

EL COMPLIANCE

EN EL SECTOR PÚBLICO MEXICANO

UN ÁREA DE OPORTUNIDAD PARA GARANTIZAR EL DEBIDO CUMPLIMIENTO EN LAS ENTIDADES Y LOS PROGRAMAS GUBERNAMENTALES

Por CARLOS REQUENA y CARLOS MIGUEL GÓMEZ



EL COMPLIANCE

EN EL SECTOR PÚBLICO MEXICANO

UN ÁREA DE OPORTUNIDAD PARA GARANTIZAR EL
DEBIDO CUMPLIMIENTO EN LAS ENTIDADES Y LOS
PROGRAMAS GUBERNAMENTALES

Por CARLOS REQUENA y CARLOS MIGUEL GÓMEZ

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	01
2. EL POTENCIAL DEL COMPLIANCE LEGAL EN EL SECTOR PÚBLICO: EXPERIENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA	03
2.1. ANTECEDENTES DEL COMPLIANCE GUBERNAMENTAL ESTADOS UNIDOS	03
2.2. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE COMPLIANCE GUBERNAMENTAL	12
3. ÁREAS CLAVE DEL SECTOR PÚBLICO EN LAS QUE ES NECESARIO APLICAR MEDIDAS DE COMPLIANCE	14
3.1. EMPRESAS PRODUCTIVAS DEL ESTADO MEXICANO	16
3.2. DEPENDENCIAS Y ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	17
4. HERRAMIENTAS DE COMPLIANCE SUSCEPTIBLES DE IMPLEMENTACIÓN	19
4.1. EL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO O COMPLIANCE OFFICER	19
4.2. EL PROGRAMA DE COMPLIANCE	21
4.3. LA GESTIÓN DE RIESGOS PENALES. POLÍTICAS INTERNAS DE PREVENCIÓN DELICTIVA	22
4.4. LOS COSTOS DE CUMPLIMIENTO Y DE INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVIDAD	27
4.5. LA AUDITORÍA DE CUMPLIMIENTO BAJO EL ENFOQUE DEL COMPLIANCE	28
5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	29
FUENTES	31

1. INTRODUCCIÓN

LOS GOBIERNOS MEXICANOS HAN IMPLEMENTADO DIVERSOS SISTEMAS DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN QUE, EVIDENTEMENTE, NO HAN SIDO EFECTIVOS. DICHS SISTEMAS HAN CARECIDO DE EFECTIVIDAD DEBIDO, ENTRE OTRAS CAUSAS, A QUE SE CENTRAN, PRIMORDIALMENTE, EN EL CONTROL ADMINISTRATIVO FORMAL (CONTROL DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA), CON EL QUE SE VIGILA LA LEGALIDAD Y SE REVISAN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, PERO NO LAS CONDUCTAS SUBJETIVAMENTE ILÍCITAS Y REPROCHABLES.

Por ello, esos sistemas han sido fácilmente transgredidos por la cúpula del poder político-administrativo. El control interno ha sido el único mecanismo que ha funcionado de manera eventual pero, en la práctica, sólo como medida reactiva, porque se ha prestado poca atención, hasta ahora, a la labor de prevención, mapeo de riesgos y evaluación de campos vulnerables, así como a las políticas que previenen, mediante la promoción de valores de cumplimiento regulatorio, la corrupción y la ilegalidad.

Debido a esta situación, resulta indispensable adoptar el *Compliance* en el sector público mexicano, el cual consiste en el conjunto de mecanismos diseñados e instrumentados para garantizar el cumplimiento normativo y el comportamiento ético en las organizaciones, tanto públicas como privadas, a través de la gestión de riesgos legales y penales; la promoción de la legalidad y la integridad, así como la respuesta, la investigación y la sanción efectiva ante faltas de conducta y actos de corrupción.

Cabe señalar que el establecimiento de la función de *Compliance* en el sector privado mexicano ha tomado auge en la actualidad porque las empresas, como personas morales, están obligadas a contar con una política de integridad, porque ha aumentado la complejidad regulatoria y por la necesidad de anticipar la materialización de riesgos legales y penales, a fin de garantizar el cumplimiento de la normativa aplicable. Prueba de ello, es la instauración de la figura del *Compliance Officer* y la instrumentación de programas de *Compliance* al interior de un mayor número de empresas, el incremento en la oferta de cursos, diplomados, capacitaciones y talleres sobre esta materia, así como la conformación de grupos de trabajo especializados para abordar este tema, como es el caso del Comité de *Compliance Managers* de la International Chamber of Commerce (ICC), Capítulo México.

A diferencia del ámbito privado, en el sector público mexicano no se ha explorado, lo

suficiente, la viabilidad de adoptar e implementar la función de Compliance, a pesar del amplio potencial que este enfoque tiene para contribuir a que las instituciones gubernamentales y los servidores públicos actúen bajo los principios de “legalidad”, “lealtad” e “integridad”, instaurados en la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

La función de Compliance es necesaria ya que, si la legalidad es un principio inherente al Estado de Derecho, en la práctica el comportamiento falto de ética de ciertos servidores públicos, ha obligado a que el sector público mexicano cuente con mecanismos más efectivos para prevenir, detectar, evaluar y responder ante la ocurrencia de faltas de conducta y de actos de corrupción.

Es por ello que el presente ensayo tiene por objeto realizar una primera aproximación sobre la factibilidad de aplicar el Compliance en el sector público mexicano, a partir del análisis de experiencias internacionales, la

detección de las áreas clave en las que resulta indispensable adoptar medidas de Compliance y la identificación de las herramientas de Compliance que se podrían implementar en la administración pública federal.

Este ensayo parte de la idea de que la adopción del Compliance en el sector público mexicano debe fundamentarse en un ejercicio profundamente reflexivo y crítico, a fin de explotar todo su potencial y no quedar en una implementación parcial de las medidas de Compliance o, en el peor de los casos, en una mera simulación de su adopción.

Asimismo, con este ensayo se pretende contribuir al logro de la meta mundial núm. 16.5 “Reducir considerablemente la corrupción y el soborno en todas sus formas”, establecida en la “Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible”, la cual fue acordada, en 2015, por los 193 Estados que conforman la Asamblea General de la ONU, entre ellos México.





2. EL POTENCIAL DEL COMPLIANCE LEGAL EN EL SECTOR PÚBLICO: EXPERIENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS Y ESPAÑA

2.1. ANTECEDENTES DEL COMPLIANCE GUBERNAMENTAL EN ESTADOS UNIDOS

La experiencia en materia de *Compliance* en el sector público gubernamental en Estados Unidos se remonta a los inicios mismos de su historia; sin embargo, fue con el escándalo del Watergate (1972), cuando cobró especial fuerza la idea de ejercer mayor control de la actividad gubernamental, sobre todo porque, tras las investigaciones que se realizaron a los operadores del entonces presidente Richard Nixon, se reveló que el robo de documentos realizados en la sede del Partido Demócrata no era un hecho aislado de corrupción, sino una serie de “situaciones concatenadas de irregularidades en el ejercicio del poder” (Campos, 2017, 24). A partir de entonces, la *ética pública* se convirtió en aquel país en un ‘dispositivo de prevención’ que protege a la ciudadanía de los posibles excesos de sus gobernantes, a la vez que cumple una función de relegitimación de los gobiernos.

Estados Unidos se transformó, después de ese relevante escándalo político, en el país pionero de las ‘medidas éticas’, aprobando la Ley de Ética para el Gobierno (EIGA; por las siglas en inglés de *Ethics on Government Act*, 1978). La idea fundamental era adelantarse a ese tipo de hechos, evitar que ocurrieran de nuevo. Para ello, la EIGA contempla dos medidas auxiliares de prevención: en primer lugar, la Oficina de Ética Gubernamental (conocida como OGE por las siglas de *Office of Government Ethics*), destinada a vigilar el cumplimiento de las leyes por parte de los funcionarios del Poder Ejecutivo y a crear ‘estándares de cumplimiento’ que permitieran auditar y realizar labores de control dentro de un marco de racionalidad aceptable. En segundo lugar, esta Ley dispone que los empleados gubernamentales de mayor jerarquía deben hacer públicos sus intereses financieros, sus fuentes de ingresos, pasivos, regalos, transacciones (como la compra y venta de valores), y deben notificar al público cualquier conflicto potencial que pueda surgir por el manejo de sus finanzas personales.

Si bien la mayor parte de los gobiernos norteamericanos, tanto republicanos como demócratas de aquel país, han cumplido con sus obligaciones de transparencia y con las demás exigencias contempladas en la EIGA, lo cierto es que hay voces disonantes que sostienen que ese instrumento tiende a la obsolescencia, pues los sistemas financieros y la economía se han vuelto más complejos, abriendo nuevos entresijos por los que se pueden colar intereses personalísimos de los servidores públicos. Ello resulta especialmente relevante en el actual gobierno del presidente Donald Trump, cuyo gabinete es considerado “el más rico en la historia moderna de Estados Unidos” (Marsco, 2018). Por ello, el cruce de *intereses público-privados* se ha vuelto sutil y no claramente identificable para la ciudadanía, al menos con los formatos y requisitos que se exigen en la actualidad, en donde los patrimonios, los inmensos activos y los vínculos con grandes fortunas se pierden a la vista del lector o ciudadano común, que no logra identificar las claves de la información. Por ello se ha acusado a algunos funcionarios de la actual administración pública de abusar de las deficiencias de la EIGA para esconderse en las opacidades de la imprecisión y de los informes demasiado generales.

En este marco se ha desarrollado una política de *Compliance* que, en efecto, sería necesario revisar, actualizar y poner al día de los retos anticorrupción, pero lo cierto es que esa *política regulatoria* va más allá de la mencionada EIGA y de la Oficina encargada de dar seguimiento a su aplicación. En todos los niveles del gobierno norteamericano han surgido iniciativas y proyectos que se han realizado con mayor o menor eficacia, pero que su aportación a esta materia resulta sin duda valiosa, tanto por su enfoque, como por la orientación que se ha dado a las prácticas de *Compliance* dentro de un esquema de mayor participación ciudadana.

Es esa búsqueda de participación lo que ha distinguido en los últimos años a las políticas anticorrupción y los sistemas de *Compliance del sector público* de aquel país anglosajón. Participación que, como es sabido, se ubica dentro de un esquema interpretativo específico que es el de la ‘gobernanza’.

Por ello, para abordar el desarrollo del tema que aquí nos ocupa seguiremos las principales líneas de la gobernanza, que son las que han marcado el *iter* de las políticas anticorrupción y de *Compliance gubernamental*.

EL PRIMER PRINCIPIO DE LA GOBERNANZA Y EJE DE LAS POLÍTICAS DE PREVENCIÓN ES EL ‘ESTADO DE DERECHO’. BAJO EL REINADO DE LA LEY, LOS INDIVIDUOS Y EL GOBIERNO CIÑEN SUS DECISIONES Y ACCIONES, EVITANDO CON ELLO LA ACCIÓN ARBITRARIA.

Así, el Estado de Derecho significa que la ley está por encima de todos y se aplica “a todos” de manera justa, tanto a gobernantes y gobernados por igual. Esto es, el cumplimiento es para lo público y lo privado. Se trata de un *sistema* que busca despersonalizar el ejercicio del poder político con la finalidad de frenar los abusos gubernamentales por medio de la “objetivación”, es decir, de la sustitución del campo decisorio regido por el “libre arbitrio” y la “conciencia personal”, a uno en el que rijan una norma objetiva e independiente, en la que se plasmen claramente derechos y obligaciones, límites de licitud e ilicitud y reglas en materia de *responsabilidades* civiles, administrativas y penales.

No obstante que el ciudadano medio u ordinario suele quejarse de la ausencia de ‘rostro humano’

en los gobiernos demasiado burocratizados y pedir mayor flexibilidad decisoria de los servidores públicos a fin de que “las cosas pasen”, y no se queden en proyecto o se cieguen en los eternos atolladeros de las instancias administrativas, lo cierto es que esa *flexibilidad* se confunde en ocasiones con *discrecionalidad*. Pero la discrecionalidad no es el indicador del nivel de orden ni civilización de un país. En cambio, sí lo es el desarrollo institucional de una red de normas jurídicas que establecen *límites objetivos* al ejercicio del poder. La ‘discrecionalidad’, en cambio, si no se le encausa debidamente, puede convertirse en el caldo de cultivo del abuso, la arbitrariedad y la corrupción.

En Estados Unidos, el Estado de Derecho (*Rule of law*), a diferencia del modelo alemán, español o del francés que se basan en el fortalecimiento del Poder legislativo para tratar de garantizar un marco regulatorio adecuado, hunde sus raíces en un *Poder Judicial efectivo y fuerte* cuya misión es vigilar y supervisar que toda política pública, acto de gobierno o de administración se rija por la Constitución. En este sentido, el Estado de Derecho y, por ende, el “gobierno objetivo” es consecuencia de una constante acción

vigilante y supervisora de la Suprema Corte de Justicia, que es la principal garante del cumplimiento normativo (Gozalbo, 2010, 279).

EL SEGUNDO PRINCIPIO DE LA GOBERNANZA
EN LA QUE SE BASA EL COMPLIANCE
GUBERNAMENTAL NORTEAMERICANO ES EL
DE TRANSPARENCIA O “APERTURA” EN EL
GOBIERNO.

Es un principio que responde al derecho de los ciudadanos a tener acceso a información sobre la actividad gubernamental y los procesos decisorios, lo cual redundaría en la exigencia de que los funcionarios gubernamentales estén dispuestos al escrutinio público y a la divulgación de sus decisiones, acciones y transacciones, así como a atender las solicitudes de información que hagan los ciudadanos en ejercicio de su derecho.

En el periodo presidencial de Barack Obama se dieron pasos serios en orden a “abrir el gobierno”, mediante sistemas de acceso a la información más eficaces y de más fácil acceso. Al llegar a la Casa Blanca en 2009, publicó un



Memorándum sobre Transparencia y Gobierno Abierto (*Memorandum on Transparency and Open Government*). Ordenó la creación de una instancia gubernamental (*Open Government Directive*) que tenía facultades para requerir a todas las oficinas de gobierno información respecto a su gestión interna y al manejo de datos (Meskell, 2010, 1-2). La finalidad era empoderar a los ciudadanos para que estuvieran en condiciones de participar de manera más directa en el gobierno, pues el hecho de estar informados de manera adecuada y con acceso a la información pública les permitiría tener mayor capacidad de opinar y de formar parte de grupos, comisiones y demás formas de organización para el control del gobierno en todos los niveles. Se trata de una medida que, como tantas otras tomadas por el entonces presidente, fue calificada por sus adversarios de “populista”, ya que abría las puertas del gobierno norteamericano como no se había hecho en la historia de Estados Unidos, en el que, por razones políticas y estratégicas, se ha tenido buen cuidado de encriptar la información y mantenerla bajo *secreto*. Por ejemplo, se creó el sitio web *federal recovery.gov* en el que se revelaban detalles del gasto público y gestiones gubernamentales que antes estaban reservadas para el conocimiento de la élite gobernante. Como consecuencia de esa apertura se generaron fuentes de datos que los grandes recolectores nunca hubieran podido imaginar.

Bajo el liderazgo del director de la oficina de información del entonces gobierno de Obama, de nombre Vivek Kundra, el Distrito de Columbia patrocinó un peculiar concurso entre los ciudadanos, convocándolos para que presentaran proyectos de aplicaciones creativas que permitieran al gobierno optimizar los recursos obtenidos por vía hacendaria. Los resultados fueron asombrosos: el uso de las Apps (*Apps for Democracy*) por parte del gobierno de DC produjo ahorros notables (Meskell, 2010, 1-2).

Otra de las consecuencias que se desprenden del acceso a la información pública, como lo advirtió en su momento el presidente Obama, es la ampliación de los márgenes de efectividad del “Gobierno colaborativo”, pues en la medida que haya mayor acceso a la información hay mayor conciencia de participación ciudadana y, por ende, las personas pueden ser tratadas como mayores de edad, es decir, como entes informados capaces de tomar decisiones directas en los complejos procesos decisorios colectivos. Para involucrar a los ciudadanos en el control de sus gobernantes y en escrutadores efectivos de la labor que realizan, se promovió un programa llamado *Wiki-Government* (Meskell, 2010, 2-3), idea que parece ser más ‘política’ que administrativa, pues como sabemos, existe un antiguo ideal inspirado en las democracias atenienses, donde los ciudadanos tomaban decisiones de modo participativo y directo, pero esa práctica hoy día parece imposible si se toma en cuenta el aumento de los niveles de complejidad del gobierno y de la sociedad misma. Por ejemplo, ¿Cómo podría un ciudadano de a pie interpretar los datos a los que quizá tenga acceso en una *plataforma digital*, si no cuenta con el conocimiento de las técnicas de medición, de estimación cuantitativa y de posibles riesgos financieros, jurídicos y sociales?

El control del cumplimiento regulatorio del gobierno en manos del pueblo es un bien o aspiración *deseable* pero cada vez ‘menos posible’. Los defensores de estos modelos de “control, vigilancia y supervisión popular” suponen que *el pueblo* goza de una inteligencia natural tan elevada que es capaz de interpretar los datos provenientes de fuentes diversas y de procesos complejos, “por el solo hecho de tener acceso a ellos”. Lo cual suena más a quimera y utopía que a posibilidad real. Sin embargo, como se ha dicho, Obama confiaba o decía confiar en ese *pueblo ilustrado o informado* que en la medida

que tuviera acceso se iría perfeccionando en su capacidad interpretativa y sería apto para tomar decisiones y, por tanto, asumir el control del *Compliance*, es decir, de escrutar de manera directa a sus gobernantes y sopesar sus niveles de cumplimiento y apego a la legalidad. Bajo la frase: “*integrity is doing the right thing, when no one is watching*” se puede esbozar el *Compliance* Gubernamental de los países occidentales, siempre que se garantice la transparencia y acceso a la información pública gubernamental.

Los defensores de esta postura afirman que los cúmulos de datos que están en manos del gobierno constituyen un “bien público”, al que cualquier ciudadano libre, honesto y con deseos de colaborar debe tener acceso sin restricciones, salvo en aquellos casos en que la seguridad pública y nacional puedan estar en riesgo. Asimismo, sostienen que la “*democratización de los datos*”, no sólo contribuirá a que los ciudadanos se hagan cargo de la labor de control, vigilancia y supervisión de sus gobernantes, sino que, al ser mayor el número de personas que cuentan con la información gubernamental, aumentan las posibilidades de proponer proyectos de mejora, como ocurrió en el DC USA, según hemos comentado. En el primer periodo de gobierno de Obama muchos servidores públicos se adhirieron al proyecto de transparencia que éste había propuesto desde su campaña, pero pronto cayeron en cuenta de la ‘enorme dificultad’ de que el sistema funcionara por sí mismo, como si se tratara de un proceso de automatización

input-output, en el que se verifica un control inmanente de la actividad de la administración pública. En este nivel la inteligencia artificial es el principal componente. Pero ¿Cómo garantizar la autenticidad de los datos y su no manipulación?

En la misma línea de apertura del gobierno y de promoción de un ejercicio de *Compliance ciudadano*, el presidente de la U.S. Security and Exchange Commission (SEC) ^{1/}, Christopher Cox anunció en el año 2009 que los informes corporativos de esa poderosa institución serían archivados (electrónicamente) con etiquetas XBRL (*Extensible Business Reporting Language*), que es un estándar disponible de manera gratuita para el intercambio de información de negocios. De tal manera que los datos contenidos en esos archivos sobre cálculo de impuestos, reportes anuales de ingresos, cifras de venta, pudieran ser compartidos para el uso de la ciudadanía, para que ésta realizara sus propias operaciones lo mejor informada posible. La explicación que daba Cox era que el adelanto de las tecnologías de la información había transformado las relaciones intergubernamentales y de Gobierno y sociedad; dado el amplio margen de información derivado de las diversas fuentes de datos, era necesario facilitar al ciudadano el mayor conocimiento posible, a fin de que tomara mejores decisiones, tanto para su propio interés particular como para participar en los procesos decisorios que involucran al gobierno (Stephenson, 2010, 6).

1/ Organismo encargado de vigilar que las empresas con valores bursátiles negociables revelen al público la información oportuna completa, concreta y concisa sobre sus estados financieros a fin de que los inversores estén correctamente informados para tomar decisiones adecuadas sobre la compra de títulos y obligaciones en el mercado financiero (Requena / Cárdenas, 2016).

2/ KML (siglas en inglés de Keyhole Markup Language) es un lenguaje basado en XML, que muestra sitios geográficos en tres dimensiones y referencias en tiempo real en el navegador terrestre, como lo hace normalmente Google Earth, Google Maps y Google Maps para móviles) es un estándar internacional mantenido por Open Geospatial Consortium, Inc. (OGC).

El mismo Cox señalaba que hace dos o tres décadas la información se archivaba con criterios diferentes y se mantenía prácticamente en secreto, pero no solo la que concernía a situaciones de riesgo para el país, sino en general, todos los datos que el gobierno obtenía provenientes de informes y reportes de los particulares o de las demás instancias gubernamentales. Ello se debía a la poca capacidad de emplear los datos cuando se consultan y ya se han vuelto obsoletos. En cambio, en la actualidad, es posible obtener información en tiempo real y el ciudadano se beneficiará de ello. Además, este esquema de aparente Compliance gubernamental supone que los medios de control ciudadano sobre el gobierno no serán, como solía suceder en el pasado, *ex post* sino *ex ante*, pues los archivos gubernamentales de la SEC, no solo estarían disponibles como material de experiencias obtenidas en el pasado, sino que incluso, además de etiquetarse en el formato mencionado, se contaría con el formato KML, que permitiría mostrar datos geográficos y transmitir en tiempo real la información más relevante^{2/}. De esa manera, los datos podrían ser utilizados no solo por quienes investigaban hechos del pasado para sacar lecciones para el futuro, sino por quienes pueden prevenir desastres en los diversos campos de la actividad humana, lo cual es perfectamente aplicable como método de Compliance para efectos de *prevención*.

EL TERCER PRINCIPIO DE LA BUENA GOBERNANZA ES EL DE LA 'TRANSPARENCIA', ESPECIALMENTE AQUELLA QUE SE REFIERE A LOS DATOS.

Tal como lo expresó el juez del Tribunal Supremo de Estados Unidos, Louis Brandeis, ventilar los datos públicos es el paso más importante para prevenir actos de corrupción, pues “la luz del sol es el mejor desinfectante” (Meskell, 2010, 3).

Podemos tomar la definición de *accountability* que ofrece la Federación Internacional de Contadores (IFAC, por las siglas en inglés de International Federation of Accountants) de la siguiente manera:

La rendición de cuentas (en el sector público) es el proceso mediante el cual las entidades gubernamentales, y los individuos que operan dentro de ellas tomando decisiones y acciones en su nombre, incluyendo la administración de fondos públicos, han de someterse a un escrutinio externo apropiado. Es una obligación para *responder por la responsabilidad conferida*^{3/}.

En Estados Unidos existe una agencia federal no partidista llamada Oficina de Responsabilidad Gubernamental de los Estados Unidos (GAO, por las siglas en inglés de *Government Accountability Office*, encabezada por el Contralor General de los Estados Unidos. Agencia que, además de cumplir con su cometido respecto al Poder ejecutivo, es temida por su incursión en los demás poderes públicos y sectores, al grado de ser conocida como “el perro guardián del Congreso” (*Watchdog for Congress*). Pero, además de ser un órgano de ‘vigilancia gubernamental’, tiene un sentido propositivo, pues incluye en sus encomiendas la búsqueda de “mejores prácticas de gobierno”, a partir de las “lecciones aprendidas”, tras haber enfrentado problemas de opacidad, corrupción o malos manejos de las cuentas por parte de algunos servidores públicos de instancias gubernamentales. Su misión principal es

3/ IFAC Public Sector Committee, *Governance in the Public Sector: A Governing Body Perspective*, Study 13, New York: 2001, citado en AA. VV. *Good Practice Guide on Public Sector Governance*, 2011, p. 9.

apoyar al Congreso “en el cumplimiento de sus responsabilidades constitucionales de garantizar y supervisar la rendición de cuentas del gobierno federal para el beneficio del pueblo estadounidense” (Walker, 2017, 126).

El gobierno norteamericano cuenta con otro dispositivo de cumplimiento, especialmente enfocado en resolver problemas que surgen de contrataciones públicas directas o de contratos de trabajo en los que hay participación de fondos federales, y que también está relacionado con la transparencia y la rendición de cuentas, es decir, con las materias del Compliance en el sector público que estamos analizando. Nos referimos a la Oficina de Programas de Cumplimiento de Contratos Federales (OFCCP por las siglas en inglés de *Office of Federal Contract Compliance Programs*). Su finalidad es ‘transparentar los procesos de licitación’ y llevar a cabo un control del cumplimiento de las reglas que se refieren a ello.

A dicho programa se someten los contratistas y subcontratistas, pero también las instancias gubernamentales que colaboran con éstos o que aportan fondos del Gobierno. La idea es que ambos se sometan al estándar justo y razonable de proporción en la repartición de riesgos y de promoción de los derechos de las personas en la realización de proyectos conjuntos. Se especifica, por ejemplo, que en este tipo de “proyectos de coinversión o de riesgo compartido” se realicen acciones afirmativas de protección y no discriminación por sexo, raza, color, religión, nacionalidad, origen, discapacidad o condición de veterano protegido. La misma oficina cuenta con un departamento que se encarga de velar por el cumplimiento de estos requisitos en tiempo y forma, así como de detectar riesgos por incumplimiento, tanto por parte de los contratantes como de los contratistas.

Entre las varias formas en que la OFCCP protege a los empleados de las compañías o empresas que hacen negocios con el Gobierno Federal, es sometiendo a las propias empresas y a las oficinas gubernamentales a “*evaluaciones de cumplimiento de calidad*” e investigaciones de quejas de los usuarios de los servicios o de las personas a quienes por principio debe beneficiar la obra e incluso al ciudadano de a pie que puede ver afectados sus derechos humanos o su estabilidad personal con motivo de la realización de una obra pública o infraestructura con fondos públicos. Para ello cuenta, además, con un *Manual de Cumplimiento de Contrato Federal* (FCCM por las siglas en inglés de *Federal Contract Compliance Manual*).

Mencionamos este mecanismo debido a que no se trata de un medio de control del contratista por parte del contratante (el gobierno) sino, como se ha dicho, de un medio de control, vigilancia y supervisión para el cumplimiento que se aplica a quienes intervengan o participen en la realización de una actividad derivada de la contratación pública. Lo que se busca proteger mediante la adopción de este sistema de vigilancia es el interés de la ciudadanía y el debido cumplimiento regulatorio que garantiza su protección.

Los tipos de evaluaciones de cumplimiento reconocidos en el FCCM para los que está facultada la OFCCP abarcan los siguientes procedimientos de investigación:

- Revisión de cumplimiento
- Revisión de registros fuera del sitio
- Verificación de cumplimiento
- Revisión enfocada

La *revisión de cumplimiento* consiste en un análisis y evaluación integrales de las prácticas del contratista que trabaja con o para instancias gubernamentales, por lo que

se obliga a ambas partes. Incluye la revisión del programa escrito de acciones afirmativas en materia de no discriminación y protección a personas en situación de vulnerabilidad. Puede ser *in situ* cuando se trata de una auditoría de escritorio o fuera del lugar si hay que realizar una verificación específica en alguna obra o empresa. Se denomina “enfocada” a la auditoría de Compliance gubernamental que no es general, sino que se realiza a fin de revisar algunos aspectos sobre los que se tiene duda positiva acerca de su cumplimiento (FCCM, 2013).

UNO DE LOS PRINCIPIOS MÁS IMPORTANTES EN LA GOBERNANZA QUE TAMBIÉN FUNCIONA COMO BASE DE LA ESTRUCTURA DEL COMPLIANCE GUBERNAMENTAL ES EL DE ÉTICA Y PROBIDAD DEL SECTOR PÚBLICO. EL OBJETIVO DE PONER EN PRÁCTICA LAS LEYES Y PRINCIPIOS, ESTABLECIDOS TANTO EN LAS LEYES DE ORDEN PÚBLICO (HARD LAW), COMO EN LA NORMATIVIDAD INTERNA Y LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA (SOFT LAW), PARA QUE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS SE COMPORTEEN DE ACUERDO CON UN CONJUNTO DE EXIGENCIAS ÉTICAS, NORMATIVAS Y VALORES.

La primera exigencia de este principio para un funcionario público es actuar con total honestidad e integridad, en apego a la ‘legalidad objetiva’. Se considera que si el Estado de derecho consiste fundamentalmente en contar con un sistema de control externo (marco legal general) para regular el comportamiento de los servidores públicos, entonces, los principios éticos proporcionan un sistema de control, supervisión y vigilancia interno para ejercer funciones de manera legal y lícita. Es decir, es un marco que determina los límites legales y extralegales del actuar público de los funcionarios gubernamentales.

En este sentido, y con independencia de la ‘governabilidad’, es importante mencionar que, para que haya ‘governanza’, es decir, un equilibrio intersectorial que permita relaciones transparentes, las decisiones y las acciones realizadas por los servidores públicos deben emprenderse de tal manera que no solo sean ‘correctas o debidas’ en sentido amplio y general, sino que, además, “*lo parezcan*” pues, como es bien sabido, la confianza pública o confianza ciudadana en un gobierno puede verse igualmente socavada por ‘la percepción’ que se tenga de los funcionarios gubernamentales como personas poco éticas, deshonestas, desorganizadas y carentes de integridad. Por ejemplo, ¿De qué serviría contar con una política de *Compliance* en el sector público si ésta no se soporta en un régimen de auténtica confianza, congruencia y credibilidad? No hay escollera que resista la acción corrosiva y nociva de un mal servidor público ni sistema de cumplimiento que pretenda implementarse si éste, y quienes con él se relacionan, carecen de voluntad y consistencia para actuar conforme a las normas de transparencia y rendición de cuentas efectiva; en una palabra, si no se está dispuesto a concretar la veracidad y a servir con eficacia a la sociedad para la cual trabaja. En efecto, el “servicio público” es para el bien común, o de lo contrario, no es servicio alguno.

Aunado a lo anterior, el Departamento de Justicia (División Criminal) (DOJ por las siglas en inglés de Department of Justice) de aquel país cuenta con un Manual de referencias para el cumplimiento en materia de derecho penal llamado *Guía de evaluación de Compliance corporativo (Criminal Division Evaluation of Corporate Compliance Programs Guidance Document Updated, 2019)*, que es constantemente revisado y puesto al día, ya que los ámbitos delincuenciales se extienden cada vez más, impactando a áreas de las organizaciones que

antes no se veían afectadas por esas conductas o era muy eventual que esto ocurriera. Baste con pensar en los cibercrímenes que hoy se han convertido en el talón de Aquiles de las políticas de integridad y prevención.

En este esquema de complejidad institucional, organizacional y de relaciones múltiples, el gobierno de los Estados Unidos ha puesto especial atención en temas relacionados con contrataciones públicas y relaciones de las empresas con gobiernos extranjeros.

En esa Guía, se establecen los “Principios del procesamiento federal de organizaciones empresariales”, que sirven como directrices para realizar la labor de Compliance en las empresas describiendo los factores específicos

que los fiscales deben considerar al realizar la investigación de una determinada corporación. Con base en esos Principios, los funcionarios pueden cerciorarse de que la labor de Compliance se realice, no solo en materia de prevención interna sino también externa, es decir en el nivel interinstitucional que incluye al sector público de manera indirecta (DOJ, *Guía*, 2019).

Así, en dicho documento se incluyen principios orientadores para los fiscales, a fin de revisar las relaciones que las empresas tengan con instituciones del sector público y, sobre todo, con gobiernos de otros países, lo cual constituye un riesgo adicional debido a las implicaciones que la posible asociación delincinencial tiene en la economía y en la seguridad nacional de los Estados Unidos.



2.2. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA EN MATERIA DE COMPLIANCE GUBERNAMENTAL

Veamos ahora, someramente, las experiencias y aportaciones de España al sistema de *Compliance*. Mencionamos a este país europeo porque, como es sabido, las reformas legales en México en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas se basaron fundamentalmente en el modelo de reformas adoptado por el Congreso de aquel país en el año 2010 y, consecuentemente, el desarrollo doctrinal e institucional en materia de *Compliance* penal ha seguido un camino similar. Hasta el momento, España sirve, y ha servido, de referente normativo para México.

Debido a las reformas al Código Penal de España, de los años 2010 y 2015, respectivamente, se establece que un ‘programa de *Compliance*’ implica *adoptar medidas efectivas para prevenir, detectar y responder adecuadamente, con objetividad e imparcialidad, ante conductas inadecuadas de cualquiera de los individuos que integran una organización.*

La propuesta de adopción de un sistema de *Compliance* en el sector público en España ha recibido especial impulso del ámbito académico. Por ejemplo, en la Universidad de Castilla La Mancha se han llevado a cabo el I y II Congreso de *Compliance en el Sector Público*, en los que participaron académicos y funcionarios, con propuestas sugerentes y esquemas de viabilidad funcional.

Cabe mencionar que en España existen hoy varias instancias y mecanismos de control, vigilancia y supervisión de la actividad gubernamental que, debido a múltiples causas no son eficaces para funcionar como “sistemas de cumplimiento”. Hay, sin embargo, algunos casos en los que se han conseguido ciertos avances. Tal es, por ejemplo, el de la Diputación Foral de Guipúzcoa que en el año 2016 incorporó

el sistema *Compliance* a su sistema integral anticorrupción, reuniendo diversos códigos de integridad institucional de las áreas del gobierno con la finalidad de integrarlos dentro de un esquema de prevención del delito, seguimiento de programas de cumplimiento regulatorio y evaluación de riesgos locales. Para ello, estableció importantes redes de comunicación entre las instancias y los funcionarios públicos con el objeto de detectar fallas del sistema y corregirlos. De esa manera, paulatinamente y hasta cierto punto, sujeto al ensayo de ‘prueba y error’, se ha dado inicio un programa *novedoso* dentro del sector público.

Tal como lo ha señalado una destacada promotora de los programas de *Compliance* aplicados al ámbito gubernamental, Concepción Campos Acuña, en España existen desde hace tiempo dispositivos y sistemas de cumplimiento (*Compliance*), o de lo que podría considerarse como tal, que es conveniente revisar y ajustar de tal manera que operen al cien por ciento y de manera eficaz, además de eficiente. En apretada síntesis, esta autora señala algunas experiencias que podrían aproximarse a un sistema *Compliance en el sector público*. Entre ellas, destacan las Oficinas de Prevención y Lucha contra la Corrupción de las Islas Baleares y en la Comunitat Valenciana; así como en el Ayuntamiento de Madrid, la Oficina Antifraude de Cataluña, y en cierto modo el Consello de Contas de Galicia. A ellos podría unirse un órgano que, según Concepción Campos, ejerce funciones de *Compliance*: la Agencia de Integridad Pública, que seguramente sustituirá a la actual Oficina de Conflicto de Intereses, contemplada en la Propuesta de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección del denunciante (Campos, 2018).

Es de mencionarse que la Comisión Europea ha hecho advertencias formales al Gobierno español respecto de una práctica que contraviene a las reglas de la UE en materia de

Compliance del sector público. Nos referimos a la escasa protección que se da a “los informantes de hechos de corrupción”, especialmente en ‘situaciones de abuso de mercado’, como lo indica la Directiva Europea sobre *whistleblowers*, generándose un problema que ha llegado hasta el Tribunal de Luxemburgo. El problema es que la mayoría de los alertadores en los casos destapados en España son ciudadanos comunes que denuncian hechos ilícitos de los funcionarios y las instituciones públicas, lo cual hace aún más grave y sospechosa la resistencia del gobierno a cumplir con los requerimientos y las recomendaciones que se le han hecho. Además, no existe un marco legal sólido ni que permita garantizar protección a quien denuncia en forma cierta y auténtica. Aparentemente, todo lo contrario de lo que ocurre en Estados Unidos, donde no sólo se protege, sino que hasta “se premia” a quien sabe de un delito y lo denuncia, especialmente en materia financiera y fiscal.

Otra de las medidas adoptadas en España que sin duda contribuyen a la conformación de un esquema de *Compliance* en el sector gubernamental son los llamados *Pactos de integridad*, adoptados por el Ayuntamiento de Madrid, la Generalitat Valenciana y la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Se trata de una medida anticorrupción en materia de contratación pública en la que participan,

no solo los órganos internos de control de las instituciones públicas, sino la ciudadanía.

Como es bien sabido, la adquisición y la contratación pública son de los filtros por donde se escapa una gran cantidad de energía, tiempo y recursos, pues en lugar de asignar los contratos de obra o de servicios a los mejor calificados, se hace ‘privilegiando’ a aquellas empresas que benefician a los funcionarios públicos que tienen a su cargo las decisiones de contratación en los procesos de licitación y asignación gubernamental de cualquier tipo. Los mencionados “Pactos de Integridad”, se plasman en documentos en los que se acuerda la forma de dar seguimiento, control y vigilancia a los contratos de obra o servicios a través de comités de ciudadanos especialmente vinculados con el proyecto de que se trate o que potencialmente puedan verse afectados por él (*Transparency, 2017*).

En conclusión, los casos de Estados Unidos y España se constituyen en punto de referencia y ejemplo a seguir para el sector público mexicano sobre la normativa, las instituciones y los programas que son necesarios desarrollar, con el propósito de establecer medidas de *Compliance* al interior de la administración pública federal que permitan garantizar el debido cumplimiento de los principios de legalidad e integridad del servicio público.



3. ÁREAS CLAVE DEL SECTOR PÚBLICO EN LAS QUE ES NECESARIO APLICAR MEDIDAS DE COMPLIANCE

PARA APLICAR EL COMPLIANCE EN EL SECTOR PÚBLICO ES NECESARIO IDENTIFICAR A AQUELLOS SECTORES QUE REQUIEREN DE ESPECIAL ATENCIÓN, TANTO POR LA NATURALEZA DE SU ACTIVIDAD PRODUCTIVA COMO POR EL NIVEL DE RIESGOS QUE TIENE PARA EL PAÍS. POR EJEMPLO, ¿CÓMO SELECCIONAR LAS ÁREAS MÁS SENSIBLES, CONFLICTIVAS Y/O VULNERABLES?

Es evidente que para localizar los ‘focos rojos’ que nos alertan cuando enfrentamos o abordamos el problema de la *prevención delictiva* y la *prevención anticorrupción*, es preciso elaborar mapas o diagnósticos de riesgos con base en las actividades del área o sector específico, a partir del baremo social; es decir, la medida de la prevención debe ser el logro del bien común de la sociedad, su pervivencia, bienestar y seguridad. A partir de este principio proponemos un orden de jerarquía atendiendo a la importancia del sujeto regulado y a la prioridad de los intereses que se ponen en riesgo en caso de incumplimiento normativo.

De esta forma, las tres principales áreas del sector público mexicano en las que resulta prioritario y crítico adoptar medidas de Compliance son las siguientes:

- La afectación directa a las personas y a sus derechos fundamentales.
- Las áreas que ponen en riesgo la seguridad nacional.
- Las áreas que afectan al sistema financiero de manera directa.

Nos parece que ese es el orden exigido, no sólo por el sentido común, sino también por la *justicia*, pues la razón de ser de todo gobierno político es el ‘servicio a las personas’. De otra manera, no se explica su existencia ni su presencia.

La afectación directa a las personas y a sus derechos fundamentales. De acuerdo con este criterio, señalaríamos como áreas sensibles para implementar el sistema de *Compliance* con un carácter casi urgente, el de las empresas

paraestatales^{4/} (o empresas productivas del Estado) que pueden ocasionar daños a los derechos de las personas, físicas y jurídicas. En este sentido, podemos tomar como guía la recién publicada Recomendación 37/2019 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) en México que señala como ‘sectores de alerta’ las empresas extractivas, las empresas y organizaciones del sector de infraestructura carretera y de telecomunicaciones. Además, en este mismo rubro, necesariamente se deben incluir “instituciones gubernamentales no empresariales”, que inciden tanto o más que las del sector empresarial propiamente, como son las fuerzas armadas, las policías (hoy Guardia Nacional) y las fiscalías generales de justicia, ya que se trata de áreas en donde fácilmente se dejan espacios muy propicios para que se produzcan actos de corrupción, multimodales y multiniveles, que inciden de manera directa, además, en la violación a los derechos humanos. *Las áreas que ponen en riesgo la seguridad nacional.* Por lo que se refiere a las áreas de impacto que conllevan riesgo para la ‘seguridad nacional’, es conveniente que se adopte el sistema de *Compliance*, igualmente, en las organizaciones que deciden o implementan acciones de las fuerzas armadas y en los sectores aduaneros, petroleros y de migración, así como en las policías encargadas de la vigilancia de las vías de comunicación e instalaciones estratégicas. Se trata de un sector público que representa la vulnerabilidad o generación constante de riesgos de corrupción que, sin lugar a duda, afectan a

la seguridad de las fronteras, de la jurisdicción territorial y que pueden llegar incluso a provocar vacíos de poder a los que se conoce como “Estado fallido”, es decir, ausencia del ejercicio (monopólico) de la fuerza pública como función propia del Estado. Para ello, es necesario que los sistemas de cumplimiento regulatorio actúen bajo esquemas que vayan más allá de una mera actividad de auditoría interna. Un objetivo es tratar de centralizar por regiones o sectores territoriales la labor del *Compliance*, con la finalidad de que no se produzcan ‘relaciones intersubjetivas’ con el oficial de cumplimiento (*Compliance Officer*) o con quienes lo auxilian en su labor. Es decir, se debe buscar el diferimiento de los centros de control, vigilancia, supervisión y seguimiento de los *Compliance programs*, de tal manera que se ejerza por medio de sistemas de información y se objetive o despersonalice la función hasta donde lo permita la capacidad institucional. Es decir, convertir al sistema de *Compliance* gubernamental en un ecosistema de ‘relaciones objetivas’ de cumplimiento.

Las áreas que afectan al sistema financiero de manera directa. La tercera área clave del *Compliance* en el sector público, de acuerdo con el nivel de riesgo directo que representan los incumplimientos o actos ilícitos, es ‘la financiera’. En este sentido ha de prestarse especial atención a las empresas productivas del Estado y a los bancos paraestatales o instituciones que presten servicios financieros o de inversión, las cuales corren casi los mismos riesgos que sus homólogos del sector privado, y

4/ Para una visión de conjunto, véase: “Relación de Entidades Paraestatales de la Administración Pública Federal”, Diario Oficial de la Federación, 15-08-2019, primera sección (referente a la Ley Federal de Entidades Paraestatales). Asimismo, puede consultarse el documento Clasificación del sector paraestatal publicado como número especial del Manual de Contabilidad Gubernamental para el sector paraestatal de la SHCP, que más allá de su vigencia, reviste importancia por el estudio de las razones que llevaron al gobierno a identificar áreas y vincularlas a sectores determinados de la APF. http://www.hacienda.gob.mx/LASHCP/MarcoJuridico/Contabilidad%20Gubernamental/SCG_2013/%20manual%20SPF/doc/capituloiii/mp3a01.pdf

que los llevan a adoptar medidas o mecanismos para evitar el blanqueo de capitales (lavado de dinero), la alteración de informes financieros o revelación de secretos e información financiera privilegiada. En cualquier caso, un sistema de *Compliance* en este ámbito de la actividad pública deberá integrar los dispositivos legales y los códigos o programas de integridad, para formar un sistema de evaluación y seguimiento basado en la experiencia y en el Derecho del ramo o especialidad técnica correspondiente.

A continuación, abordamos aquellos aspectos específicos que deben ser tomados en cuenta para la adopción de medidas de *Compliance* al interior de las Empresas Productivas del Estado, así como de las dependencias y entidades de la administración pública federal.

3.1. EMPRESAS PRODUCTIVAS DEL ESTADO MEXICANO

Derivado de la Reforma Energética de 2013, los organismos descentralizados Petróleos Mexicanos (Pemex) y Comisión Federal de Electricidad (CFE) se transformaron en “Empresas Productivas del Estado”, nuevas figuras jurídicas que tienen por objeto ser rentables y generar valor económico para el Estado Mexicano, mediante el desarrollo de sus actividades empresariales, económicas, industriales y comerciales.

Para lograr sus objetivos, estas Empresas Productivas del Estado se reestructuraron y dividieron en empresas productivas subsidiarias, las cuales son encabezadas por sus respectivos corporativos, conformados por sus Consejos de Administración y Directores Generales.

En materia de integridad, tanto en la Ley de

Pemex como en la Ley de la CFE se estableció que, en la ejecución de su objeto, las Empresas Productivas del Estado deben actuar de manera transparente, honesta, eficiente, con sentido de equidad y responsabilidad social y ambiental; además, en ambos ordenamientos se incluyó el apartado de “Medidas para Garantizar la Integridad en las Contrataciones”, en el que se estableció que, para la celebración y ejecución de los contratos de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras, los Consejos de Administración de las Empresas Productivas del Estado, a propuesta de sus Directores Generales, deben emitir las disposiciones y políticas necesarias para que las Empresas Productivas del Estado y sus Empresas Productivas Subsidiarias cuenten con mecanismos que les permitan prevenir, identificar, subsanar y sancionar actos u omisiones irregulares, ilícitos, negligentes o cualesquiera otros que, en el marco de los procedimientos de contratación y de la implementación y ejecución de los contratos, pudieran afectar o repercutir en la operación de las empresas.

Por lo que respecta al combate a la corrupción, en las citadas leyes se dispuso que las dos empresas se deben sujetar a las leyes aplicables en materia de transparencia y acceso a la información; fiscalización y rendición de cuentas, y combate a la corrupción para prevenir, identificar, investigar y sancionar los actos u omisiones que las contravengan.

De esta forma, actualmente, existen las bases jurídicas suficientes para que las Empresas Productivas del Estado puedan diseñar, desarrollar, establecer, implementar y supervisar medidas explícitas de *Compliance* enfocadas en promover la integridad de su personal y en prevenir, detectar, remediar y denunciar faltas de conducta y actos de corrupción al interior de las empresas.

La adopción de estas medidas de Compliance en las Empresas Productivas del Estado también se podría sustentar en el Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2019-2024, ya que en este documento central de planeación el Poder Ejecutivo Federal se comprometió a desarrollar la estrategia núm. 3.5.9, relativa a “Identificar los riesgos de corrupción e ineficacia para prevenirlos y combatirlos en todos los procesos del sector energético”.

3.2. DEPENDENCIAS Y ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Resulta indispensable adoptar la función de Compliance al interior de las dependencias y de las entidades que conforman a la administración pública federal, en particular en el sector paraestatal (que hasta 2018 se integraba por un total de 200 organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria y fideicomisos públicos), con el objetivo de prevenir, identificar, evaluar y responder a los riesgos

legales y penales a los que estos organismos se encuentran expuestos en las áreas de:

- **Contratación de bienes, servicios y obras:** en 2018, la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) presentó la “Agenda de Competencia para un Ejercicio Íntegro en las Contrataciones Públicas”, documento en el que este órgano constitucional autónomo diagnosticó que ha identificado casos en los que el propio diseño de los procedimientos establecidos para llevar a cabo las licitaciones ha incluido requisitos técnicos y mecanismos de evaluación y adjudicación que pueden reducir el número de participantes y favorecer a ciertos agentes económicos. Asimismo, la OCDE ha señalado recurrentemente que la contratación pública es la actividad más vulnerable a la corrupción, ya que en este proceso interactúan los sectores público y privado, lo plantea diversas oportunidades para que tanto los agentes públicos como privados desvíen fondos públicos para la consecución de ganancias particulares.



- Por estas razones, es necesario que las dependencias y las entidades establezcan medidas para asegurar el cumplimiento de la normativa aplicable en el diseño y la operación de los procesos de contratación, con la finalidad de contar con las mejores condiciones de calidad, oportunidad y precio en la adquisición de bienes, servicios y obras, así como para evitar la ocurrencia de faltas de conducta y de actos de corrupción en dichos procesos.
- **Prestación de bienes y servicios:** desde el abasto de la canasta básica, leche y derivados, pasando por el servicio de agua potable, y hasta el suministro eléctrico, el sector gubernamental debe garantizar que los bienes y servicios provistos, así como sus procesos, cumplan con las normas, los estándares y las especificaciones aplicables, debido a las repercusiones, positivas o negativas, que éstos pueden tener en la población que los

recibe. Además, es necesario evaluar los riesgos legales y penales involucrados en la producción de los bienes y la prestación de los servicios, con el propósito de tomar las medidas preventivas y correctivas, a fin de darles atención oportuna.

- **Diseño e implementación de programas gubernamentales:** las dependencias y las entidades deben garantizar que los programas gubernamentales se sujeten al principio de legalidad y que los operadores de los mismos cumplan con el principio de integridad, a fin de contribuir directamente al logro de los objetivos para los que éstos fueron creados. Es por ello que, desde su origen, las reglas y los lineamientos de operación de los programas deben contar con mecanismos para prevenir, detectar, evaluar y responder a faltas de conducta y actos de corrupción.

Cabe señalar que la función de Compliance cobra especial relevancia en la presente administración para la ejecución de los proyectos insigna que busca materializar y el ejercicio de la gran cantidad de recursos que se destinarán a programas de corte social y de apoyo agropecuario, ya que contribuiría directamente a garantizar el cumplimiento de la normativa a la que están sujetos dichos programas y proyectos, a fin de que éstos logren los propósitos para los que se están llevando a cabo.



4. HERRAMIENTAS DE COMPLIANCE SUSCEPTIBLES DE IMPLEMENTACIÓN

ENTRE LAS PRINCIPALES HERRAMIENTAS DE COMPLIANCE QUE EL SECTOR PÚBLICO MEXICANO PODRÍA ADOPTAR PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO NORMATIVO SE ENCUENTRAN EL COMPLIANCE OFFICER; EL PROGRAMA DE COMPLIANCE; LA GESTIÓN DE RIESGOS PENALES Y LAS POLÍTICAS INTERNAS DE PREVENCIÓN DELICTIVA, ASÍ COMO EL ANÁLISIS DE LOS COSTOS DE CUMPLIMIENTO Y DE INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVIDAD.

A continuación se detalla cada una de estas herramientas y su aplicabilidad en la administración pública federal.

4.1. EL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO O COMPLIANCE OFFICER

El Compliance Officer es la figura que tiene la responsabilidad de informar sobre los posibles riesgos legales y penales que afectan a una organización, pero sus funciones no se limitan a ello, sino que requiere ejecutar una serie de tareas de seguimiento, control, implementación, capacitación y notificación a los órganos de gobierno de la entidad en cuestión.

De acuerdo con la World Compliance Association, entre las principales responsabilidades del

Compliance Officer se encuentran las siguientes: a) identificar las obligaciones a las que está sujeta determinada empresa; b) comprender los procesos de la empresa, de manera que se pueda alinear el desarrollo de los mismos con las obligaciones en materia de cumplimiento normativo; c) proveer o coordinar capacitación continua en materia de cumplimiento normativo, y dar soporte en el caso de dudas sobre cómo proceder o si cierta conducta constituye o no una infracción; d) comunicar cualquier información relevante en materia de cumplimiento; e) implementar medidas y controles que permitan conocer oportunamente los riesgos legales

y penales y las incidencias que vulneren el cumplimiento de la normativa; f) identificar y dar atención a los riesgos derivados de las relaciones de la empresa con terceras partes; g) monitorear el funcionamiento del sistema de prevención de riesgos de cumplimiento, y h) proveer asesoría a la empresa en materia de Compliance.

En el caso del sector público mexicano, la instauración de la figura del Compliance Officer debería de jugar un doble rol: el de “consultor” y el de “revisor”. Lo anterior, con el propósito de evaluar los riesgos de posibles faltas, ilícitos o delitos que se puedan cometer al interior del organismo en cuestión. Al respecto, es conveniente no confundir el término riesgo a que nos referimos en este caso con el de peligro o amenaza. El riesgo es una forma de observar los peligros que aquejan a la organización. Es una interpretación típicamente preventiva, pues lo importante del riesgo es que se “señale”, es decir, que se considere como tal a fin de poner los medios para evitar que se convierta en una amenaza. Se convertiría en amenaza en la medida en que el peligro de la responsabilidad penal se vuelva una asechanza que puede llegar incluso a interferir con la actividad del ente social de que se trate.

En ese sentido, el Compliance Officer, es más que un auditor que revisa los hechos o pide cuentas sobre determinadas decisiones. Lo importante es que prevenga, que promueva una “cultura de riesgo”, entendida como “lectura” que se hace de los peligros y amenazas de incumplimiento.

¿Quién hace esa labor actualmente en las entidades públicas? Se trata de una tarea poco clara en el horizonte conceptual y de diseño organizacional, al menos en México. De hecho, ocurre que las labores de prevención y de promoción de una “cultura preventiva”, se dejan a la deriva de códigos de ética, de áreas de personal o a simplezas como la organización

de eventos de concienciación (conferencias, convivios, seminarios, talleres, etc.), pero realmente, no se cuenta con una política clara en la que se establezcan los medios necesarios para elaborar mapas de evaluación constante, de seguimiento de las vías trazadas en dicho mapa y de medidas para que esa evaluación sirva como información de un ulterior proceso de revisión.

El Compliance Officer, en efecto, no solo es un funcionario que prevé riesgos, sino que debe contar con las facultades y medios necesarios para dar seguimiento y revisar el cumplimiento de la normativa, con el objeto de informar, comunicar y asesorar sobre los riesgos legales y penales que haya detectado; asimismo, debe contar con los medios que le permitan verificar la efectividad de las políticas y los procedimientos establecidos para asegurar el cumplimiento normativo, así como para detectar y responder (*ex post*) a conductas inadecuadas.

Dicha figura podría establecerse al interior de los Órganos Internos de Control (OIC), que son las áreas responsables de promover la transparencia y el apego a la legalidad de los servidores públicos, mediante la realización de auditorías y revisiones a los diferentes procesos de las instituciones gubernamentales; así como de atender quejas, denuncias, peticiones ciudadanas, resoluciones de procedimientos administrativos de responsabilidades y de inconformidades. Sin embargo, sería necesario establecer en los OIC medidas para garantizar la independencia, autonomía y objetividad del Compliance Officer.

En esta tesitura es necesario subrayar la necesidad perentoria de que quien ejerza el cargo en el interior de un OIC dentro de los organismos o de las empresas del sector público, reúna las condiciones necesarias para

ejercer su labor con eficacia y, sobre todo, con la prontitud que requiere la respuesta a los campos señalados como riesgos. Para ello se requiere que éste cuente con una formación multidisciplinaria adecuada, apoyada principalmente en los campos del derecho, la auditoría y la administración pública, entre otros.

Cabe señalar que, en la actualidad, aun cuando la tendencia mundial en la materia de Compliance dentro del sector privado se ha extendido con gran celeridad, en México no se cuenta aún con una *profesión ad hoc*, es decir, no existe una carrera de Compliance Officer. Se organizan cursos, seminarios y talleres sobre materia tan importante, pero no se ha diseñado de manera integral un mapa curricular que reúna las condiciones para el perfil de este tipo de funcionario. Por ello, mientras esa necesidad no reciba la respuesta oportuna, se hace necesario trabajar con un sentido multidisciplinario en el que intervengan los profesionistas con los perfiles que hemos señalado, coordinados por un experto en materia de derecho penal, que es quien suele estar mayormente familiarizado con los “campos de riesgo”, y quien de manera más oportuna coordinará el trabajo del equipo para que cada uno observe la dinámica organizacional desde el atalaya que le corresponda.

4.2. EL PROGRAMA DE COMPLIANCE

El Programa de Compliance se establece para prevenir y detectar conductas indebidas y para garantizar que las actividades se realicen de conformidad con las leyes, los reglamentos y las normas penales, administrativas y civiles aplicables. Este tipo de programa busca promover

una cultura organizacional que fomente la conducta ética y el compromiso de cumplir con la ley; asimismo, protege la reputación de una entidad, garantiza el valor y la confianza de los inversores, reduce la incertidumbre en las transacciones comerciales y asegura los activos. Un programa bien construido, cuidadosamente implementado y aplicado de manera consistente ayuda a prevenir, detectar, remediar y denunciar faltas de conducta.

En el caso mexicano, actualmente, existen bases para la implementación de programas de Compliance al interior de las dependencias y la entidades de la administración pública federal, ya que en el “Marco Integrado de Control Interno del Sector Público”, emitido conjuntamente por la Auditoría Superior de la Federación (ASF) y la Secretaría de la Función Pública (SFP) en 2014, se establece que las instituciones gubernamentales deben articular un programa, política o lineamiento institucional de promoción de la integridad y prevención de la corrupción, que considere como mínimo lo siguiente: la capacitación continua en la materia de todo el personal; la difusión adecuada de los códigos de ética y conducta implementados; el establecimiento, difusión y operación de la línea ética (o mecanismo) de denuncia anónima y confidencial de hechos contrarios a la integridad; así como una función específica de gestión de riesgos de corrupción en la institución.

Cabe señalar que este contenido es similar, en términos generales, al incluido en el documento guía “Evaluación de Programas Corporativos de Compliance”, emitido en abril de 2019 por la División Criminal del Departamento de Justicia de los Estados Unidos.^{5/}

5/ Los principales elementos señalados en el documento guía para el contenido de los programas de Compliance son los siguientes: a) evaluación de riesgos; b) políticas y procedimientos; c) capacitación y comunicación, y d) estructura de reportes confidenciales y proceso de investigación.

No obstante, la instrumentación efectiva de este tipo de programas no se ha llevado a cabo en la administración pública federal. Ejemplo de ello, es que en 2016, la ASF identificó que la mayoría de las instituciones federales no acreditaron contar con los elementos, o éstos fueron insuficientes, para demostrar la prevalencia de un tono directivo de respaldo a la ética en el servicio público; la implantación de mecanismos formales y confiables para que cualquier interesado denuncie hechos de corrupción; la inclusión de los temas de integridad y prevención de la corrupción en los programas de capacitación; la implantación de controles en los procesos más sensibles a posibles actos de corrupción; el establecimiento de un proceso integral de administración de riesgos de corrupción a nivel institucional, así como la formulación e implementación de programas anticorrupción formales que rijan la actuación de los entes públicos.

De esta forma, el diseño y la implementación de programas de Compliance en el sector público son temas pendientes de abordar por la presente administración, ya que estos programas podrían contribuir activamente al combate a la corrupción, al establecer mecanismos para prevenir, detectar y responder a los incumplimientos a la normativa, así como a los códigos de ética y de conducta.

4.3. LA GESTIÓN DE RIESGOS PENALES. POLÍTICAS INTERNAS DE PREVENCIÓN DELICTIVA

En el entorno actual, las organizaciones del sector público necesitan establecer mecanismos explícitos de control para prevenir la comisión de delitos que, por omisión o por ejecución defectuosa de sus funciones, pudieran llegar a ser cometidos por los servidores públicos del

alto nivel directivo, el nivel gerencial o el nivel operativo, los cuales afectarían gravemente su reputación y les traerían consigo altos costos por la reparación de los daños involucrados.

En este contexto, el tema relevante denominado “la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, de acuerdo con la legislación penal vigente en México, no recae en personas jurídicas que pertenezcan al sector público o que dependan de él; sin embargo, y para efectos comparativos, sí es posible aplicar el ‘criterio de analogía’ de las normas aplicables a las organizaciones privadas (sector privado) para deducir que en el sector público puede y debe contarse con un conjunto de *dispositivos de prevención*.

Ese dispositivo de prevención es complejo en su composición. Confluyen en su formación diversas fuentes normativas y reguladoras, que van desde el Código Nacional de Procedimientos Penales y el Código Penal Federal (*Hard Law*), hasta los códigos de conducta y programas de cumplimiento interno de la organización (*Soft Law*), incluyendo otras reglas como las relativas a la información financiera, siendo estas llamadas *Soft Rules*, que se incorporan por vía de hecho al esquema regulatorio organizacional en su conjunto.

El dispositivo del *Compliance* funciona ‘*ex ante*’ (antes de actualizarse el hecho materia del riesgo penal) como herramienta de prevención para la empresa, y ‘*ex post*’ (después de acontecer el hecho materia del riesgo penal, para efectos de la remediación, mitigación y/o reparación de daños o de la lesividad a terceros) como recurso procesal que atenúa el rigor de la aplicación de la ley y de la pena en caso de que ‘la persona jurídica’ (empresa) sea sujeta de un procedimiento penal con efectos de sanción punitiva. En el primer supuesto, el *Compliance Penal* consiste en hacer que las reglas de la organización se cumplan en

forma eficaz y, particularmente, las relativas a la prevención de riesgos penales. En el segundo, como lo previene el artículo 11 bis del Código Penal Federal (CPF) de México, para el caso de que una persona jurídica incurra en responsabilidad penal, puede atenuarse la pena (consecuencia jurídica) si el ente colectivo demuestra que, antes de la comisión del delito que se le imputa, contaba “con un órgano de control permanente [...] para darle seguimiento a las políticas internas de prevención delictiva”. Esto es, con independencia de que se acredite el grado del debido o indebido control organizacional en el contexto del delito cometido.

De entre las muchas cuestiones que se han planteado en torno a esa disposición legal federal, es de llamar la atención aquélla que se refiere al concepto de “políticas internas de prevención delictiva” (PIPD), pues nótese que el CPF no define la expresión ni da elementos para precisar el contenido ni alcances de dichas ‘políticas’, lo cual puede resultar ‘beneficioso’ si se le observa o interpreta como un recurso abierto a la interpretación *en pro* de la persona

jurídica que demuestre que ha tomado medidas de prudencia en la prevención efectiva de riesgos legales, traducidos en acciones de auténtico control, supervisión y vigilancia de los posibles riesgos penales. Aunque como siempre que se trata de imprecisiones semánticas del dispositivo o norma legal, también es cierto que puede resultar un enunciado demasiado ‘abierto y riesgoso’ si se deja al arbitrio judicial, a veces prudente y a veces imprudente, sin criterios orientativos contenidos en la misma norma legal federal.

Pero mientras no haya mayores y mejores precisiones en el texto de las leyes o a través de la interpretación de jurisprudencia, es importante advertir que, por ahora, caben en el rubro de ‘políticas internas’ una diversidad de medidas de prevención de riesgos penales, que van desde la aplicación de distintas metodologías para su implementación, diversos manuales de procedimientos que establecen principios y límites de acción, hasta los códigos de conducta en los que se contienen disposiciones de carácter ético y prudencial. Lo mismo podría incluirse



en esta categoría, los cursos de capacitación que se imparten para mejorar las prácticas de prevención mediante el conocimiento de los instrumentos regulatorios que afectan a la organización. Es decir, existe debate sobre qué elementos debe contener una auténtica “política interna de prevención delictiva”.

Lo cierto es que ahora sabemos que, por disposición legal, es posible alegar y argumentar en los procedimientos penales a nombre y cuenta de la persona jurídica imputada, que se contaba con un conjunto de medidas que integran dicha política interna, siempre que se demuestre que se han dispuesto los medios útiles, pertinentes y conducentes para la ‘eficacia’ preventiva. Adicionalmente, será un tema cuestionable exigir que tal política interna de prevención delictiva también lograba una ‘eficiencia’ preventiva. Adviértase que si atendemos a la *ratio legis* del artículo 11 bis del CPF antes mencionado, es evidente que se trata de una “disposición premial” que busca la evitación y no la solución de un problema penal, por ello la hemos enmarcado dentro de la función de *Compliance*.

En la Recomendación de Integridad Pública de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de 26 de enero de 2017, se dice de manera explícita que *EL SECTOR PÚBLICO debería implementar sistemas de integridad, promover una cultura ética y ejercer el liderazgo necesario en este ámbito y, por último, demostrar una rendición de cuentas real y efectiva*. Para ello es necesario que cuente con instrumentos de control interno y de gestión del riesgo *de forma similar a la metodología utilizada por las empresas del sector privado cuando establecen y gestionan sus sistemas de Compliance*. Estamos ciertos de que esa recomendación

debe ser escuchada por nuestros gobiernos y gobernantes, pues todo esfuerzo institucional auténtico, congruente y sistémico, que se haga *por abatir* la corrupción y las malas prácticas contribuirá, sin duda alguna, a mejorar la “reputación nacional” y la imagen general que los mexicanos tenemos de nuestro sistema político y de representación.

De tal manera que, si trasladamos algunos aspectos del *modelo Compliance empresarial*, y, específicamente, de lo que se conoce como “*Compliance Penal empresarial*”, al sector público, a pesar de ser obvio, por ahora, que legalmente las organizaciones o entes colectivos pertenecientes al sector gubernamental no son sujetos de imputación ni responsabilidad penalmente como personas jurídicas, lo que sí puede suceder es que en su interior y desde sus capacidades organizacionales de orden público se cometan delitos de diversa naturaleza, esencialmente los que se relacionan con “la corrupción”. Por ello, es de suponer que cualquier instrumento, disposición, medida o acción de *Compliance en las instituciones públicas* pueden ser interpretadas de manera similar a los alcances, contenido y efectos de las Políticas Internas de Prevención Delictiva del sector privado, aun cuando no tengan aparejado el “premio” respectivo.

De ahí se desprende la necesidad de fortalecer algunos *criterios de interpretación* o criterios orientadores objetivos que permitan aplicar el *Compliance penal*, propio del ámbito privado, en las organizaciones del sector gubernamental, tales como la necesidad de contar con una política interna que cuente con mapeos, diagnósticos y evaluación de riesgos penales, más allá de las conductas por actos de corrupción, que puedan generar responsabilidad legal organizacional,

pero siempre basados en el contexto de la realidad del ámbito de “atribuciones y facultades organizacionales” de la entidad, es decir, con base en la experiencia y actividades propias o legales de cada institución pública, pues los riesgos siempre están presentes en los sectores público y privados, y varían dependiendo de la actividad de que se trate y de la trayectoria de cada ente gubernamental. No basta, por tanto, con evaluar riesgos *in genere* o *en abstracto*, es necesario hacerlo tras un mapeo específico previo y por medio de análisis de las situaciones particulares e “históricas” de cada unidad de organización, sea directamente gubernamental o paraestatal.

Además, si se tiene un mapeo de riesgos penales, conforme a una metodología razonable, una evaluación y estudios de éstos, es posible establecer un auténtico código de conducta que, más allá de la ética que caracteriza a un código de integridad corporativa, contenga *reglas claras de delimitación de conductas*. Esas ‘reglas’ deben medirse bajo el rasero de la legislación penal a fin de que los funcionarios públicos sepan con mayor claridad a qué atenerse en caso de transgredir las reglas internas de *Compliance legal*, incluido el *Compliance anticorrupción*.

Los canales de comunicación y denuncia, desde el interior y el exterior de la organización pública, como las líneas abiertas de teléfono o correo electrónico, para ejercer el deber conocido como *Whistleblowing*, deberán adecuarse a las necesidades de prevención delictiva e incorporarse a las medidas de *Compliance penal* de las organizaciones del sector público, cuidando de contemplar en la normativa la eficaz protección a los denunciantes. La denuncia anónima, bajo reglas claras de evaluación para evitar “abusos” e “injusticias” sigue siendo uno de los mecanismos más efectivos para detectar vulnerabilidades o hechos ilícitos en el sector

público, pero consideramos esta materia debe estar legislada armónicamente, en forma congruente, en todo el sector público.

Especial relevancia en el *Compliance penal del sector público* tiene el manejo de ‘datos’, pues como es sabido, el gobierno tiene el control, custodia y acceso a importantes o estratégicos “bancos de datos” del propio gobierno y de terceros, que no deben instrumentalizarse con objetivos ilícitos particulares que beneficien a los funcionarios públicos o a quienes se alían con ellos para determinado tipo de acciones delictivas. Por ello, convendrá que el *Compliance penal* establezca reglas claras en los dispositivos de control, vigilancia y supervisión, además de los códigos de conducta, dando certeza al *check list* que lleven a cabo los *Public Compliance Officer’s* en sus respectivas organizaciones o instancias de gobierno.

Consideramos que, dentro de la materia del *Compliance*, debemos distinguir las actividades propias del ‘Órgano Interno de Control’ (OIC) del sector público, respecto de las inherentes a los “Oficiales Públicos de Cumplimiento”. En efecto, existe experiencia para señalar que muchos OIC, pese a sus loables actividades, no llevan a cabo una prevención ni regulación de los ‘riesgos a nivel micro’, ni tampoco cubren el control, supervisión y vigilancia de toda la ‘operación’ gubernamental a lo largo y ancho de las actividades de las organizaciones públicas. En realidad, regulan y supervisan generalmente a nivel ‘macro’.

No resulta sencillo que un OIC pueda llevar a cabo un control, supervisión y vigilancia de manera detallada en la operación gubernamental, máxime que en el gobierno y en el sistema burocrático existen muchos procesos y subprocesos que no se comunican entre sí. Incluso, actualmente y pese a la adopción de tecnologías en el sector público,

muchas entidades y dependencias del gobierno todavía no tienen totalmente automatizados sus sistemas, existiendo procesos de operación que se realizan “a mano”. Esto puede llevar a generar riesgos incluso en la conservación completa o actualizada de los expedientes físicos correspondientes. Asimismo, existe una gran cantidad de servidores públicos que no tienen conocimiento ni capacitaciones del *Compliance*, teniendo la idea de que la prevención de riesgos legales, las evaluaciones y la cultura organizacional de cumplimiento regulatorio es propia o exclusiva del sector privado.

Estamos ante la gran oportunidad de empezar, no solo a hablar, sino de generar una cultura de cumplimiento regulatorio en el sector público, reconociendo que es un esfuerzo necesario, como debido, multinivel y multifuncional. Igualmente, existen evidencias de que ‘la supervisión’ se complica en el sector público, dificultando su eficacia, precisamente por el número y cúmulo de servidores públicos activos en todos los procesos; complicación que se agrava cuando también debería existir ‘supervisión y vigilancia’ sobre la intervención de los particulares que acceden, participan o intervienen en los servicios gubernamentales.

Actualmente el sector público enfrenta retos no solo de ‘eficiencia’, sino de eficacia ante las políticas de austeridad en los distintos niveles de gobierno. Al respecto, se deberá “hacer más *Compliance*”, con menos presupuesto.

Empiezan a surgir esfuerzos para hacer realidad las políticas de “*Tone at the top*” en el sector público, para lograr la convicción desde las cabezas o Titulares de los órganos gubernamentales de hacer las cosas bien, correcta y legalmente, sin embargo, las organizaciones todavía dejan muchos espacios propicios para la vulnerabilidad de riesgos penales. Cualquier

avance es sumamente recomendable, pues a escala nacional la calidad del servicio público todavía es baja.

La lista de deberes de *debida diligencia* que afectan a la materia penal se haría interminable si pretendiéramos analizarla de manera exhaustiva en este estudio, nos bastará por ello con señalar de manera enunciativa, no limitativa, los campos en los que debe ponerse especial atención en materia de responsabilidad penal de los funcionarios públicos.

- a) Contrataciones públicas: deber de informarse sobre las condiciones de la persona o institución contratada, su trayectoria, especialmente en obras y servicios del sector público.
- b) Manejo adecuado de contratos de seguro en las relaciones contractuales, para lo cual debe contar con un protocolo de prevención delictiva.
- c) Responsabilidad medioambiental, tanto por parte de la institución como por parte de las empresas, organizaciones o personas con las que realice proyectos conjuntos.
- d) Derechos humanos en el ejercicio de la función pública.
- e) Evaluación, análisis e identificación de riesgos penales en la administración y gobierno de la institución gubernamental.
- f) Revisión periódica de focos de riesgos por actividad delincencial.
- g) Diseños objetivos de auténticos códigos de conducta plasmados por escrito, en los que se contenga, además de una declaración formal de principios de la institución, un sistema de detección de conductas de incumplimiento y sus reglas.

Por otra parte, un tema sumamente relevante, que consideramos todavía no está debidamente regulado ni encuentra respuestas para brindar

una solución eficaz, es la incertidumbre regulatoria que prevalece en materia de Compliance en el sector público, cuando surge o existe una “Asociación Público-Privada”. En efecto, la presente Ley de Asociaciones Público Privadas es de orden público y tiene por objeto regular los esquemas para el desarrollo de proyectos de asociaciones público-privadas, bajo los principios de los artículos 25 y 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Los proyectos de asociación público-privada regulados por esta Ley son aquellos que se realicen con cualquier esquema 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.

4.4. LOS COSTOS DE CUMPLIMIENTO Y DE INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVIDAD

Otro de los grandes temas que debemos abordar al referirnos al *Compliance aplicado al sector público* es el referente al “costo del cumplimiento regulatorio”, es decir, al costo integral del *Compliance*. Lo primero que hemos de señalar al respecto es que el costo de cualquier sistema que ponga diques a la corrupción gubernamental y dispositivos para la prevención efectiva de riesgos penales siempre será menor que el que pueda producir la acción indebida y deshonesto del funcionario público. Los ‘costos’ no necesariamente son “cargas”, pues en ocasiones son verdaderas “inversiones”. Y ese parece ser el caso de los costos que implique la adopción de un sistema de *Compliance* en determinados ámbitos del sector público.

Tratándose de costos en esta materia, es necesario analizar los costos tangibles e intangibles, respectivamente, pues para la implementación de un *sistema de Compliance gubernamental*, no solo se requiere contar con una estructura mínima de control, auditoría, vigilancia y cumplimiento regulatorio. Es necesario, además, que dicho *Compliance* del sector público sea eficaz y eficiente, a nivel personas, data o información, infraestructura o mobiliario, equipos o herramientas de trabajo en general, proceso y subprocesos y del ‘sistema gubernamental’ en su conjunto, para el cumplimiento de las capacidades, atribuciones y facultades organizacionales. Asimismo, capacitar al personal que ha de apoyar al “Oficial público de cumplimiento” para que realice un trabajo profesional que esté a la altura del servicio público legal o normativamente establecido, lo cual no es sencillo si se tiene en cuenta que para llevarlo a cabo es necesario contar con un ‘conocimiento profesional específico’, tanto de la actividad de cada área de la organización en la que se aplique (sobre todo, empresas paraestatales y entidades públicas de prestación de servicios), así como de su normatividad y de las leyes que le apliquen a los casos concretos, de las prácticas administrativas y del funcionamiento de los sistemas de *Compliance*, que no han de confundirse con otras actividades inherentes o específicas como la auditoría interna, el área legal o la dirección jurídica, entre otras.

El “costo del *Compliance* gubernamental” ha de medirse con el baremo de la política interna de lucha anticorrupción y del fomento de una cultura de la legalidad, así como de las mejores prácticas del sector público; aspectos que están en perfecta sintonía con el actual Programa Nacional de Desarrollo del Gobierno de México y con el deseo de la mayor parte de los ciudadanos mexicanos de ver instituciones que operen dentro de los límites de la legalidad y que, por

ende, generen mayor confianza para acudir a ellas sabiendo que hemos de obtener el servicio de manera eficiente y eficaz.

En la Guía del Departamento de Justicia de Estados Unidos sobre Compliance penal de las empresas, a la que nos hemos referido anteriormente, se señala que los fiscales deben medir ese costo de cumplimiento revisando y sopesando “qué esfuerzos ha realizado la empresa para supervisar e implementar políticas y procedimientos que reflejen y traten el espectro de riesgos penales” (DOJ, 2019).

Pero ¿Qué debemos entender en ese contexto por “esfuerzos”? Uno de los aspectos en que dicho documento enfoca ese “esfuerzo” es el referente a la “comunicación” de las reglas y protocolos de cumplimiento entre el personal que labora en la empresa. Nos parece acertado el referirse de manera genérica a la “comunicación”, pues deja el campo abierto para incluir en ella, toda acción tendiente a difundir las reglas a las que ha de sujetarse el personal que labora en la organización, lo cual puede cristalizar en talleres, cursos, programas de convivencia e intercambio de experiencia e información, hasta las publicaciones que realice la organización en las que se establezcan los códigos de conducta y las reglas de “mejores prácticas”. Ello, aplicado al sector público, nos permite incluir en el costo del cumplimiento y de la prevención, los programas de capacitación que, ahora deberán incluir aspectos relacionados con la responsabilidad penal en la cual pueden incurrir las personas en el servicio específico que presten.

4.5. LA AUDITORÍA DE CUMPLIMIENTO BAJO EL ENFOQUE DEL COMPLIANCE

Tradicionalmente, la auditoría de cumplimiento ha consistido en la evaluación independiente

realizada para determinar si un asunto cumple con ciertos criterios formales que rigen a la entidad auditada, tales como leyes, regulaciones y convenios relevantes, los cuales son emitidos por las respectivas autoridades en la materia. En este tipo de auditoría también se revisan las políticas, los procesos y las actividades que aseguran el cumplimiento de los objetivos institucionales.

A la luz del nuevo del paradigma del Compliance, la auditoría de cumplimiento debe de ir más allá de lo antes expresado para no solamente verificar el cumplimiento de la normativa aplicable a determinado ente o proceso, sino para evaluar la efectividad de las políticas y procedimientos establecidos, con el propósito garantizar el cumplimiento de las regulaciones, y constatar que los procesos para prevenir, detectar y dar respuesta a incumplimientos, comportamientos fraudulentos y conductas criminales estén operando realmente.

Entre las mejores prácticas internacionales que se pueden tomar como referencia para llevar a cabo este tipo de revisión están las siguientes:

- El documento guía “Evaluación de Programas Corporativos de Compliance”, de la División Criminal del Departamento de Justicia de los Estados Unidos.
- Los “Lineamientos para la Función de Cumplimiento”, del Instituto de Auditores Internos (IIA).
- La guía práctica “Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas”, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC).



5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

LA ADOPCIÓN DE LA FUNCIÓN DE COMPLIANCE EN EL SECTOR PÚBLICO MEXICANO NO SÓLO ES ÚTIL, SINO TAMBIÉN ES NECESARIA PARA FORTALECER LOS MECANISMOS QUE HAN SIDO ESTABLECIDOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL PARA IDENTIFICAR, EVALUAR Y DAR RESPUESTA A LOS RIESGOS LEGALES Y PENALES A LOS QUE LAS DEPENDENCIAS Y LAS ENTIDADES SE ENCUENTRAN EXPUESTAS, A FIN DE ASEGURAR EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA APLICABLE Y EL COMPORTAMIENTO ÉTICO POR PARTE DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

La adopción de un sistema de Compliance no solo beneficia al empleado público, previniendo su posible actividad delincencial derivada del desconocimiento de las leyes o de los alcances de sus responsabilidades en el cargo, sino que contribuye de manera directa a poner un candado más a la corrupción que, como se ha señalado por el actual gobierno, es el caldo de cultivo de la delincuencia y, concomitantemente, de la inseguridad que aqueja a a nuestro país.

Es por ello que se sugiere a la presente administración analizar la factibilidad de implementar dicho enfoque tomando como base las mejores prácticas del sector privado, entre las que destacan el Compliance Officer;

el Programa de Compliance; la gestión de riesgos penales y las políticas internas de prevención delictiva, así como el análisis de los costos de cumplimiento y de incumplimiento de la normatividad, herramientas que fueron analizadas a lo largo de este documento.

Consideramos que para adoptar la función de Compliance al interior del sector público mexicano será indispensable que las dependencias y las entidades de la administración pública federal desarrollen las capacidades necesarias para el diseño y la implementación de programas explícitos de Compliance y para la gestión de riesgos legales y penales, situación por la cual se deberán tomar

como referencia las mejores prácticas del sector privado, y se deberá establecer una estrecha vinculación con los organismos especializados en esta materia, entre los que destacan: la World Compliance Association; el Comité de Compliance Managers de la International Chamber of Commerce Capítulo México; La Asociación Mexicana de Profesionales de Ética y Cumplimiento, y la Asociación Mexicana de Integridad y Compliance.

Otro de los retos que se deberá enfrentar para la implementación del Compliance penal en el sector público mexicano será establecer, en el marco jurídico, la responsabilidad penal de las dependencias, las entidades y las empresas productivas del Estado. A diferencia de otros países, como España, la responsabilidad penal de persona jurídica en México solamente abarca a las empresas privadas, no a las entidades públicas, sin haber una razón jurídica para hacer esta distinción.

Asimismo, consideramos que será necesario continuar con el estudio sobre la forma en que otros países han adoptado la función de Compliance en el sector público, en particular en la región de América Latina y el Caribe, como son los casos de Brasil, Chile y Argentina, con la finalidad de identificar mejores prácticas, obstáculos comunes y lecciones aprendidas.

Cabe señalar que la propuesta de adoptar la función de Compliance en el sector público mexicano cobra especial relevancia en el marco de la instrumentación del Sistema Nacional Anticorrupción (SNA), formalizado constitucionalmente en 2015, ya que permitiría contar con elementos concretos y específicos para garantizar el debido cumplimiento normativo, a fin de coadyuvar directamente al combate a la corrupción.



FUENTES

AA. VV. Good Practice Guide on Public Sector Governance, editado por Asia Pacific Economic Cooperation Secretariat (APEC: Economic Committee), Singapur, 2011 ANAO. Australian National Audit Office, Public Sector Governance, Volume 1: Better Practice Guide, (Canberra: 2003).

Auditoría Superior de la Federación. (2016). Estudios sobre las estrategias para enfrentar la corrupción establecidas en las instituciones del Sector Público Federal. Recuperado de: https://www.asf.gob.mx/Trans/Informes/IR2014i/Documentos/Auditorias/2014_1642_a.pdf

Auditoría Superior de la Federación. (2019). Tipos y enfoques de auditoría. Recuperado de: https://www.asf.gob.mx/Section/53_Tipos_de_auditorias_desarrolladas

Auditoría Superior de la Federación y Secretaría de la Función Pública. (2014). Marco Integrado de Control Interno para el Sector Público. Recuperado de: https://www.asf.gob.mx/uploads/176_Marco_Integrado_de_Control/Marco_Integrado_de_Cont_Int_leyen.pdf

CAMPOS ACUÑA, Concepción, “Compliance en la Administración Pública; problemas y propuestas” CEMCI, Granada, 2017

CAMPOS ACUÑA, Concepción. “¿Es necesario un Compliance Officer en el sector público?, Cinco días, El País, Madrid, 15 de febrero de 2018. Recuperado de: https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/02/14/legal/1518633304_622585.html

Comisión Federal de Competencia Económica. (2018). Agenda de Competencia para un Ejercicio Íntegro en las Contrataciones Públicas. Recuperado de: <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/07/CPC-ContratacionesPublicas.pdf>

Diario Oficial de la Federación. (2019). Ley General de Responsabilidades Administrativas. Recuperado de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGRA_120419.pdf

Diario Oficial de la Federación. (2018). Relación de Entidades Paraestatales de la Administración Pública Federal. Recuperado de: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5534868&fecha=15/08/2018

Diario Oficial de la Federación. (2014). Ley de la Comisión Federal de Electricidad. Recuperado de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LCFE_110814.pdf

Diario Oficial de la Federación. (2014). Ley de Petróleos Mexicanos. Recuperado de: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LPM_110814.pdf

Department of Justice, Criminal Division. (2019). Evaluation of Corporate Compliance Programs Guidance. Recuperado de: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>

Department of Labor, Office of Federal Contract Compliance Programs. (2013). Federal Contract Compliance Manual. Recuperado de: https://www.dol.gov/ofccp/regs/Compliance/fccm/FCCM_FINAL_508c.pdf

GOSALBO BONO, R. “The significance of the Rule of Law and its implications for the European Union and the United States”, The University of Pittsburg Law Review, vol. 72, 2010, <https://lawreview.law.pitt.edu/ojs/index.php/lawreview/article/download/159/159>

Institute of Internal Audits. (2015). Guidelines for The Compliance Function. Recuperado de: <https://www.iaa.org.ua/wp-content/uploads/2017/06/2017-Guidance-for-the-Compliance-function-FINAL.pdf>

MARSCO, Delaney, “At 40 Years Old, The Ethics in Government Act is in Need a Tune-up”, 26.10.2018, CLC Advancing Democracy Through campaignlegal.org