurre, por ejemplo con estadísticas o índice de sanciones, que pueden aportar instituciones como la Auditoría Superior de la Federación o la Secretaría de la Función Pública respecto del número de procedimientos de investigación, número de servidores públicos sancionados y naturaleza de la sanción impuesta.

¹⁰ Índice de Percepción de la Corrupción, *Transparency International*, disponible en: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017.

¹¹ Índice Nacional de Corrupción y Buen Gobierno, Transparencia Mexicana, disponible en: <https://www.tm.org.mx/indice-nacional-de-corrupcion-y-buen-gobierno-incbg/>.

Hidalgo, mientras que Baja California Sur, Durango, Nayarit, Aguascalientes y Yucatán registraron un decremento.

Transparencia Internacional define a la corrupción como el abuso del poder encomendado para el beneficio propio; es decir, que si bien es cierto la corrupción puede permear también en el ámbito privado, ésta no es jurídicamente relevante ni sancionable en tanto permanezca limitada a ese espacio; al contrario, los actos de corrupción que trasciendan a la esfera pública son, por ese solo hecho, y con independencia de su gravedad, reprochables y punibles. De acuerdo con información de Transparencia Mexicana, desde 2009 el país ha sufrido un gran incremento en materia de corrupción derivado de la crisis mundial financiera de 2008, en comparación con ese año el aumento ha sido de un 40%.

También se cuenta con una encuesta realizada por el INEGI, la Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental, que mide la satisfacción de la población con relación a diversos aspectos, entre ellos la percepción y experiencias de corrupción al realizar trámites ante servidores públicos.

Si bien es cierto que los principales estudios para medir la incidencia de la corrupción están orientados al servicio público, ello no significa que la corrupción sea de exclusiva comisión por parte de servidores públicos. Infortunadamente ocurren cada vez con mayor frecuencia actos de corrupción en los que participan los particulares. A este respecto, el Barómetro Global de Corrupción, otro informe de *Transparency International*, que se realiza con el objetivo de medir la percepción de la corrupción por los ciudadanos y se integra por los barómetros nacionales, en 2017 el que se refirió al caso mexicano fue el Barómetro de Corrupción para América Latina y el Caribe. En él se reporta que 62% de la población encuestada consideró que la corrupción había aumentado, y, sin embargo, 29% reconoció haber propiciado la corrupción mediante sobornos hacia el servicio público. Además, de acuerdo con Transparencia Internacional, en nuestro país el porcentaje de particulares que dice haber sobornado a un servidor público asciende al 51%. En lo tocante a la confianza que se tiene en los servidores públicos, 47% de las personas encuestadas concuerda en que son corruptos. Del informe se derivaron las siguientes recomendaciones para los diferentes capítulos nacionales incluidos:

1. Fortalecer las instituciones involucradas en la detección, investigación, y penalización de crímenes relacionados con la corrupción.
2. Eliminación del fuero político para casos relacionados con corrupción.

3. Fortalecer la capacidad de investigación de la policía, reforzar medidas de disciplina interna, y establecer mecanismos permanentes de rendición de cuentas para la policía.
4. Crear canales efectivos de denuncia que protejan al denunciante de retribuciones.¹²

A pesar de los datos obtenidos sobre los particulares involucrados en hechos de corrupción, ninguna de las recomendaciones estuvo específicamente orientada a atender esa incidencia.

III. EL NUEVO SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

Bajo este orden de ideas, los instrumentos convencionales citados, de la mano de la reforma constitucional del 27 de mayo de 2015¹³ en materia de combate a la corrupción, son el basamento necesario para la implementación del Sistema Nacional Anticorrupción (SNA), como mecanismo coordinador de diversas instituciones para el combate a la corrupción. Sin embargo, el SNA no limita su participación a una mera actividad coordinadora, sino que también es generadora de política pública en diversos sentidos, como la prevención; el intercambio de información y de buenas prácticas intergubernamentales e internacionales; sensibilización y capacitación para servidores públicos y particulares respecto de los códigos de conducta que indefectiblemente deben observar en el desempeño de sus encargos públicos, y, en el caso de los particulares, la trascendencia negativa de su colaboración en hechos corruptos, y, desde luego, también su aportación como política pública a la actividad legislativa tendiente a la prevención, investigación y sanción de las personas físicas o morales que participen en hechos de corrupción.

En cumplimiento al segundo transitorio¹⁴ de la reforma referida, el 18 de julio de 2016 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se expidió la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, la Ley General de Responsabilidades Administrativas y la Ley Orgánica del

¹³ Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de combate a la corrupción, *Diario Oficial de la Federación*, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5394003&fecha=27/05/2015.

¹⁴ Otorgaba el plazo de un año al Congreso de la Unión para aprobar las leyes generales a que se refieren las fracciones XXIV y XXIX-V, así como las reformas a la legislación establecida en las fracciones XXIV y XXIX-H.

Tribunal Federal de Justicia Administrativa.¹⁵ Asimismo, se publicaron los decretos por los que se reformaron, adicionaron o derogaron diversas disposiciones del Código Penal Federal, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República,¹⁶ que establecen las bases para el correcto funcionamiento del Sistema y los requerimientos para el trabajo en conjunto de las instituciones afines.

Consecuentemente, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7o. de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción,¹⁷ su estructura quedó conformada de la siguiente manera:

1. Comité Coordinador, que tiene la función de organizar a los integrantes del SNA, así como diseñar, promover y evaluar las políticas públicas de combate a la corrupción. Sus integrantes serán los siguientes:
 - Un representante del Comité de Participación Ciudadana.
 - El titular de la Auditoría Superior de la Federación.
 - El titular de la Fiscalía Especializada de combate a la Corrupción.
 - El titular de la Secretaría de la Función Pública.
 - Un representante del Consejo de la Judicatura Federal.
 - El Presidente del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.
 - El Presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.¹⁸
2. Comité de Participación Ciudadana, cuyo fin es coadyuvar en el correcto funcionamiento del SNA y ser la instancia de vinculación con organizaciones sociales y académicas. El Comité se integra por cinco ciudadanos que hayan destacado por su contribución a la transparencia, la rendición de cuentas o el combate a la corrupción.

¹⁵ Decreto del Diario Oficial de la Federación, disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5445048&fecha=18/07/2016.

¹⁶ Decretos del Diario Oficial de la Federación, disponible en: <http://www.dof.gob.mx/index.php?year=2016&month=07&day=18>.

¹⁷ Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, Cámara de Diputados, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNA.pdf>.

¹⁸ Como puede observarse, la recomendación de Transparencia Internacional en lo relativo a la incorporación del titular de la Unidad de Inteligencia Financiera y al Servicio de Administración Tributaria fue desatendido. Considerando que el factor económico es una de las constantes en los hechos de corrupción, se estima que su inclusión hubiera representado un acierto no sólo en plano formal para cumplimentar la observación de TI, sino que además se hubiera constituido en un mecanismo más para alcanzar los objetivos del SNA.

3. Comité Rector del Sistema Nacional de Fiscalización, encargado de establecer acciones y mecanismos de coordinación entre sus integrantes, así como homologar procedimientos, técnicas, criterios, estrategias y programas en materia de auditoría y fiscalización. Integrado por la Auditoría Superior de la Federación, la Secretaría de la Función Pública, las entidades de fiscalización superiores locales y las secretarías o instancias homólogas encargadas del control interno en las entidades federativas.
4. Sistemas locales que, básicamente, deben ser una réplica del SNA, con sus respectivas diferencias en función de cada entidad federativa para conjugar esfuerzos con la Federación en el combate a la corrupción.

Otro de sus elementos esenciales es la Plataforma Digital Nacional, regulada por el Comité Coordinador, quien establecerá las bases de su funcionamiento, pero que será administrada por la Secretaría de la Función Pública, a cargo de la vigilancia de las actividades de los servidores públicos, así como de la investigación y sanción de las faltas administrativas no graves, así como de la coordinación de los órganos internos de control. La Plataforma se conformará por la información que incorporen a ella las autoridades integrantes del Sistema Nacional, a través de por lo menos seis sistemas electrónicos.¹⁹ Uno de los sistemas más relevantes es el de evolución patrimonial, de declaración de intereses y constancia de presentación de declaración fiscal referido a los recursos financieros y económicos con los que cuentan los servidores públicos desde el inicio, durante y al término de su encargo público. Es aplicable para todos los servidores y está concebido fundamentalmente como un mecanismo de prevención de la corrupción.

Es importante destacar que, a diferencia de lo que históricamente ocurre con los instrumentos jurídicos en nuestro país, en el marco del modelo anticorrupción se ha hecho una amplia inclusión privilegiando los mecanismos de transparencia, rendición de cuentas y acceso a la información para prevenir la incidencia de los sucesos en lugar de concentrarse en la sanción de faltas y/o delitos; es decir, atendiendo las consecuencias y no las causas. Afortunadamente, el SNA está orientado, como conjunto normativo, no a la sanción de determinadas conductas, sino a generar la abstención de ellas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 constitucional,²⁰ se considera servidor público a

¹⁹ Artículo 49, Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, Cámara de Diputados, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGSNA.pdf>.

²⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf.

los representantes de elección popular, a los miembros del Poder Judicial de la Federación, los funcionarios y empleados y, en general, a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el Congreso de la Unión o en la Administración Pública Federal, así como a los servidores públicos de los organismos a los que esta Constitución otorgue autonomía, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

Mientras que en su artículo 212,²¹ el Código Penal Federal lo define como

toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal centralizada o en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y sociedades asimiladas a éstas, fideicomisos públicos, empresas productivas del Estado, en los órganos constitucionales autónomos, en el Congreso de la Unión, o en el Poder Judicial Federal, o que manejen recursos económicos federales. Las disposiciones contenidas en el presente Título, son aplicables a los Gobernadores de los Estados, a los Diputados, a las Legislaturas Locales y a los Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales, por la comisión de los delitos previstos en este Título, en materia federal.

Agregando en este último, a quienes laboran en empresas productivas del Estado.

Como se mencionó anteriormente, el objetivo del SNA²² es la prevención, investigación y sanción de las personas físicas o morales que participen en hechos de corrupción; por esa razón, las conductas referidas están reguladas en la Ley General de Responsabilidades Administrativas y el Código Penal Federal, ordenamientos en los que se establecen consecuencias de naturaleza administrativa y penal, respectivamente, tanto para servidores públicos como para particulares.²³

²¹ Código Penal Federal, Cámara de Diputados, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_210618.pdf.

²² Artículo 113, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf.

²³ La inclusión de responsabilidades administrativas para particulares es novedosa en cuanto que en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos no se reconocía ningún supuesto de responsabilidades, y, por lo tanto, tampoco sanciones para los particulares, mientras que en la Ley General de Responsabilidades Administrativas (nótese que ya no se acompaña de los *servidores públicos* como únicos destinatarios o sujetos de aplicación) ya se incluye aquella posibilidad.

Las faltas administrativas, reguladas en la Ley General de Responsabilidades Administrativas, se dividen en no graves, graves y de particulares. Uno de los supuestos para que se configure una falta administrativa no grave es que un servidor público no muestre disciplina y respeto a los particulares con los que debe tratar; por ejemplo, un agente del Ministerio Público que insulte al particular que se presenta a formular una denuncia; mientras que una falta administrativa grave se puede constituir por un conflicto de interés; es decir, que, por ejemplo, entre el servidor público y el particular exista alguna relación de amistad, y que por tal razón aquél le dé prioridad al trámite del segundo. Por su parte, los particulares únicamente pueden incurrir en faltas administrativas graves; un supuesto puede actualizarse cuando medie un soborno a un servidor público, esto es, la promesa de un beneficio a cambio de una abstención o de la realización de actos indebidos en el marco de sus atribuciones y obligaciones legales.

Las autoridades encargadas de investigar las sanciones administrativas son:

- La Secretaría de la Función Pública y sus homólogos en las entidades federativas.
- Los órganos internos de control.
- La Auditoría Superior de la Federación y las entidades de fiscalización superior de las entidades federativas.
- Unidades de responsabilidades de las empresas productivas del Estado.

Dependiendo de su gravedad, las sanciones²⁴ para los servidores públicos que incurran en faltas administrativas son: amonestación, suspensión, destitución, inhabilitación y/o sanciones económicas, mientras que para los particulares (personas físicas o morales) que cometan actos que afecten al Estado tendrán sanciones económicas, inhabilitación temporal para participar en adquisiciones, arrendamientos, servicios u obras públicas e indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Las autoridades encargadas de sancionar son:

²⁴ Del periodo diciembre 2012 a junio 2018 se registraron 63,560 sanciones administrativas a 46,290 servidores públicos, de éstas 25,338 fueron amonestaciones públicas y privadas (39.9%); 17,057 suspensiones (26.8%); 13,815 inhabilitaciones (21.7%); 2,391 destituciones (3.8%), y 4,959 sanciones económicas (7.8%) con un monto acumulado de 12,691 millones de pesos. Sexto Informe de Gobierno, Presidencia de la República, disponible en: http://cdn.presidencia.gob.mx/sextoinforme/informe/6_IG_INFORME_COMPLETO.pdf.

- En el caso de faltas no graves:
 - a) La Secretaría de la Función Pública y sus homólogas en las entidades federativas.
 - b) Órganos internos de control.
 - c) Unidades de responsabilidades administrativas.
- En el caso de faltas graves (incluidos los particulares):

El Tribunal Federal de Justicia Administrativa y sus homólogos en las entidades federativas.

Mientras que los delitos relacionados con hechos de corrupción se encuentran regulados en el título décimo “Delitos por hechos de corrupción”, del Código Penal Federal,²⁵ y son los siguientes:

- Ejercicio ilícito de servicio público
- Abuso de autoridad
- Coalición de servidores públicos
- Uso ilícito de atribuciones y facultades
- Concusión
- Intimidación
- Ejercicio abusivo de funciones
- Tráfico de Influencia
- Cohecho
- Cohecho a servidores públicos extranjeros
- Peculado
- Enriquecimiento ilícito

Los delitos pueden ser sancionados con decomiso, destitución, inhabilitación, multa y/o pena privativa de la libertad.²⁶ La Fiscalía Especializada en materia de delitos relacionados con hechos de corrupción es la encargada de investigar la comisión de tales conductas, y los tribunales del Poder Judicial son los encargados de sancionar.²⁷

²⁵ Sólo por citar un ejemplo, en el Código Penal para el DF la regulación de estas conductas se encuentra en los títulos décimo octavo y décimo noveno, “Delitos relacionados con hechos de corrupción contra el servicio público cometidos por servidores públicos y por particulares, respectivamente”.

²⁶ Las penas van desde un año de prisión para el caso del ejercicio ilícito del servicio público y hasta los catorce años de pena corporal en delitos como cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito.

²⁷ Recordemos que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 124 constitucional, el régimen de excepción concede, en primer término, competencia a las autoridades locales

De esta forma, se observa una gran estructura para el combate a la corrupción; no obstante, hasta la fecha simplemente no se cuenta con su funcionamiento, ya que todas las reformas, adiciones y derogaciones publicadas no entrarán en vigor hasta en tanto no se declare expresamente la autonomía constitucional de la Fiscalía General de la República y se nombre a su titular.

De los cambios sobresalientes que se advierten con la expedición de la Ley General de Responsabilidades Administrativas y la reforma al Código Penal Federal está la clasificación de faltas en graves y no graves, la inclusión de las faltas graves o delitos cometidos por particulares (personas físicas o morales); respecto a las sanciones de los delitos, de manera adicional a cualquier otra sanción, se impondrá a los servidores públicos su destitución e inhabilitación para desempeñar cargo, empleo o comisión públicos, y será tomado en cuenta el nivel jerárquico y el grado de responsabilidad de su encargo para la individualización de sanciones.

IV. DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, a la que nos referimos con anticipación, señalaba desde hace ya quince años que la corrupción socava la democracia y el Estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos y otras amenazas a la seguridad humana; y continuaba diciendo que puede alcanzar efectos devastadores en la disponibilidad, calidad y accesibilidad, sobre la base de la igualdad, de los bienes y servicios relacionados con los derechos humanos. La verdad sea dicha: el tema de la vinculación entre la corrupción es de muy reciente detección, y, por esa razón, son muy escasos los estudios a este respecto, sin que ello implique que tal relación sea inexistente. Es cierto que en muchos casos la corrupción lleva ínsita violación a derechos humanos; sin embargo, aunque no podemos tildar esa unión como indisoluble, tampoco podríamos negar su vinculación y relaciones directa e indirecta.

También es dable considerar una tercera posibilidad, en la que el rol cronológico-dinámico se invierta: la inobservancia de derechos humanos como agente corruptor o, al menos, factor de permisión de la corrupción. A este enfoque se refiere puntualmente Sepúlveda Carmona; en un contexto de limitaciones a las libertades de expresión, como el derecho a la infor-

para conocer de los hechos de corrupción. De tal suerte, la Federación será competente cuando se actualice alguno de los supuestos de los ámbitos de validez a que se refieren el CPF (artículos 1o. al 6) y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (artículo 50).

mación o la criminalización de la protesta social, ejercicios anticorrupción como la transparencia y la rendición de cuentas, disminuyen significativamente y se amplifica el espectro de la impunidad, que es una más de las manifestaciones de la corrupción.²⁸

Un caso en el que la corrupción simultáneamente conllevaría una violación a derechos humanos lo encontraríamos, por ejemplo, en una agencia del Ministerio Público en el que, habida cuenta de un soborno, el titular se negara a recibir la declaración o la alterara para favorecer los intereses de la contraparte; en tal supuesto el hecho de corrupción generaría simultáneamente la violación a los derechos humanos de las víctimas o de la persona ofendida²⁹. Hay muchos otros actos de corrupción que están, empero, ceñidos hasta esa frontera. Pensemos en un particular que ofrece un soborno a un servidor público con injerencia en el otorgamiento de contratos.

También es cierto que, desde la óptica de la relación indirecta que guardan entre sí pobreza y corrupción, ésta se encuentra mayormente fortalecida por distintas razones, entre otras las que, en el marco de los “Diálogos Derechos Humanos y Anticorrupción”, apuntó Jan Jarab, Representante en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-DH):

- Porque desvía los fondos destinados al desarrollo, mina la capacidad de los gobiernos de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la injusticia.
- Porque las personas desfavorecidas a menudo dependen más de los bienes y servicios públicos y tienen medios limitados para buscar servicios privados alternativos.
- Y porque estos grupos tienen menos oportunidades de participar en el diseño y en la implementación de políticas y programas públicos, y carecen de los recursos para defenderse y buscar reparaciones.³⁰

Bajo esta amplia concepción, por complejo que parezca, la tarea de la conciliación entre los esfuerzos en materia anticorrupción y de defensa y

²⁸ Otra clasificación del vínculo entre corrupción y derechos humanos puede advertirse más detalladamente en “*La corrupción y los derechos humanos. Estableciendo el vínculo*”, Consejo Internacional sobre Política y Pública en Derechos Humanos, México, 2009.

²⁹ *Catálogo para la calificación e investigación de violaciones a derechos humanos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*, 3a. ed., México, 2010.

³⁰ El texto íntegro de su declaración se encuentra disponible en: http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_k2&view=item&id=1158:dialogos-derechos-humanos-y-corrupcion-jan-jarab&Itemid=395.

promoción de derechos humanos tendría que correr en un solo sentido, no en doble vía ni por cuerda separada. De hecho, la lucha contra la corrupción no debe comenzar apostando a la labor paternalista del Estado, sino de la ciudadanía, de la sociedad civil organizada, e incluso de la iniciativa privada, especialmente considerando que son estos elementos los que resienten afectación en sus esferas de derechos por los estragos que directa o indirectamente produce la corrupción. Para ello, como perfilamos al inicio, es fundamental sensibilizar a los diferentes sectores sociales de la incidencia que en el plano macro tiene la acumulación de millones de “pequeños” actos de corrupción que se cometen desde la aparente intrascendencia del comportamiento humano individual, constituyendo así un obstáculo estructural para el disfrute de los derechos humanos al que en esa misma ocasión se refería el Alto Comisionado. “Estructural”, porque cada actuación corrupta, en mayor o menor medida, pero eso sí, como constante, tiende a debilitar el Estado de derecho, y un Estado democrático que se precie de ser “de derecho” (pero debilitado) no estará en óptimas condiciones que le permitan garantizar a sus gobernados el pleno goce de sus derechos. Dicho de otro modo, la cultura de la legalidad ciudadana y en el servicio público, robustecida esta última con códigos de conducta, de comportamiento o de ética, tendría que propiciar, *de facto*, un efecto inversamente proporcional respecto a la corrupción. De otro modo, la satisfacción de una necesidad emergente y volátil por el camino del abuso del poder o de la ilegalidad perpetúa la precariedad de los derechos humanos.

En este rubro, es oportuno señalar el rol que desempeñan los organismos protectores de derechos humanos (nacionales y locales), que constituyen el denominado sistema no jurisdiccional de protección de derechos humanos. De acuerdo con los preceptos constitucionales (102, B, en el caso de la Constitución general, y 48, de la Ciudad de México), además de criterios jurisprudenciales³¹ y normas secundarias (artículo 48 de la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del DF),³² las recomendaciones públicas no vinculantes que en su caso emitan carecen de imperio, razón por la cual por sí mismas son incapaces de generar afectación a la esfera jurídica de los gobernados.³³ No obstante lo anterior, aunque este sistema no jurisdiccional

³¹ Tesis: P. XCVII/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VIII, diciembre de 1998, p. 223.

³² De acuerdo con el trigésimo primer artículo transitorio, las instituciones y autoridades de la Ciudad de México conservarán sus denominaciones, atribuciones y estructura hasta en tanto no entren en vigor sus leyes respectivas.

³³ En los considerandos de la *Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal* se refirió que “... los instrumentos jurídicos no vinculatorios que resultan de las actividades de la Comisión, son

no puede sustituir o reemplazar a las tradicionales vías para garantizar la observancia de derechos (por excelencia la administrativa y penal), su utilidad y eficacia es innegable, y radica, como mínimo, en la presión pública que con sus recomendaciones ejerce sobre las autoridades señaladas como responsables luego de exhaustivas diligencias de investigación de los hechos presuntivamente violatorios de derechos humanos. De este modo, estos organismos constitucionales autónomos juegan un papel preponderante como garantes de derechos humanos, pero indirectamente también como factores de contención y recomposición del Estado de derecho pleno, que, como ya mencionamos antes, es el vehículo por excelencia de prevención y erradicación del fenómeno corruptor; entre otras razones porque vuelve visibles los sucesos de corrupción y puede forzar a los Estados a adoptar e implementar medidas preventivas y correctivas respecto de la indebida actuación en que incurran los servidores públicos con motivo de sus atribuciones legales o en ejercicio de ellas.³⁴

En la recién estrenada Constitución Política de la Ciudad de México, vigente a partir del 17 de septiembre del año en curso, además de contener una muy importante Carta de Derechos (artículos 4o. al 14), destaca la inclusión del reconocimiento de derechos, como el que se contiene en su artículo 7o., *Ciudad democrática*, en cuyo apartado A tutela el derecho a la buena administración pública, la que deberá caracterizarse por ser receptiva, eficaz y eficiente, capaz de otorgar servicios regidos por los principios de generalidad, uniformidad, regularidad, continuidad y calidad. En tal tesitura, una ciudad democrática no puede, bajo un imperativo categórico, ser corrupta. De hecho, la simple acepción del término “democrático” encarna no únicamente la tradicional significación de un ejercicio electoral, sino que se constituye en un sentido mucho más amplio para dar cabida a un auténtico gobierno ejercido por el pueblo, fundando su quehacer esencial en la persona como principio y fin de la actividad pública.

Es muy plausible la concepción y labor del Constituyente en un documento fundacional tan garantista como el que ahora tenemos; sin embargo, la gran interrogante que surge es si el Estado será capaz de positivar tantos derechos, es decir, de volver ejecutables en la práctica. En cualquier caso, más allá de considerar la existencia de un derecho humano a la no

los acuerdos y las recomendaciones, éstos, carecen de imperatividad jurídica y por lo mismo no pueden anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos violatorios, su fuerza gravita en la autoridad moral del que la emite y en su publicidad, en caso contrario, se le estarían atribuyendo facultades de carácter jurisdiccional a un organismo que no es un tribunal...”.

³⁴ Consejo Internacional sobre Política Pública en Derechos Humanos, *La corrupción y los derechos humanos. Estableciendo el vínculo*, México, 2009.

corrupción, o derecho humano a la buena administración pública,³⁵ lo que es cierto es que la relación entre corrupción y derechos humanos supera la teorización; no es un concepto abstracto; por el contrario, se trata de un fenómeno ostensible, y, después de todo, qué justificación más grande podemos encontrar para la existencia del Estado que la defensa de los intereses de sus ciudadanos,³⁶ integrados en ellos, pero con carácter superlativo, los derechos humanos.

³⁵ A este respecto, puede consultarse Peters, Anne, “Corrupción y derechos humanos”, en Morales, Mariela y Tablante Carlos (coords.), *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, p. 32. La cuestión no es si hay o debería haber un (nuevo) derecho humano a una sociedad libre de corrupción. Tal derecho no está reconocido por la práctica jurídica ni existe necesidad de ello. Más bien, la corrupción afecta a los derechos humanos ya reconocidos y que están codificados en los pactos sobre derechos humanos de la ONU.

³⁶ Martínón Quintero, Ruth, “Corrupción y derechos humanos. En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10, México, 2016, p. 19.

CONTRATACIÓN PÚBLICA Y RÉGIMEN ANTICORRUPCIÓN

Ximena PINTO NERÓN*

SUMARIO: I. Introducción. II. Ética pública. III. Normativa en materia de ética pública. IV. Contratación pública y ética pública. V. Conductas irregulares en materia de contratación pública que implican un actuar no ético. VI. Ser y parecer en el comportamiento ético. VII. Aspectos éticos relevantes en la materia. VIII. Régimen de responsabilidades. IX. Competencia profesional y capacitación en la materia. X. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La contratación pública constituye un sector sustancial en el obrar de la administración pública estatal, en tanto el Estado se erige como demandante de bienes, servicios y obra pública, empleando fondos públicos.

Tal como señala la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (conocida por su sigla en español OCDE, y en inglés OECD),¹

* Doctora en derecho y ciencias sociales, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay (UDELAR). Magíster en derecho administrativo económico (MDAE) por la Universidad de Montevideo. Máster en derecho de la contratación pública por la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Profesora asistente en las materias derecho público II y III (administrativo I y II), de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República del Uruguay. Profesora de derecho administrativo en la maestría en administración pública y de las materias entorno legal y principios generales del derecho de la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Católica del Uruguay (UCUDAL). Consultora y docente en la Junta de Transparencia y Ética Pública (JUTEP). Docente (instructora) en la Escuela de Auditoría Gubernamental (EAG) y en la Escuela Nacional de Administración Pública (ENAP). Especialista en materia de libre competencia en América Latina, egresada de la Universidad Pontificia Católica de Chile. Especialista en capacitación de adultos, certificada internacionalmente por INTOSAI-IDJ

¹ La OCDE es una organización internacional que tiene como objetivo coordinar las políticas económicas y sociales de los Estados que la componen.

las contrataciones de bienes y servicios del Estado representan un alto porcentaje del producto interno bruto (PBI) de cada nación. De esta forma, la trascendencia del obrar del Estado en dicha materia es palmaria, en tanto desde el punto de vista cuantitativo se estima que el gasto empleado en la contratación pública representa más de un 15% del PBI en los países americanos y europeos.

Por otra parte, desde una mirada de corte cualitativo, la contratación pública es la que permite el cumplimiento de los cometidos asignados a los diversos órganos estatales. Por todo ello, y siendo que se maneja en ese ámbito dinero que es de la sociedad toda, se acentúan los caracteres que implican que dicho sector sea propenso a que se produzcan conductas corruptas o no deseadas, por lo que es necesario determinar el alcance e impacto del obrar de los servidores públicos llamados a actuar en la materia.

II. ÉTICA PÚBLICA

La ética constituye una rama de la filosofía que estudia las normas y fundamentos de la conducta humana. La moral, por su parte, es definida como aquello “pertenciente o relativo a las acciones o caracteres de las personas, desde el punto de vista de la bondad o malicia”.² Si bien, como surge de lo anteriormente expuesto, ética y moral son términos conceptualmente diversos, se encuentran íntimamente relacionados, por lo que resulta imprescindible referir a ellos. Como se ha indicado, el objeto del presente estudio lo constituye la ética pública, la que podría definirse como un subtipo de la ética general; es decir, la aplicación al ejercicio de la función pública de los postulados éticos. Rodríguez Arana define a la ética pública como la “ciencia de la actuación de los funcionarios orientados al servicio público, al servicio de los ciudadanos”, e indica que “en una palabra, la Ética de la función pública es la ciencia del servicio público”.³

Quienes desempeñan las labores para el Estado son denominados de diferentes formas según los regímenes jurídicos existentes a nivel mundial, siendo que se les ha llamado “funcionarios”, “empleados”, “agentes”, e incluso “servidores” públicos, debiéndose destacar que este último término ha adquirido gran trascendencia en los tiempos actuales, por cuanto enfa-

² Real Academia Española, 22a. ed., con sus enmiendas de 2012, disponible en: <http://lema.rae.es/drae/?val=moral> (fecha de consulta: 23 de mayo de 2015).

³ Rodríguez Arana, Jaime, “Sobre ética pública en la administración pública”, *Anuario de Derecho Administrativo*, t. IX, 2002, p. 59.

tiza en la noción del servicio que se presta, y no tanto en el desarrollo de las funciones. Esos servidores públicos son personas que deben conducirse exclusivamente en aras de la tutela del interés público, siendo necesario que se denote un comportamiento acorde con los postulados que exige la defensa de dicho interés, lo que se efectiviza, en primer término, con el cumplimiento de los principios generales de derecho, prioritarios en cualquier ordenamiento jurídico.

Tal como señala Rodríguez-Arana

La sociedad, como es lógico, contempla la actividad administrativa con esperanza a la vez que solicita, exige, servicios públicos, cada vez de mayor calidad. Los ciudadanos, en otras palabras, son conscientes de lo importante que es que “su” Administración Pública funcione bien y de verdad. Quizás por ello, pienso que se espera una mayor dosis de “exigencia ética” del funcionariado público que del trabajador del sector privado.⁴

En este sentido, las sociedades han advertido la trascendencia acerca del comportamiento ético que deben asumir “sus” servidores, es decir, quienes prestan el servicio público, siendo que ha influido la globalización y el avance en los sistemas de información, a efectos de que la población fuera consciente de la envergadura de las consecuencias incluso económicas que se han producido por los casos de corrupción que han ocurrido en los diferentes lugares.

III. NORMATIVA EN MATERIA DE ÉTICA PÚBLICA

Actualmente, existe la tendencia a la adopción de normas que regulen la ética en la función pública, destacándose la inclusión de las mismas en códigos que implican un alto grado de sistematización en materia de disposiciones jurídicas.

A este fenómeno que se produce tanto a nivel interno de los diversos países, como en el ámbito internacional se le ha llamado “juridización” o “positivización” de la ética pública. Históricamente, los estudiosos del derecho, así como grandes filósofos y pensadores, han discutido respecto de la procedencia de la materialización de los postulados éticos en normas jurídicas, lo que se vincula con la relación entre moral y derecho. Es menester analizar los principales aspectos respecto de la normativa internacional e interna dictada.

⁴ Rodríguez Arana, Jaime, *op. cit.*, p. 59.

1. *Normativa internacional*

En el ámbito internacional, es menester destacar la existencia de determinadas normas de fuente convencional que se han adoptado. Ellas son:

A. *Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)*

Dicha Convención, suscrita en Caracas (Venezuela) el 29 de marzo de 1996, ha sido calificada por la doctrina como un verdadero tratado de derechos humanos,⁵ destacándose su trascendencia. La doctrina ha sostenido que estos claros objetivos consagran dos líneas de acción a seguir; la primera de las indicadas operará al interior de cada Estado, mientras que la segunda, hacia el exterior, procurando la cooperación entre naciones.⁶ Tal como señala Durán Martínez, del texto del preámbulo de la Convención se desprende que “el combate a la corrupción no es un fin en sí mismo sino que con él se procura el mejor desarrollo de lo que Gros Espiell ha denominado el «derecho de vivir»”.⁷ En su artículo III, bajo el acápite “Medidas preventivas”, la Convención establece que se procura crear, mantener y fortalecer normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Cabe destacar la existencia del mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC), que consiste en un instrumento intergubernamental establecido en el ámbito de la OEA a los efectos de apoyar a los Estados parte del mismo en la implementación de las disposiciones de la CICC.⁸

B. *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (conocida como CNUCC, siendo su sigla en inglés UNCAC)*

Si bien dicha Convención fue suscrita inicialmente por 111 países en Mérida (México), del 9 al 11 de diciembre de 2003, no fue, sino hasta el

⁵ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 4a. ed., t. I (*Parte general*), Buenos Aires, 1997, p. XVI-7.

⁶ Durán Martínez, Augusto, “Corrupción y derechos humanos. Aspectos de derecho administrativo”, en *Estudios en memoria de Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, AMF, p. 143 y 144.

⁷ Durán Martínez, Augusto, “Corrupción y derechos humanos..” *cit.*, p. 141.

⁸ El procedimiento que se sigue consiste en realizar “rondas” sucesivas donde se efectúan evaluaciones recíprocas y en condiciones de igualdad, que culminan con recomendaciones. El MESICIC no sanciona, sino que fortalece la cooperación entre los Estados.

14 de diciembre de 2005 que se produjo su entrada en vigencia. Existe consenso en sostener que se trata del más amplio acuerdo existente a nivel internacional en materia de ética pública y lucha contra la corrupción, en virtud de que la ONU cuenta con más de 140 miembros en la actualidad. Es una Convención extensa, pues consta de Preámbulo y setenta y un artículos, donde se abarcan una gran cantidad de temas, como ser, políticas y prácticas de prevención de la corrupción, procura de aplicación de códigos y normas de conducta por parte de los diversos Estados, medidas en relación con la contratación pública y gestión de la hacienda pública, información pública, participación de la sociedad, etcétera. El artículo 63 de la CNUCC prevé el establecimiento de una Conferencia de los Estados parte en la Convención, a fin de mejorar la capacidad de los Estados parte y la cooperación entre ellos para alcanzar los objetivos de la misma.

2. *Normativa interna*

Es necesario señalar que en un gran cantidad de países las Constituciones nacionales cuentan con disposiciones que denotan postulados éticos en materia de servicio público, lo que resulta trascendente por la jerarquía de sus normas. Por otra parte, fundamentalmente a raíz de los compromisos asumidos en virtud de la aprobación y ratificación de las disposiciones internacionales, muchos países han adoptado normas en su ordenamiento interno, referentes a la ética en la función pública.

IV. CONTRATACIÓN PÚBLICA Y ÉTICA PÚBLICA

En múltiples ocasiones, las personas públicas participan del mercado demandando bienes, servicios y obra pública, pues a los efectos de llevar a cabo sus cometidos necesitan celebrar contratos obteniendo las prestaciones necesarias. Así, adquiere especial relevancia el comportamiento de los servidores públicos vinculados al desempeño de tareas relacionadas con la contratación pública. Es menester tener presente que la contratación pública constituye uno de los sectores sensibles a la corrupción y prácticas no debidas, por lo que comúnmente se dice que la actuación en materia de contratación pública configura “bandera roja” al respecto. Un análisis detenido de las normas tanto internacionales como internas de diversos países que regulan el obrar en la administración pública, y más específicamente la ética pública, nos hace vislumbrar que las mismas refieren directamente a la contratación pública, introduciendo disposiciones a los efectos de prevenir, erradicar y sancionar

la corrupción en la materia. En efecto, tanto la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción como la Convención Interamericana contra la Corrupción, refieren en forma específica a la contratación pública, poniendo énfasis en particular en los principios de transparencia y de publicidad. A continuación, se analizarán los principales aspectos de la contratación pública que se relacionan con los postulados éticos que deben regir la actuación de los servidores públicos:

1. *Principios de la contratación pública*

En todo ordenamiento jurídico se destaca la existencia de principios generales de derecho, los que, tal como señala Delpiazzo, pueden definirse conforme a su designación, a través de las tres palabras que componen su nombre. De esta forma, son principios, por cuanto constituyen los cimientos o bases de todo ordenamiento; son generales, en virtud de que “trascienden un precepto concreto y no se confunden con apreciaciones singulares o particulares”, y son reglas de derecho, dado que configuran disposiciones de corte jurídico, no siendo “simples criterios morales, buenas intenciones o vagas directivas”.⁹ Dentro de los principios de la contratación pública más relevantes encontramos los siguientes:

A. *Igualdad de los oferentes o igualdad de trato*

Dicho principio implica que se confiera un trato igualitario a los oferentes, teniendo presente las desigualdades antológicamente existentes. En efecto, el citado principio implica que deba “tratarse igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales”.¹⁰

Así, el principio implica la necesidad de conferir igualdad de oportunidades; por tanto, está prohibido cualquier tipo de discriminación. En este sentido, cabe señalar que entre los principios consagrados por el Tratado de la Comunidad Europea se destaca la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, prevista en el artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, lo que adquiere singular trascendencia en materia de contratación pública. Asimismo, se ha indicado que el principio de igualdad de los oferentes se relaciona con el de imparcialidad, por cuanto no existe posibilidad de trato igualitario donde no se verifica la neutralidad y objetividad necesaria.

⁹ Delpiazzo, Carlos E, *Derecho administrativo uruguayo*, México, Porrúa, 2005, p. 12.

¹⁰ Cajaville Peluffo, Juan Pablo, *Sobre derecho administrativo*, t. II, Montevideo, 2007, p. 303.

Es menester recordar que otro de los principios generales en materia de contratación pública es el principio de estricto cumplimiento del pliego de condiciones o de las bases del llamado, lo que implica que las bases o normas del pliego, en su caso, son de interés general, siendo que su cumplimiento interesa tanto al orden público como a los licitantes.¹¹ Dicho principio constituye un pilar en todo sistema de contratación dentro de un ordenamiento jurídico, por cuanto, tal como señala Juan Pablo Cajarville,

deriva necesariamente de otros dos que son la médula, no ya solamente de los procedimientos de selección del contratista, sino del régimen administrativo todo: el principio de legalidad, que impone a la Administración el respeto de todas las normas que rigen su organización y actividad, incluso las que ella misma haya dictado; y el principio de igualdad, en el tema igualdad de todos los oferentes, verdadera columna vertebral de la licitación pública y de los demás procedimientos de selección...¹²

B. *Concurrencia*

El principio de concurrencia implica que participe en los procedimientos de contratación la mayor cantidad de sujetos que se encuentren en condiciones de hacerlo, de manera que la administración actuante cuente con la mayor cantidad de propuestas, que le permitan seleccionar a quien resulte más idóneo para la prestación del objeto.

Tal como señala el profesor argentino Agustín Gordillo,

se ha dicho en tal sentido que “interesa lograr el mayor número posible de oferentes, para que las posibilidades de comparación sean más amplias.” Ello, a fin de que la autoridad cuente con múltiples alternativas para elegir la que proponga las mejores condiciones en el objeto contractual, en vista al interés general al que debe subordinar la administración su comportamiento.¹³

Diversos autores refieren a este principio, utilizando indistintamente los términos “concurrencia” o “libre competencia”, haciendo hincapié en la relación con el principio de igualdad de los oferentes. En este sentido, se ha indicado que “la participación en condiciones igualitarias de todos los potenciales oferentes, garantiza la libre concurrencia o competencia de éstos

¹¹ Sayagués Laso, Enrique, *La licitación pública*, Montevideo, BdeF, 2005, pp. 41, 42, 74 y 94.

¹² Cajarville Peluffo, Juan Pablo, *Sobre derecho administrativo*, op. cit., p. 311.

¹³ Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, cap. XII, p. XII.15, disponible en: www.gordillo.com (fecha de consulta: 15 de septiembre de 2014).

con el propósito de resultar adjudicatarios del respectivo contrato administrativo, de modo que se trata de principios complementarios”.¹⁴ Por otra parte, la jurisprudencia en regímenes de derecho comparado se ha pronunciado haciendo referencia a la trascendencia del cumplimiento de los postulados de la concurrencia y la competencia para la satisfacción de la necesidad pública insatisfecha que motiva la realización de un procedimiento para la selección del cocontratante. En este sentido, se ha indicado que resulta imprescindible

afianzar la posibilidad de oposición y competencia entre los oferentes dentro de las prerrogativas de la libertad de empresa... destinado a promover y estimular el mercado competitivo, con el fin de que participen el mayor número de oferentes, para que la Administración pueda contar con una amplia y variada gama de ofertas, de modo que pueda seleccionar la que mejores condiciones le ofrece.¹⁵

C. *Publicidad y transparencia*

El principio de publicidad, imperante en todo el obrar estatal, adquiere en materia de contratación una relevancia singular. En efecto, dicho principio se vislumbra con claridad en la contratación pública, por cuanto, en primer lugar, implica que todas las personas puedan conocer los procedimientos de contratación, a efectos de encontrarse en posibilidad de presentarse y participar de los mismos. Las convenciones internacionales contra la corrupción, tanto en el ámbito americano como en el de Naciones Unidas, refieren tanto a la publicidad como a la transparencia como principio, lo que también se verifica en las disposiciones de derecho interno dictadas en cada país, erigiéndose como indispensables en el obrar público. Estos principios han cobrado una trascendencia significativa en los últimos tiempos. En efecto: de la plena vigencia del principio de publicidad imperante, se ha avanzado hacia la transparencia, como verdadero pilar en un Estado de derecho, siendo que la misma implica que el actuar de la administración se deje ver como a través de un cristal.¹⁶

¹⁴ Jinesta Lobo, Ernesto, “Contratación administrativa”, t. IV del *Tratado de derecho administrativo*, Guayacán, Costa Rica, pp. 217 y ss.

¹⁵ Costa Rica, Voto 998-98 de las 11:30 hs. del 16/2/98, pronunciado por la Sala Constitucional.

¹⁶ Delpiazzo, Carlos E., “Transparencia en la contratación administrativa”, en *Liber Amicorum Discipulorumque José Anibal Cagnoni*, FCU, abril de 2005.

En un contexto de plena vigencia del principio de transparencia, surgen en diversos países leyes de acceso a la información pública. Siguiendo las enseñanzas de Emilio Guichot, debemos decir que “los países pioneros en el reconocimiento y regulación del derecho de acceso a la información pública se encuentran entre los más desarrollados del mundo en una perspectiva democrática”,¹⁷ de lo que surge la gran trascendencia del tema, ya que la población tiene derecho a conocer lo que ocurre en “su” administración pública, esencia de un Estado de derecho donde se verifique un sistema basado en la democracia.

2. Principios éticos de especial relevancia

Existen ciertos principios básicos reconocidos en general en materia de ética pública, que son de especial trascendencia en el obrar de los funcionarios en el ámbito de la contratación pública. Entre los más trascendentes es menester señalar los que a continuación se expresan:

A. Principios de probidad e integridad

Los servidores públicos deben observar una conducta funcional honesta en el desempeño de su cargo con preeminencia del interés público sobre cualquier otro. De esta forma, el servidor público debe observar una conducta honesta, exteriorizando la apariencia de que está actuando de esa forma, es decir, se debe actuar demostrando ser probo, lo que implica mantener una conducta recta que denote integridad en el obrar. En efecto, existe la tendencia actualmente de incluir en las normas de conducta en la función pública la previsión referida a que se producirá la trasgresión a los preceptos normativos no sólo infringiendo en forma directa los mismos, sino también ante cualquier acción en el ejercicio de la función pública que exteriorice la apariencia de violar las disposiciones normativas vigentes.¹⁸ Esto exige que los servidores públicos eviten la exteriorización de una conducta que confiera la imagen de estarse configurando un actuar no ético.

¹⁷ Guichot, Emilio, “Transparencia en la administración”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático del Derecho*, España, junio de 2012, p. 29.

¹⁸ En este sentido, encontramos en Uruguay lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 30/003, norma que prevé la exteriorización de la conducta como contravención a las normas imperantes en la materia.

B. *Principio de imparcialidad*

Las normas de procedimiento administrativo común en los diversos países, en general, recogen el principio de imparcialidad, el que implica conferir un tratamiento igualitario y sin sesgos, previendo los institutos de excusación y recusación como garantía, a efectos de su cumplimiento. Este principio adquiere singular relevancia en materia de contratación pública. Es menester destacar una norma vigente en Uruguay, prevista en el artículo 72 del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TO-CAF), donde se introduce una previsión específica en la materia, en tanto preceptúa:

Los ordenadores, asesores, funcionarios públicos, aquellos que desempeñen una función pública o mantengan vínculo laboral de cualquier naturaleza, de los órganos competentes de la Administración Pública deberán excusarse de intervenir en el proceso de contratación cuando la parte oferente o contratante esté ligada por razones de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o tercero de afinidad. En igual sentido deberán excusarse en caso de tener o haber tenido en los últimos doce meses con dicha parte alguna vinculación de índole profesional, laboral o empresarial”

La disposición referida establece con precisión el alcance de la prohibición de participación por razones de parentesco, y, por otra parte, introduce aspectos relacionados con el llamado mecanismo de la “puerta giratoria”, al establecer que deberá excusarse de participar todo aquel que tenga en la actualidad o haya tenido en el último año, una vinculación profesional, laboral o empresarial con la parte oferente o contratante. El fenómeno de la “puerta giratoria” es regulado de diversa forma en los diferentes países que lo recogen; tiene por finalidad evitar el trasiego de influencias del ámbito público al privado y del privado al público. En los países en que se recogen previsiones referidas al mecanismo de la puerta giratoria, se procura tutelar la imparcialidad, lo que a su vez redundará positivamente en aras de que ocurra una competencia efectiva, sin sesgos o limitaciones.

C. *Principios de buena fe, lealtad y respeto*

El servidor público debe actuar con buena fe y lealtad en el obrar administrativo, lo que implica ejercer las tareas en forma personal, con espíritu de colaboración. Por otra parte, se debe dar cumplimiento al principio de

respeto; ello implica actuar con “miramiento, consideración, deferencia”.¹⁹ En este sentido, el servidor debe respetar tanto a los restantes servidores públicos como a toda persona con la que tenga trato en el desempeño de la función, y evitar toda clase de desconsideración.

V. CONDUCTAS IRREGULARES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA QUE IMPLICAN UN ACTUAR NO ÉTICO

Una vez analizados los principios que rigen en la contratación pública, así como los que regulan el obrar de los servidores públicos, es menester ahondar en algunas conductas irregulares que pueden ocurrir en la materia objeto de estudio. Los aspectos más relevantes al respecto son:

1. *Utilización del régimen de contratación directa en forma abusiva o impropia*

Como es sabido, en todos los países se establecen hipótesis en las que opera la posibilidad de proceder a la contratación directa. Es frecuente advertir que en varios casos se acude a ese obrar de excepción, que implica que no se realice un procedimiento competitivo mediante un falseo de la situación, tal como se ha dado a los efectos de aplicar en varios países americanos la excepción de urgencia o emergencia.

En efecto, tal como señala la doctrina argentina, muchas veces ese estado de emergencia no es tal, o bien la urgencia es provocada por los funcionarios actuantes para proceder por esta vía de excepción.²⁰ En el Uruguay, la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, por Resolución 21/015 del 13/3/15, dispuso

Emitir una recomendación no vinculante (Art. 26 Literal F Ley 18.159), dirigida a las autoridades públicas que revisten el carácter de ordenadores de gasto, exhortándoles a utilizar de manera residual el procedimiento de contratación directa, sólo para casos excepcionales, recurriendo en general a procedimientos competitivos que permitan obtener los beneficios de la multiplicidad de ofertas y la libre competencia.²¹

¹⁹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., significado del término “respeto”, disponible en: www.rae.es (fecha de consulta: 13 de junio de 2015).

²⁰ Colombo, Marcelo y Honisch, Paula, *Delitos en las contrataciones públicas*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2012, pp. 106-108.

²¹ Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia, Resolución 21/015 del 13/3/15. Ello se dispuso luego de la confección del Informe 15/05 del 12/3/15 por parte

La utilización de la contratación directa en los casos en que la misma no opera implica un obrar contrario a la legalidad, siendo vulneradas las normas de conducta en la función pública por parte de aquellos que participen en la contratación de que se trate en un caso como el citado.

Ese proceder además contraviene otros postulados imperantes en materia de ética en la contratación, tales como ser la buena administración financiera y la eficiencia en la contratación, así como la integridad, los que implican que los servidores públicos con tareas vinculadas a la gestión del patrimonio relacionado con los fondos públicos deben ajustar su actuación a las normas de administración financiera aplicables, a los objetivos y metas previstos, al principio de buena administración, en lo relativo al manejo de los dineros o valores públicos y a la custodia o administración de bienes de organismos públicos.

2. *Falso de la competencia*

En el ámbito de la contratación pública es posible que se produzcan situaciones que impacten en la competencia, por lo que los funcionarios actuantes deben poner toda su experiencia y pericia a efectos para prevenir, detectar y sancionar prácticas no debidas. Algunas de las prácticas que pueden darse son las siguientes:

A. *Pacto colusorio entre oferentes*

Los pactos colusorios consisten en acuerdos o concertaciones de carácter ilícito que producen un daño, en tanto afectan el libre desenvolvimiento del mercado. Este proceder implica la configuración de maniobras artificiales, que tienen por efecto u objeto restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante. El ámbito de la contratación pública es vulnerable a que se produzcan pactos colusorios entre oferentes. Los mismos son conocidos por el término en inglés *bid rigging*,²² y pueden adquirir diversas modalidades, tales como ser:

de sus servicios técnicos, donde, analizada la normativa y los datos de los procedimientos llevados a cabo en el país, se concluyó que “Dadas sus características la contratación directa implica una restricción a la competencia, que dependiendo de cada caso podrá beneficiar o perjudicar a los consumidores y usuarios”, siendo que “Tanto en los hechos como a nivel normativo existe una clara tendencia hacia la contratación directa”.

- Presentación de propuestas “en las sombras”, de cortesía o simbólicas. Acuerdo entre potenciales oferentes, a efectos de presentar propuestas con precios previamente concertados, simulando existir competencia o pugna entre los mismos en el ámbito del procedimiento de que se trate. En dichos casos se establece de antemano quién presentará la propuesta más conveniente, procurando resultar adjudicatario. Los restantes, presentan propuestas en forma simbólica, con precios excesivos o al menos más elevados que el de otro potencial contendiente, o bien se adoptan diversos comportamientos, como ser el de incluir en la oferta cláusulas que contravengan las bases del llamado, los que determinen la inadmisibilidad de la propuesta por parte de la administración.
- Retiro de propuestas ya presentadas en procedimientos de contratación. En estos casos generalmente se invocan ante la administración por parte de los agentes de dicho obrar, determinadas circunstancias para conferir un velo de legitimidad a tal proceder (por ejemplo, invocando la imposibilidad de efectuar la prestación por condiciones del mercado).
- Reparto del mercado o adjudicación de zonas geográficas. Las empresas presentan ofertas en ciertos procedimientos, y se abstienen de presentarse en otros, o se reparten el mercado, o bien se adjudican zonas geográficas.
- Rotación de adjudicatario. Acuerdo por el cual, ciertas firmas que operan en el mismo ramo convienen presentarse en determinados procedimientos, y en otros no, a efectos de que se produzca la rotación. En otros casos, los agentes se dividen los organismos ante los cuales se presentarán unos, y ante qué otros, los restantes.

Cabe destacar que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha efectuado una investigación en procura de determinar ciertos tipos de prácticas a efectos de prevenirlas, y ha recomendado para ello, conformar dos listas de verificación donde luzcan los aspectos para tener en cuenta por parte de los servidores o funcionarios públicos que intervengan en materia de contratación pública. De lo expuesto surge la relevancia de la temática, y la necesidad del conocimiento y capacitación a los servidores públicos, a efectos de que los mismos se encuentren preparados para afrontar el reto de dar cabal cumplimiento a los postulados de la libre competencia.

B. Confección de bases que rigen los llamados con previsiones o especificaciones que únicamente pueden ser cumplidas por determinado agente

La redacción de las bases del llamado constituye una instancia que es vulnerable al sesgo, el fraude y la corrupción. Las especificaciones deben ser claras y completas, pero no discriminatorias. La OCDE indica que dichas especificaciones deben, como regla general, centrarse en el rendimiento funcional, lo que implica enfatizar en lo que se quiere lograr en lugar de la forma en que se va a hacer. En tanto más claros sean los requisitos, más fácil resultará para los proveedores potenciales entenderlos, y mayor será su confianza a los efectos de preparar y presentar sus ofertas. Cabe señalar que la OCDE indica que la claridad no se debe confundir con la previsibilidad, evitando contratos que presentan siempre valores idénticos que contienen datos que pueden ser fácilmente compartidos entre competidores. Por último, es menester indicar que la confección de bases de un llamado a contratación que únicamente puedan ser cumplidas por un agente constituye una hipótesis de “llamado dirigido”. Dicho proceder se encuentra previsto en las normas que rigen en diversos países, prohibiéndose tal obrar, en tanto el mismo contraviene el principio de igualdad de trato, entre otras reglas de derecho. En general, las regulaciones normativas prevén que dicho proceder configura una falta grave.

VI. SER Y PARECER EN EL COMPORTAMIENTO ÉTICO

Las normas que refieren a la ética pública tienden a destacar la trascendencia de la exteriorización de la conducta, es decir, que las normas atienden a la necesidad de ser y parecer, siendo ésta una tendencia a nivel internacional. De esta forma, no sólo se debe ser un servidor independiente, imparcial, honesto, probo, respetuoso, eficaz y actuar conforme a criterios de buena administración, sino que resulta imperioso mostrarse de tal forma en el accionar. En este sentido, resulta destacable lo dispuesto por el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, donde, a efectos de acentuar la necesidad no sólo de dar cumplimiento a los requerimientos éticos según la percepción personal del servidor público, sino también desde la perspectiva de los terceros, introduce la figura del observador razonable. Así, los funcionarios judiciales, al momento de adoptar determinada conducta, deben abstraerse de cualquier situación particular, posicionándose en el lugar de ese observador razonable, el que puede definirse como “aquel que usando su sana crítica, razón, y sentido

común, analiza o examina la actuación del Magistrado”.²³ Así, el observador razonable sería aquel sujeto común que posee las condiciones de un hombre medio, ajeno a cualquier situación particular, que utiliza su capacidad de discernimiento, examinando la conducta del magistrado, especialmente en lo que refiere a su imparcialidad, integridad y honestidad profesional.

Si bien dicho Código se aplica únicamente a un sector de servidores públicos (particularmente a los funcionarios judiciales), resulta trascendente lo indicado para advertir la relevancia de la tendencia actual a tener presente la exteriorización de la conducta. De esa forma, la tendencia actual es la de entender que el servidor de que se trate debe actuar de acuerdo con principios éticos imperantes, y es de vital importancia irradiar la apariencia de que se actúa de dicha manera debiendo “ser y parecer”.

VII. ASPECTOS ÉTICOS RELEVANTES EN LA MATERIA

Una vez analizados los principios más trascendentes, así como algunas de las conductas irregulares que se producen en materia de contratación pública, corresponde analizar determinados aspectos que se destacan por su gran relevancia.

1. *Recepción de regalos y otros beneficios por parte de los funcionarios públicos con competencia en materia de contratación pública*

En general, la normativa anticorrupción en los diversos países de América y Europa, así como los códigos de conducta en la función pública, prestan atención a regular la cuestión referente a los regalos y beneficios a los funcionarios públicos. Cabe destacar que se prohíbe recibir regalos y otros beneficios con la finalidad de realizar o retardar un acto relativo a la función, conducta que se encuentra en general tipificada como delito en los diversos códigos penales. No obstante, en varios países se permiten regalos de escasa entidad por razones de cortesía, y se regulan los regalos diplomáticos, etcétera, excepciones que se prevén como admisibles siempre que los mismos no sean destinados a realizar o retardar los actos relativos a la función referidos precedentemente.

Este tema resulta de gran trascendencia y genera polémica cada vez que el mismo es tratado, pero debe tenerse presente que el mismo adquiere una

²³ Ruiz-Díaz, Paula y Pinto Nerón, Ximena, “El concepto de observador razonable”, en *Aplicación del CMIEJ en Uruguay*, 2009, Suprema Corte de Justicia de México, p. 96.

importancia aún mayor cuando el regalo, dádiva o beneficio es recibido por un funcionario que presta tareas en el ámbito de la contratación pública. En el ámbito internacional, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción establece en su artículo 8o., que cada Estado parte procurará establecer medidas para exigir que los funcionarios públicos hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos

Por otra parte, cabe señalar lo previsto en el Código Iberoamericano de Buen Gobierno, el que establece que los funcionarios “rechazarán cualquier regalo, favor o servicio, personal o familiar, en condiciones ventajosas que, más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, puedan condicionar el desempeño de sus funciones.”

Respecto de la temática objeto de estudio, citaremos lo previsto en algunos países:

- a) En España, el artículo 54 de la Ley 7/2007 (Estatuto del Funcionario Público), en su numeral 6o. establece que “Se rechazará cualquier regalo, favor o servicio en condiciones ventajosas que vaya más allá de los usos habituales, sociales y de cortesía, sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal”. Por otra parte, la Ley 19/2013 de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en su artículo 26, numeral 6o., establece que los funcionarios no aceptarán para sí regalos que superen los usos habituales, sociales o de cortesía ni favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el desarrollo de sus funciones. Asimismo, se indica a texto expreso que en el caso de obsequios de una mayor relevancia institucional se procederá a su incorporación al patrimonio de la administración pública correspondiente.
- b) En Uruguay, el artículo 31 del Decreto 30/003 establece la prohibición a los funcionarios públicos, de solicitar o aceptar dinero, dádivas, beneficios, regalos, favores, promesas u otras ventajas, directa o indirectamente, para sí o para terceros, a fin de ejecutar, acelerar, retardar u omitir un acto de su empleo o contrario a sus deberes o por un acto ya cumplido. A esos efectos, se tomará especialmente en cuenta, que el regalo o beneficio provenga de una persona o entidad que gestione o explote concesiones, autorizaciones, privilegios o franquicias otorgados por el órgano o entidad en que el funcionario se desempeña, sea contratista o proveedor de bienes o servicios, a

un organismo público o estuviere interviniendo en un procedimiento de selección, o tenga intereses que pudieran verse significativamente afectados por la decisión, acción, aceleración, retardo u omisión del organismo o entidad en el que el funcionario se desempeña. Sin perjuicio de lo expuesto, el artículo 32 del Decreto 30/003 establece una serie de regalos permitidos, dentro de los que menciona “las atenciones de entidad razonable recibidas en oportunidad de las fiestas tradicionales en las condiciones que los usos y costumbres las admitan”, así como los regalos protocolares, etcétera. Por otra parte, la Ley 19.121 (Estatuto del Funcionario Público de los servidores de la Administración Central), en su artículo 30 establece la prohibición de solicitar o recibir cualquier obsequio, gratificación, comisión, recompensa, honorario o ventaja de terceros, para sí o para otros, por los actos específicos de su función, “excepto atenciones de entidad razonable que se realicen por razones de amistad, relaciones personales o en oportunidad de las fiestas tradicionales en las condiciones que los usos y costumbres las admitan”.

- c) En Argentina, la Ley 25.188 de Ética Pública, en su artículo 18, establece que los funcionarios públicos no podrán recibir regalos, obsequios o donaciones, sean de cosas, servicios o bienes, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones, exceptuando el caso de que los obsequios sean de cortesía o de costumbre diplomática, en cuyo caso se prevé la reglamentación de los mismos a efectos de ser incorporados al patrimonio del Estado.

En conclusión, en general los países prohíben la recepción de regalos o cualquier otro tipo de beneficio, salvo las excepciones que a texto expreso se establecen. Sin perjuicio de ello, y aun en los casos en los cuales podría incluirse dentro de la excepción, se entiende que las prohibiciones referidas deben interpretarse a la luz de la plena vigencia de los principios que rigen el obrar de los funcionarios públicos, tales como ser los de imparcialidad y probidad, destacándose la trascendencia del ser y el parecer referido precedentemente. Consecuentemente, entiendo que quienes desempeñan tareas en materia de contratación pública deben ser especialmente cuidadosos al momento de encontrarse ante una situación como las detalladas. En Uruguay, por ejemplo, donde se permiten regalos de “entidad razonable” en época de fiestas tradicionales, esta problemática adquiere gran trascendencia. La OCDE ha analizado dicha temática. Al respecto, ha señalado que

No es el valor del regalo que es el tema principal de la política en la mayoría de los casos: es la cuestión de cómo tratar adecuadamente con la relación real o presunta entre donante y el receptor que más importa. Regalos a los profesionales de contratación en su capacidad privada (en contraposición a los regalos oficiales a la organización del funcionario), deben plantear la cuestión de si existe una relación entre el donante y el receptor, que podría constituir un grave riesgo para la integridad del funcionario individual, o a la organización.²⁴

A esos efectos, la OCDE formula una *checklist* que se debería plantear todo funcionario público a efectos de reflexionar sobre el regalo o beneficio que le es entregado. Esa lista plantea el análisis de cuatro aspectos del regalo, a saber:

1. *Genuino*. ¿Es genuino, en agradecimiento por algo que he hecho en mi papel como practicante de adquisiciones y no solicitado o alentado por mí?
2. *Independiente*. Si acepto este regalo, ¿una persona razonable tendría alguna duda de que yo pudiera ser independiente en hacer mi trabajo en el futuro, sobre todo si la persona responsable de este regalo está involucrado o afectado por una decisión que yo pueda hacer?
3. *Libre*. Si acepto este regalo, ¿me sentiría libre de cualquier obligación de hacer algo a cambio de la persona responsable de la ofrenda, o por su familia/amigos/o asociados?
4. *Transparente*. ¿Estoy preparado para declarar este regalo y su fuente, de forma transparente, a mi organización y sus clientes, a mis colegas de profesión y para los medios de comunicación y el público en general?²⁵

Al respecto, comparto lo expresado por el profesor norteamericano Robert Klitgaard en tanto indica: “Gifts and bribes can be difficult to distinguish”,²⁶ lo que significa que regalos y sobornos pueden ser difíciles de distinguir, de diferenciar. En efecto, si una empresa proveedora del Estado

²⁴ OCDE, “Gifts and Gratuities Checklist”, traducción propia de material, disponible en: <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/giftsandgratuitieschecklist.htm> (fecha de consulta: 25 de mayo de 2015).

²⁵ *Idem*.

²⁶ Klitgaard, Robert, “Addressing Corruption Together”, presentado en el Simposio de la OCDE celebrado el 11 y 12 de diciembre de 2014, p. 19. Traducción propia del documento, disponible en: <http://www.oecd.org/dac/governance-peace/publications/FINAL%20Addressing%20corruption%20together.pdf> (fecha de consulta: 31 de mayo de 2015).

entrega un regalo o beneficio a algún funcionario que se desempeña en el ámbito de las compras públicas, es menester preguntarse cuál es su finalidad y el impacto que esto produce, debiéndonos plantear asimismo cuál es la visión de la ciudadanía al respecto, en tanto la exteriorización de la conducta impacta en forma directa en la imagen institucional.

2. *Posibles conflictos de intereses. Declaraciones juradas de bienes e ingresos. Mecanismo de la puerta giratoria*

Uno de los grandes problemas en el ámbito de la contratación pública es la existencia de posibles conflictos de intereses. Al respecto, es necesario tener presente que el artículo 8o. de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción establece:

Cada Estado Parte procurará, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos.

El artículo 9o., literal e), de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, establece que los Estados parte procurarán establecer “Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.”

Por otra parte, el artículo III de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), bajo el acápite “Medidas preventivas”, establece que los Estados parte convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: “Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda” (núm. 4). De esta forma, adquiere singular relevancia la declaración jurada de bienes e ingresos, que se encuentra prevista en gran cantidad de países, donde cierto sector de funcionarios públicos deben declarar cuál es su patrimonio. El contenido de la declaración jurada referida y los

términos y condiciones en que la misma se presenta varía de país a país, sin perjuicio de lo cual del relevamiento efectuado surge que en gran cantidad de casos, dentro de la nómina de funcionarios obligados a presentar la declaración, se encuentran los funcionarios con competencia para gastar; es decir, aquellos que participan en los procedimientos de contratación pública con competencia para decidir al respecto.

Asimismo, se debe tener presente que existe una tendencia actual de la doctrina, de sustentar la posibilidad de incluir conjuntamente con la declaración jurada una declaración o registros de intereses o actividades para ciertos cargos públicos, así como sus respectivas actualizaciones periódicas, y la creación y mantenimiento de bases de datos que faciliten a los órganos competentes la realización de búsquedas y consultas.²⁷

Por otra parte, en cuanto a los conflictos de intereses actuales y futuros, se debe considerar el llamado “mecanismo de la puerta giratoria” (conocida como *revolving door*), el que se desarrolla mediante el trasiego del sector público al sector privado. Originalmente, refería a la situación de los altos cargos públicos (generalmente políticos), que luego pasaban a formar parte de empresas privadas respecto de las que en el ámbito público habían tenido relaciones comerciales, o bien de contralor o regulación. Hoy en día este fenómeno es conocido con diversos alcances y contenidos, y existe la tendencia a nivel internacional, de evitar que el mismo se configure; por tanto, ese posible trasiego es susceptible de afectar la contratación que realiza el Estado.

VIII. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDADES

El incumplimiento del deber ético por parte de los funcionarios actuantes en materia de contratación pública los hace pasible de responsabilidades, siendo que a esos efectos resulta por demás trascendente el hecho de que los principales postulados éticos se encuentren plasmados en normas jurídicas. En efecto, si bien la ética va más allá de lo que surja de preceptos normativos, la circunstancia de que exista una norma jurídica que recoja deberes y obligaciones resulta fundamental al momento de llamar a responsabilidad a un servidor público. De esta forma, se destacan los aspectos básicos de la responsabilidad, los que pueden esquematizarse de la siguiente forma:

²⁷ En este sentido, el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención contra la Corrupción (MESICIC) realizó una recomendación a Costa Rica en la IV Ronda del Comité de Expertos.

1. *Responsabilidad disciplinaria*

Los funcionarios públicos que cometen faltas disciplinarias deben ser sancionados, en el ámbito del poder disciplinario con que cuenta la Administración Pública Estatal. A esos efectos, deben seguirse los procedimientos pertinentes que se establecen en los diversos ordenamientos jurídicos, otorgando todas las garantías necesarias, en respeto del principio del debido proceso y el derecho de defensa. En España, el Real Decreto 33/1986, del 10 de enero, aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado. Entre las faltas graves que tipifica, establece en su artículo 7o., literal g), la de “Intervenir en un procedimiento administrativo cuando se dé alguna de las causas de abstención legalmente señaladas”. Ésta es una de las faltas previstas expresamente, que es susceptible de producirse en un procedimiento de contratación pública. Como analizamos al estudiar el principio de imparcialidad, el funcionario público que advierte que existe alguna circunstancia que puede afectar su neutralidad debe excusarse de participar en el procedimiento referido, y si no lo hace, es pasible de tipificar una falta administrativa que lo hará merecedor de una sanción.

2. *Responsabilidad civil-patrimonial*

Por otra parte, el funcionario que adopta una conducta y causa un daño a la propia administración o a terceros es pasible de responsabilidad civil, y debe responder patrimonialmente cuando se configuren los extremos que hacen nacer la responsabilidad citada. Por regla general, en un Estado de derecho, el mismo es el primero en someterse al ordenamiento jurídico, por lo que es pasible de responsabilidad como cualquier otro sujeto de derecho. En este sentido, gran cantidad de las Constituciones de diversos países recogen como normas de máxima jerarquía aquellas que regulan la responsabilidad del Estado. Si ese obrar que hace al Estado pasible de responsabilidad, deriva de una conducta atribuible a un funcionario público en términos de responsabilidad el Estado podrá repetir contra el mismo. Por supuesto que también existe la responsabilidad en forma directa del funcionario, que puede ser llamada a operar por el tercero afectado; pero normalmente esta situación es de las que menos ocurren en los hechos.

3. *Responsabilidad penal*

Si la conducta asumida encuadra en la tipificación de alguno de los delitos previstos por la normativa vigente, surgirá el reproche penal de ese obrar. Cada país tipifica las conductas delictivas que resultan reprobables. Sin perjuicio de ello, cabe señalar con carácter general, y con independencia de las particularidades del tipo penal establecidas en cada ordenamiento jurídico, que algunos de los delitos contra la administración pública que son susceptibles de cometerse en el ámbito de la contratación pública, son:

A. *Cohecho*

Con independencia de los matices existentes en las diversas regulaciones normativas de los países, podemos decir que el cohecho es la conducta delictiva que se asocia en forma directa con el concepto de corrupción. En efecto, el cohecho comprende el soborno, la solicitud y aceptación de dádivas, regalos u otros beneficios para retardar un acto debido, o para realizar un acto concreto y otro tipo de conductas.

Se ha indicado por parte de la doctrina, que el cohecho es “el delito insignia de las irregularidades en las contrataciones públicas”, siendo en la mayoría de los casos “de muy difícil prueba” en tanto “suele imperar un alto nivel de opacidad, secreto e intrascendencia hacia terceros distintos de los que en tiempo y modo lo practican”.²⁸

Se le conoce comúnmente como “pago de coimas” o sobornos.

B. *Tráfico de influencias*

Refiere a la invocación de influencias (reales o simuladas), y en aras de ello solicitar o recibir un provecho económico, con el fin de influir decisivamente sobre un funcionario público para retardar u omitir un acto de su encargo, o bien por ejecutar un acto del mismo.

C. *Malversación de caudales públicos*

Los países que tipifican este delito incluyen diversas conductas, realizadas por diversos agentes y en situaciones disímiles. Lo trascendente es que lo

²⁸ Colombo, Marcelo y Honisch, Paula, *Delitos en las contrataciones públicas*, *op. cit.*, p. 133.

que procura es tutelar el desenvolvimiento normal de los caudales públicos. Contempla, en algunas regulaciones normativas, el caso de los funcionarios que dan a los caudales o recursos públicos una aplicación diferente a la que están destinados. En algunos países específicamente se hace referencia al peculado, mientras que en otros se incluye la conducta que refiere al mismo dentro de la malversación de caudales públicos. El delito de peculado en general se tipifica cuando el funcionario público se apropia de dinero o cosas muebles de que estuviere en posesión por razón de su cargo, pertenecientes al Estado, o a los particulares, en beneficio propio o ajeno.

IX. COMPETENCIA PROFESIONAL Y CAPACITACIÓN N LA MATERIA

Las normas dictadas en materia de prevención y detección de prácticas corruptivas, tanto de fuente interna como internacional, tienen en común que ponen el acento en la capacitación de los servidores públicos a efectos de lograr que sean idóneos en el ejercicio de sus tareas y den cumplimiento a normas y principios imperantes en materia de función pública. La Convención Interamericana (CICC), en su artículo III, señala que los Estados parte convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades (numeral 3). Recogiendo esta exigencia, en los diversos organismos de diversos países se establecen programas de formación para el personal que ingrese, así como cursos de actualización que contemplen aspectos referentes a la moral administrativa, incompatibilidades, prohibiciones y conflictos de intereses en la función pública, además de los otros aspectos.

Esta temática adquiere especial relevancia en materia de contratación pública, en virtud de tratarse de un sector sensible, donde la capacitación debería ser integral y comprender la impartición de los temas relacionados con la ética pública. Es menester destacar la existencia de ciertas experiencias exitosas, como ser la recientemente implantada en la República de Chile, donde los funcionarios públicos que se desempeñan en compras estatales rinden una prueba de acreditación de competencias, abordando temas relacionados con las compras públicas, normativa aplicable, gestión de abastecimiento, inclusión de grupos vulnerables a las adquisiciones estatales, incluyendo situaciones relacionadas con el principio de probidad, confección de bases de los llamados y criterios de evaluación. Los funcionarios que no

obtengan su acreditación son bloqueados en el sistema, en tanto no pueden ingresar con su clave de acceso a la plataforma de licitaciones de ChileCompra al no recibir la acreditación en competencias referida.²⁹

X. CONCLUSIONES

La corrupción constituye un lamentable flagelo, cuyo combate debe efectuarse a través de la ética. En materia de contratación pública adquiere trascendencia la figura del corruptor. Tal como se ha señalado, la corrupción no es un fenómeno que afecta únicamente al sector público, sino que puede existir coparticipación con la actividad privada. Así, se ha dicho que “no existiría corrupción administrativa sin participación de un particular, que quizá esté inmerso en una empresa cuyo modo de trabajar sea la corrupción privada”.³⁰ Asimismo, es necesario tener presente la forma en que financian los partidos políticos en los diversos países, pues ello tiene repercusión en ciertos aspectos que pueden darse en la contratación pública.³¹

²⁹ Plataforma de ChileCompra, disponible en: www.mercadopublico.cl.

³⁰ Arriaga, Claudia, “Función pública y corrupción”, *Revista de Derecho Público*, núm. 30, Montevideo, p. 77.

³¹ Un aspecto relevante, refiere al caso de financiamiento de los partidos políticos, fundamentalmente en época de campaña electoral, con fondos provenientes por parte de un grupo del sector privado conformado por proveedores del Estado. Esta temática resulta de gran trascendencia en la materia que nos ocupa a nivel mundial. Destacaremos el caso del Uruguay. En dicho país, la Ley 18.485, de Partidos Políticos establece en su capítulo III, disposiciones relativas al costo de funcionamientos de los mismos. En su artículo 45 establece ciertas prohibiciones, entre las que se encuentran el aceptar directa o indirectamente contribuciones o donaciones anónimas, con excepción de aquellas que no superen las 4.000 UI (cuatro mil unidades indexadas). En ningún caso la suma de donaciones anónimas podrá exceder el 15% del total de ingresos declarados en la rendición de cuentas anual. Otra de las prohibiciones establecidas es la de aceptar contribuciones o donaciones de empresas concesionarias o adjudicatarias de obras públicas, siendo que en caso de trasgresión de ello, la Corte Electoral (órgano de control del sistema electoral, creado constitucionalmente), lo comunicará al órgano estatal que haya concedido el servicio o adjudicado la obra, el cual atendiendo al interés del Estado, deberá:

A) Si se tratare de obra, determinar que en el futuro la empresa, o ésta y sus directivos responsables, no serán tenidos en cuenta para nuevas adjudicaciones.

B) Si se tratare de concesión de servicio, declararla precaria o extinguida dentro de los ciento ochenta días de recibida la comunicación de la Corte Electoral, sin perjuicio de la sanción referida precedentemente.

Por otra parte, el artículo 44 de la Ley 18.485 preceptúa que “Las empresas concesionarias de servicios públicos que mantengan relaciones contractuales con el Estado, formalizadas mediante contratación directa o adjudicación de licitación, podrán realizar donaciones o contribuciones a los partidos políticos, sus sectores internos o listas de candidatos, por un

Cuando se pierden de vista los conceptos mismos de servicio público e interés general, la configuración de prácticas no debidas es un hecho. Como se ha indicado, existen normas que incluso recogen principios, que pretenden ser rectores en materia de conducta en la función pública, y tienen como finalidad el cumplimiento de mandatos éticos a efectos de prevenir, sancionar y en definitiva, erradicar, la corrupción. Es entonces que nos preguntamos por qué diariamente tenemos conocimiento de conductas no deseables adoptadas por servidores que no hacen más que desprestigiar a la administración pública toda, lo que se hace más visible cuando dichas prácticas son conocidas por compañeros y jefes, y son toleradas. Cabe preguntarse entonces: ¿acaso debemos concluir que las disposiciones existentes no son suficientes? Sin dudas, el problema va mucho más allá de la normativa.

Es menester tener presente que el derecho no puede cubrir todos los aspectos que la ética impone, siendo que ambos órdenes se encuentran relacionados y se vinculan con la cultura imperante en la sociedad de que se trate y en el momento en que ocurra. Tal como se ha señalado, resulta trascendente indicar la “íntima vinculación que mantienen las prácticas corruptas con las concepciones culturales y las valoraciones geoantropológicas en una comunidad y un tiempo histórico determinados...”³² Es necesario recordar las palabras de Michael Reisman. Dicho autor, a efectos de brindar un acercamiento a la justificación de los procesos sociales, señala que cada sociedad cuenta con un sistema mítico constituido por las normas y principios imperantes en el ordenamiento jurídico, y que por lo tanto nos indican qué conductas están permitidas y cuáles prohibidas, mientras que por otro lado posee un código práctico que será el que indique quiénes van a ser castigados y quiénes no, determinando lo que la sociedad tolera. Ello se basa en la existencia de patrones de conducta. Así, “es la existencia del

monto que no exceda las 10.000 UI (diez mil unidades indexadas) anuales. Sin perjuicio de lo señalado precedentemente podrán ceder a título gratuito servicios o materiales específicos de su giro...”. Cabe señalar que la normativa analizada dispone que las sanciones previstas serán aplicadas por la Corte Electoral, de oficio o por denuncia fundada de parte. En la actualidad, se discute sobre el efectivo cumplimiento de esta norma, siendo cuestionadas ciertas empresas proveedoras del Estado por haber contribuido al financiamiento de partidos políticos, sin repercusión alguna a su respecto. En consecuencia, aun en los países donde se regula con precisión normativa la cuestión, la falta de aplicación de la misma conlleva a la carencia de transparencia y al reclamo por parte de la sociedad al respecto, por lo que cabe reflexionar sobre el alcance de esta temática. En efecto, los ordenadores de gastos y pagos pueden ser incluso funcionarios de confianza designados como tales por el partido político de gobierno, resultando por demás importante que se evite el trasiego de influencias.

³² Iglesias Río, Miguel Ángel Y Arnáiz, Teresa, *op. cit.*, p. 929.

Código práctico lo que determina la existencia de corrupción”.³³ Ese código práctico únicamente podría paliarse a través de la instrucción, siendo que las normas vigentes en la materia deponen en tal sentido.

Resulta imprescindible capacitar no sólo a los servidores públicos, sino también a los ciudadanos en general, a los efectos de crear una concepción de la ética pública, que redundará en beneficio de la comunidad toda. En efecto, resulta necesario capacitar e instruir a la población toda, desde las primeras etapas de formación, en materia de ética de los servidores públicos. Ello ayudará a contribuir a la formación de la conciencia popular y a poner el tema en debate, y generan la discusión y el intercambio de ideas, y fortalecen la implementación de mecanismos de participación ciudadana.

Como se ha indicado *ut supra*, la capacitación resulta elemental para lograr la efectividad de las normas y principios analizados en el presente trabajo, así como para afianzar las conductas éticas. En este sentido, se debe educar, compartiéndose lo expresado por Gaby Ledesma:

Educar, y aquí viene un tema difícil. Educar para que entendamos que el Estado somos todos, nosotros y cada uno. La crisis de este concepto es bien palpable. Si no, piensen; imaginen a alguien que ha cometido un acto de corrupción que Uds. conozcan. Ahora imagínense a esa persona metiéndoles la mano en el bolsillo: no se lo imaginarían, porque eso es robar, y esa persona no roba. Pero sí le roba al Estado, porque el Estado no es nadie, no tiene personalidad, entonces eso, para esa persona, no es robar.³⁴

De esta forma, la capacitación resulta de imprescindible implementación; se debe advertir en los programas de formación sobre ética pública, acerca del flagelo de la corrupción, y brindar herramientas para que tanto los servidores públicos como la población sean conscientes del alcance de la configuración de figuras tales como el nepotismo o el favoritismo para retribuir una ayuda brindada o a otorgarse en el futuro, entre otras múltiples acciones que de configurarse afectan la integridad del obrar público.

Por último, se señala la trascendencia de reforzar los mecanismos de control, de los que muchas veces la administración pública pretende escapar. Sería necesario reforzar las instituciones con competencia en la materia, a efectos de lograr instancias de prevención y detección confeccionadas con base en experiencias comunes. De esta forma, se comparte la propuesta formulada por Robert Klitgaard con relación a la posibilidad de implemen-

³³ Ledesma, Gaby, “Pautas para detectar la corrupción en el sector público”, en *Control de prácticas abusivas en el nuevo milenio*, Konrad Adenauer, p. 65.

³⁴ *Ibidem*, p. 70.

tar en la materia, un sistema similar al que utilizan los embajadores norteamericanos, denominado “It worked for me”, donde se recogen por escrito experiencias por parte de quienes desempeñan el cargo de embajador, proporcionándole dichas experiencias a quienes los suceden en el cargo. Compartir experiencias es una buena fuente de conocimiento, que se debe ver reforzada con una aplicación del derecho administrativo como garante de la ética pública y de la noción de servicio que debe rodear la tarea del capital humano del Estado, con controles efectivos que permitan determinar que se cumplen los postulados esenciales en la materia.

En este sentido, es menester recordar las Recomendaciones efectuadas en la XVIII Asamblea General OLACEFS,³⁵ en donde, a raíz del estudio de las modalidades de asociación entre entidades públicas y privadas y su relación con el control, se sostuvo que

no se trata de lograr alcanzar la eficacia, eliminando controles, suprimiendo los mecanismos de contratación administrativa, aplicando la regla de la autonomía de la voluntad propia del Derecho privado, en fin, si se produce lo que se ha dado en llamar el proceso de desadministrativización, es preferible seguir con la ineficacia, porque la ausencia de controles supone inexistencia de controles y de allí a la corrupción hay un solo paso.

El prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción es una tarea de todos. Ha llegado el momento de tomar conciencia de la necesidad de asumir un rol protagónico en la materia, siendo que nuestro accionar diario como integrantes de la sociedad debe procurar el efectivo cumplimiento de los principios que rigen el obrar público, con el mayor alcance posible que podamos darle a la temática de referencia, desde el puesto que cada uno ocupa en el colectivo social, ya sea dentro o fuera de la maquinaria administrativa.

³⁵ La Organización Latinoamericana y del Caribe de Entidades Fiscalizadoras Superiores (OLACEFS) es un organismo autónomo, independiente y apolítico, y fue creado como una organización permanente que se encarga de cumplir funciones de investigación científica especializada y desarrollar tareas de estudio, capacitación, especialización, asesoría y asistencia técnica, formación y coordinación al servicio de sus miembros. La XVIII Asamblea General de OLACEFS, celebrada en Bogotá, Colombia, en octubre de 2008, se abocó al estudio del tema “El control de las entidades fiscalizadoras superiores en relación con las modalidades de asociación entre entidades públicas y privadas”.

LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO COMO INSTRUMENTOS PARA COMBATIR LA CORRUPCIÓN

Gustavo Alejandro URUCHURTU CHAVARÍN*

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

I. INTRODUCCIÓN

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

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

II. EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN Y EL COMERCIO INTERNACIONAL

Las Naciones Unidas considera a la corrupción

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³ Manzano Olvera, Virginia [reseña del libro *Globalización, comercio internacional y corrupción*, de Jorge F. Malem Seña, Barcelona, GEDISA], 2000, p. 2, disponible en: [DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas](https://tecnologias-</p></div><div data-bbox=)

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

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

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

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

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

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

⁴ Eigen, *op. cit.*, p. 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷ *Ibidem*, p. 5.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁹ Instituto Mexicano para la Competitividad, A. C. (IMCO), *Índice de riesgos de corrupción. El sistema mexicano de contrataciones públicas*, marzo de 2018, p. 2, disponible en: https://imco.org.mx/wp-content/uploads/2018/03/IRCBolein_06-03-2018.pdf (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2018).

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

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

III. CONVENCIONES INTERNACIONALES PARA EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. *Convención Interamericana contra la Corrupción*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹³ Rojas, *op. cit.*, p. 181.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. TRATADOS DE LIBRE COMERCIO FIRMADOS POR MÉXICO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. *Otros tratados*

A. *Modernización del TLCUEM*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. *TLCAN 2.0*

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

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

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

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

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

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

V. CONCLUSIÓN

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

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

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

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

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

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

La contratación pública y el sistema nacional anticorrupción, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 30 de marzo de 2020 en los talleres de Master Copy S. A. de C.V., Plásticos núm. 84, local 2 ala sur, Fraccionamiento Industrial Alce Blanco, Naucalpan de Juárez, Estado de México 53370, tel. 55 5524 2383. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *book cream* 70 x 95 de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 200 ejemplares (impresión digital).

El hilo conductor de este libro es el análisis del fenómeno de la corrupción dentro de la contratación pública. La importancia del tema estriba en que las compras gubernamentales donde intervienen las dependencias federales, estatales y municipales, las entidades del Poder Judicial y del Poder Legislativo, incluyendo los organismos constitucionales autónomos, es que —de acuerdo con un Informe de la Comisión Nacional de Competencia Económica— del universo de licitaciones existe un margen del treinta por ciento de corrupción mediante la oferta de productos y servicios con sobrepagos y otras prácticas corruptas, además de que la mayoría de los contratos públicos se dan por adjudicación directa (ochenta por ciento), lo cual contraviene el mandato constitucional de que las licitaciones deben ser abiertas, considerando la audiencia pública un elemento esencial para transparentar la actuación de la autoridad.

Es así que las diferentes opiniones y visiones del tema convierten a esta obra en un verdadero recetario de mejores prácticas para que el sistema de las contrataciones públicas sea uniforme, congruente y armónico con la normativa internacional.

