

Los retos del *compliance* medioambiental en la administración pública

The challenges of environmental compliance in public administration

Isabela Moreira DOMINGOS*

RESUMEN: El *compliance* de la normativa medioambiental promueve la aplicación de buenas prácticas en las empresas públicas y privadas, obedeciendo a los criterios de sostenibilidad de la Agenda 2030 de Naciones Unidas. Así, el programa de conformidad actúa en la prevención y mitigación de riesgos, en línea con la Ley Anticorrupción n° 12.846/2013, regulado por el Decreto n° 8.420/2015. Por lo tanto, existe una primacía de la licitación sostenible para el desarrollo nacional, ya que las empresas deben adaptarse a la mejor distribución de insumos, equipos, gestión de residuos y desarrollo socioeconómico. De esta manera, los factores ESG (que significa Environmental, Social and Governance) son medidas de responsabilidad so-

* Profesora y conferencista internacional. Investigadora de la Universidad de São Paulo (USP). Máster en Derecho Económico y Desarrollo por la Pontificia Universidad Católica de Paraná (PUCPR), con beca integral CAPES. Especialista en Estado Democrático de Derecho por la Fundación Escuela del Ministerio Público del Estado de Paraná (FEMPAR). Investigadora en las áreas de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Compliance. Autora de libro sobre Compliance e de artículos científicos publicados en revistas especializadas internacionales. Miembro de la Comisión de Conformidad de la Orden de Abogados de Brasil. Abogada. <https://orcid.org/0000-0002-8226-1348>. Contacto: <isabeladomingos.law@gmail.com>. Fecha de recepción: 26/06/2021. Fecha de aprobación: 02/08/2021.

cial corporativa y tienen un impacto positivo en la probidad de la Administración Pública nacional y extranjera. Se presenta el Proyecto de Ley N° 5442/2019 para el compliance medioambiental en el otorgamiento de incentivos a las actividades de empresas públicas y privadas, en la medida que operen en la actividad económica potencialmente perjudicial para los bienes naturales. El método utilizado fue el analítico, apoyado en la doctrina especializada y en la legislación del ordenamiento jurídico nacional e internacional.

PALABRAS CLAVE: Desarrollo; Responsabilidad Objetiva de la Empresa; Nueva Ley de Licitaciones (Ley n° 14.133/2021); Compliance; ESG.

ABSTRACT: Environmental compliance promotes the application of good practices in public and private companies, complying with the sustainability criteria of the United Nations Agenda 2030. Thus, the compliance program acts in the prevention and mitigation of risks, in accordance with the Anti-Corruption Law No. 12,846/2013, regulated by Decree No. 8,420/2015. Therefore, there is a primacy of sustainable bidding for national development, as companies must adapt to the best distribution of inputs, equipment, waste management, and socio-economic development. Thus, ESG (which stands for Environmental, Social and Governance) factors are measures of corporate social responsibility and have a positive impact on the probity of domestic and foreign public administration. Bill No. 5442/2019 is presented for environmental compliance in granting incentives to the activities of public and private companies, to the extent that they operate in economic activity potentially harmful to natural assets. The method used was analytical, supported by specialized doctrine and legislation of the national and international legal system.

KEYWORDS: Development; Objective Responsibility of the Company; New Bidding Law (Ley No. 14.133/2021); Compliance; ESG.

I. INTRODUCCIÓN

La buena gobernanza institucional y empresarial requiere el desarrollo de políticas públicas medioambientales para el desarrollo sostenible. Aunque las prácticas ESG (*Environmental, Social and Governance*) son utilizadas por empresas y gobiernos extranjeros, especialmente en Europa, estas políticas tienen un impacto positivo a medio y largo plazo e implican a múltiples actores: inversores, empresas, organizaciones internacionales, el Estado y la sociedad.

La investigación presenta la importancia del *compliance* medioambiental (Programa de Integridad), buscando el desarrollo nacional sostenible de Brasil por medio de criterios de ESG para evitar o mitigar daños irreparables a la luz de los ecosistemas y la sociedad.

En este seguimiento, el orden económico brasileño se fundamenta en la soberanía nacional, la libre competencia, la protección del consumidor y el medio ambiente, la agenda político-económica sostenible busca la reducción de las desigualdades sociales y regionales, el pleno empleo y el trato favorable a las micro y pequeñas empresas (art. 170).

La contratación sostenible es un procedimiento administrativo¹, es una condición para la celebración de contratos con la Administración Pública y tiene como objetivo impulsar el desarrollo sostenible nacional que se prevé en el art. 5 de la Ley N° 14.133/2021 en consonancia con el orden constitucional brasileño (art. 170, punto VI y el art. 225 *caput*, CRFB/1988), además de los Objetivos de Desarrollo Sostenible previstos en la Agenda Global 2030 de las Naciones Unidas (ONU), este nuevo está abrazado por los líderes de 193 países.

¹ ANTUNES, P. B., *Direito Ambiental*, 21ª ed., São Paulo, Altas, 2020, p. 182.

Según la Guía Práctica de Licitación Sostenible del Tribunal Superior de Justicia (TSJ), es necesario verificar la sostenibilidad del producto o servicio, basándose en la calidad, la durabilidad, la eficiencia, la seguridad, la comodidad y la accesibilidad para las personas con discapacidad o movilidad reducida². El desarrollo de las sociedades del siglo XXI exige el uso racional de los recursos naturales (agua, energía y materias primas) y el destino de los productos para la logística inversa.

La política pública de integridad gubernamental exige el control interno de las empresas a través de programas de *compliance*, debida diligencia y gestión de riesgos, así como el compromiso del gestor público de cumplir con el Programa de Integridad previsto en la Ley Anticorrupción N° 12.846/2013 (reglamentada por el Decreto N° 87.420 del 18 de marzo de 2015), en especial para los temas ambientales que empañan los procesos de licitación y otorgamiento de licencias, generando daños en el orden económico y en la salud de las comunidades y biomas directamente afectados.

La nueva Ley de Licitaciones n° 14.133/2021, publicada el 1 de abril de 2021, fomenta la innovación y el desarrollo sostenible a través de la implementación del Programa de Integridad (*compliance*) y la gestión de riesgos, con el objetivo de mejorar los estándares de calidad y la conservación del medio ambiente que deben definirse desde la preparación del anuncio de licitación hasta la ejecución y el seguimiento de los contratos.

II. EL DESARROLLO SOSTENIBLE

El desarrollo sostenible se ha convertido en una propuesta global para reducir la pobreza, la violencia y la corrupción generalizada

² STJ. *Guia práctico de licitações sustentáveis do STJ - Guia práctico de licitações sustentáveis do STJ*. Disponible en: <<https://ww2.stj.jus.br/publicacao-institucional/index.php/GuiaLicitacoes/article/view/3274/3217>>. (20 jul. 2020)

que involucra el ámbito público-privado, con el fin de promover el correcto destino de los recursos públicos para el fortalecimiento de los grupos vulnerables. En total, son 17 objetivos que aportan 170 metas para la Agenda 2030, idealizada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Los factores ESG promueven estrategias de sostenibilidad relacionadas con la responsabilidad social y medioambiental y la ética empresarial para controlar la corrupción en la relación público-privada. Para ello, es necesario reducir el plástico, reducir el CO₂, las políticas de inclusión y diversidad, entre otras.

Por lo tanto, si el *Benchmarking*³ se hace de manera legítima (legal), el *compliance* y la gestión del riesgo validan los factores ESG. Esto hace que sea una ventaja competitiva para las empresas, que además de sumar inversiones internacionales, cumplen con los criterios de licitación sostenible a favor de la Administración Pública y la sociedad.

En un breve recorrido histórico, se puede identificar que la preocupación por el medio ambiente no es reciente, sino que es el resultado de la construcción de una evolución de la conciencia socioeconómica, en la medida en que se admite que los bienes naturales son finitos. En este sentido, en 1972, el grupo liderado por el científico estadounidense Dennis Meadows, miembro del Club de Roma de la Academia dei Lincei (Italia), demostró la relación

³ El *benchmarking* busca comparar estratégicamente las mejores prácticas, productos y servicios que se utilizan en el mercado empresarial con el fin de mejorar las actividades de una determinada empresa. Es una herramienta importante en la formulación de políticas públicas en relación con el rendimiento de la sostenibilidad, especialmente por los beneficios a largo plazo para el mercado, los ecosistemas y la sociedad. Cfr. БОУКО, Christopher T. *et al.*, *Global Environmental Change*, vol. 22, Issue 1, February 2012, p. 245-254. <<https://doi.org/10.1016/j.gloenvcha.2011.10.004>>.

entre la expansión económica y el crecimiento desordenado de la población, ambos capaces de causar daños ambientales.⁴

Más adelante, el informe de *Bruntland* de 1987⁵ (documento conocido como Nuestro Futuro Común), aportó el concepto de desarrollo sostenible asociado a la seguridad de las futuras generaciones humanas y a la protección de las especies. En 1972, la Conferencia de Estocolmo, celebrada en Suecia y promovida por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), sirvió de pauta para el derecho interno de los países en el desarrollo de políticas públicas ambientales.⁶

De hecho, estas recomendaciones promovieron un documento conocido como Nuestro Futuro Común, introdujeron el concepto de desarrollo sostenible asociado a la seguridad de las futuras generaciones humanas y a la protección de las especies. En 1972, la Conferencia de Estocolmo, celebrada en Suecia y promovida por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), sirvió de pauta para el derecho interno de los países en el desarrollo de políticas públicas ambientales en diversos encuentros globales para la promoción del desarrollo sostenible, a saber: Protocolo de Montreal (Montreal, Canadá, año 1987); Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo del Medio Ambiente o ECO-92 (Río de Janeiro, Brasil, año 1992); Protocolo de Kioto (Kioto, Japón, 1990); Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible o Río+10 (Johannesburgo, Sudáfrica, año 2002); Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, también conocida como Río+20 (Río de Janeiro, Brasil, 2012); Cumbre de Desa-

⁴ ROMEIRO, A. R., “Desenvolvimento sustentável: uma perspectiva econômico-ecológica”. *Estud. av.*, São Paulo, v. 26, núm. 74, 2012, pp. 65-92.

⁵ Para el informe de Gro Harlem Brundtland, véase: UN. *Report of the World Commission On Environment and Development: Our Common Future*. Disponible: <<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>>. (20 jun. 2020).

⁶ ANTUNES, P. B., *op. cit.*, p. 505.

rollo Sostenible, responsable de definir los ODS (Sede de la ONU en Nueva York, Estados Unidos de América, 2015).

Para cumplir los Objetivos de Desarrollo Sostenible, es esencial cambiar los patrones de consumo con la ayuda de la investigación, la tecnología y la innovación. Las empresas necesitan mejorar su relación con los biomas y las comunidades, ya que buscan reducir el riesgo de accidentes ambientales, además de insertar en el mercado productos biodegradables compatibles con la logística inversa, respetando la salud y la calidad de vida humana y animal. Las comunidades que viven en las regiones donde operan las empresas son las más afectadas por la contaminación ambiental y el encenagamiento de los lechos de los ríos, especialmente porque dependen de los bienes naturales para su subsistencia.

Es cierto que la actividad desenfadada de la industria sin criterios éticos ni mecanismos de *compliance* medioambiental ha amenazado la supervivencia de los ecosistemas, impactando en la vida marina, en la calidad del aire, además de provocar la desertificación de los biomas, el aterramiento de los ríos y el deshielo de los glaciares. El riesgo de daño medioambiental amenaza la propia continuidad de la vida humana en la tierra, por lo que afecta incluso a los causantes del daño. Hay que cambiar el mercado antes de que los recursos naturales sean definitivamente escasos para todos.

En este molde, el daño ambiental acaba intensificando la pobreza, la miseria, la violencia. La desigualdad social afecta directamente a las comunidades ribereñas⁷, in indígenas, cimarrones y caiçaras (habitantes tradicionales de las comunidades de la costa brasileña), que dependen de la pesca y la agricultura para su sustento y actividad económica, derivada del trabajo manual, como la artesanía y el cultivo. La ausencia de infraestructuras y de sa-

⁷ DOMINGOS, Isabela Moreira y GONÇALVES, R. M., “População ribeirinha no Amazonas e a desigualdade no acesso à saúde”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, 11(1), janeiro-abril, Unisinos, 2019, p. 99-108. DOI: <10.4013/rechtd.2019.111.06>.

neamiento básico⁸ perjudica la dignidad de los habitantes de la periferia y sobrecarga las unidades básicas de salud pública.

Se observa que hay una responsabilidad del Estado brasileño en la dirección de la política ambiental y en la contratación de expertos profesionales multisectoriales para cooperar con los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en la coordinación e integración del desarrollo sostenible. El control del medio ambiente es un deber constitucionalmente previsto y en los aparatos normativos nacionales e internacionales.

Una de las formas de control de la Administración Pública es la licencia ambiental, se trata de un procedimiento por el que el organismo técnico competente autorizará la ubicación, instalación, construcción, ampliación, modificación y explotación de un proyecto. Se señala que las actividades posiblemente contaminantes presentan riesgos, por lo que deben someterse a la autorización previa de los organismos competentes (art. 2 de la Resolución n° 237/97). La licencia ambiental tiene un carácter preventivo, su seguimiento es necesario para el control real de la actuación⁹, sin perjuicio de la triple responsabilidad en el ámbito administrativo, civil y penal.

Lo que se busca con la elección diligente y técnica en la licitación sostenible, es reducir el impacto de la actividad económica sobre los recursos naturales¹⁰. La actuación del Estado tiene restricciones en cuanto a la aplicación de medidas comerciales y

⁸ En Brasil, el 45% de la población no tiene acceso al saneamiento básico. Consulte todos los datos en: BRASIL. *Situação da Coleta e do tratamento de esgotos*. Disponible en: <<http://atlasesgotos.ana.gov.br/>>. (6 set. 2020).

⁹ La Ley Federal n° 6938/1981 atribuyó al Consejo Nacional del Medio Ambiente, CONAMA, la competencia para la regulación de las licencias ambientales.

¹⁰ DOMINGOS, Isabela Moreira y BLANCHET, L. A., “Programas de compliance y responsabilidad de la empresa en el postconsumo de residuos electrónicos” en *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 16, núm. 35, p. 271-298, maio/ago. 2019. DOI: <<https://doi.org/10.18623/rvd.v16i35.1547>>.

financieras, sobre las actividades que ofenden el derecho fundamental a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, este derecho está garantizado para las generaciones presentes y futuras, con base en el artículo 225 de la Constitución brasileña de 1988.

Así, se consideran prácticas sostenibles aquellas que se guían por factores de responsabilidad ambiental y desarrollo socioeconómico, apoyadas en un conjunto de transformaciones que tendrán un impacto a largo plazo. Esto implica no sólo un valor para los grupos de interés, sino sobre todo la búsqueda de un cambio en las normas de consumo y servicio para reducir los riesgos para el medio ambiente.¹¹ Entre estas actividades, las empresas deben preocuparse por la logística inversa de sus productos¹², eficiencia energética y evitar insumos que no sean biodegradables, hecho que permite una innovación para el mercado.

Para un mejor control, la Administración Pública debe realizar la debida diligencia sobre el origen de los recursos, dando prioridad a las normas de producción, obras y servicios derivados de prácticas sostenibles, así como la adquisición de productos procedentes de la gestión sostenible o la reforestación.¹³

Cuando se frustra el concurso de licitación, hay una ofensa a los principios de la Administración Pública, a saber: legalidad,

¹¹ NIETO ANTOLÍN, M., FERNÁNDEZ GAGO, R., “Responsabilidad social corporativa: La última innovación en management” en *UCJC Business and Society Review (formerly Known As Universia Business Review)*, 1(1), 2004. Consultado en: <<https://journals.ucjc.edu/ubr/article/view/476>>.

¹² DOMINGOS, Isabela Moreira y BLANCHET, L. A., “Programas de compliance y responsabilidad de la empresa en el postconsumo de residuos electrónicos” *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 16, n. 35, p. 271-298, maio/ago, 2019. DOI: <<https://doi.org/10.18623/rvd.v16i35.1547>>.

¹³ El requisito de realizar un procedimiento de licitación está establecido en el artículo 37, XXI de la Constitución Federal, salvo en los casos de renuncia al procedimiento de licitación establecidos en la ley, las obras, servicios, adquisiciones y demás enajenaciones se contratarán mediante procedimiento de licitación pública a fin de garantizar la igualdad y la libre competencia.

imparcialidad, moralidad, publicidad y eficacia (artículo 37 del CRFB/1988), además de los principios implícitos que tienen que ver con la razonabilidad, la proporcionalidad, la buena fe objetiva y la supremacía del interés público, para atender las demandas sociales.

La licitación sostenible es un procedimiento administrativo en el que el gestor público puede vender, adquirir o arrendar bienes y, además, promover obras o servicios, otorgar concesiones, permisos de obras, servicios o el uso exclusivo de bienes públicos, de manera que se convoca a los interesados a presentar propuestas y tiene como objetivo elegir la más ventajosa para la Administración Pública, con base en el principio de isonomía y los criterios de desarrollo nacional sostenible.

La Administración Pública al observar el principio de impersonalidad, promueve la igualdad de oportunidades, la equidad de trato a las micro y pequeñas empresas, eliminando la subjetividad del gestor para garantizar la propuesta más ventajosa. Así, realiza la debida diligencia en la prestación del servicio o suministro de bienes, observando los costes de mantenimiento en la relación coste-beneficio y los criterios de calidad, rentabilidad¹⁴ y la sostenibilidad de la operación.

La licitación verde está prevista en la Política Nacional de Cambios Climáticos, artículo 6, inciso XII, de la Ley n° 12.187/2009 para la reducción del efecto invernadero y el uso adecuado de los recursos naturales, como el agua y la energía. La licitación sostenible busca estimular la eficiencia energética y el mejor uso de los recursos naturales.

Existe una creciente preocupación por la logística inversa de los productos, ya que la licitación de obras y servicios debe respetar la disposición final ambientalmente adecuada de los residuos sólidos generados por las empresas contratadas (artículo 45, inciso I, de la Ley n° 14.133/2021). La propuesta más ventajosa no

¹⁴ NOHARA, I. P., *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2020, p. 326.

es la de menor coste, sino la de mejor iniciativa sostenible (sin despilfarro ni mal uso de los recursos naturales).

Además, recientemente el Superior Tribunal de Justicia brasileño (*Superior Tribunal de Justiça - STJ*) a través del Recurso Extraordinario 654833, objeto de la Repercusión General N° 999 del 17 de abril de 2020, estableció el entendimiento de que la pretensión de reparación civil por daño ambiental es imprescriptible, pues debe prevalecer el medio ambiente, fundamental para la vida, la salud de las especies y el bienestar de la humanidad, derecho inalienable que precede a todos los demás derechos.¹⁵

El Proyecto de Ley n° 5442/2019 referido a la obligación de los Programas de *Compliance* Medioambiental, que se encuentra en trámite en la Cámara de Diputados y espera el despacho de las Comisiones de Desarrollo Económico, Industria, Comercio y Servicios, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Finanzas y Fiscalidad (mérito y art. 54, RICD) y Constitución y Justicia y Ciudadanía (art. 54 RICD). El texto recoge la responsabilidad de las empresas y organizaciones públicas que realizan actividades económicas potencialmente dañinas para los ecosistemas.

En este sentido, se requieren procedimientos internos de *compliance*, con la aplicación del código de ética y conducta, para prevenir y remediar los delitos ambientales. Las empresas e instituciones deben considerar la imposición de sanciones penales y administrativas, apoyadas en la legislación ambiental y administrativa vigente: Patrimonio Cultural (Decreto Ley n° 25/1937); Zonificación Industrial (Ley n° 6.803/80); Área de Protección Ambiental (Ley n° 6.902/81); Política Ambiental Nacional (Ley n° 6.938/81); Creación del Ibama (Ley n° 7.735/89; Agroquímicos

¹⁵ Cfr. STF. *Recurso Extraordinário 654833*. Relator Ministro Alexandre de Moraes, Brasília, data de publicação DJE 24/06/2020 - ATA n°. 95/2020. DJE n°. 157, divulgado em 23/06/2020. Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4130104&numeroProcesso=654833&classeProcesso=RE&numeroTema=999>> (20 jul. 2020).

(Ley n° 7. 802/89); Ley de Delitos Ambientales (Ley n° 9.605/98); Política Agraria (Ley n° 8.171/91); Recursos Hídricos (Ley n° 9.433/97); Nuevo Código Forestal Brasileño (Ley n° 12.651/12); Política Nacional de Residuos Sólidos - PNRS (Ley n° 12. 305/10); Ley Anticorrupción de las Empresas (Ley n° 12.846/2013); Ley de Responsabilidad de la Propiedad del Estado (Ley n° 13.303/2016); Nueva Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos (Ley n° 14.133/2021).

La adecuación empresarial al cumplimiento medioambiental promoverá un cambio en los estándares económicos, ya que la Administración Pública optará por proyectos sostenibles, así como las empresas impulsadas por la cadena de suministro, de tal forma que sólo se consolidarán en el nuevo mercado reformulando los procesos productivos. Es decir, desde la idea del producto hasta la logística inversa o el destino biodegradable.

Por lo tanto, la exigencia de *compliance* medioambiental promoverá una ola de innovación en las empresas públicas y privadas para la prestación de servicios sostenibles y, especialmente, en la elección de proveedores con prácticas ESG (*Environmental, Social and Governance*), para que toda la cadena de producción sea ecológica, ya sea para el suministro de servicios o para las obras de infraestructura.

III. LA APLICACIÓN DEL PROGRAMA DE COMPLIANCE EN LAS LICITACIONES SOSTENIBLES

El *compliance* medioambiental está relacionado con las prácticas de buen gobierno, promueve una cultura ética en las empresas y hace efectivas las políticas públicas destinadas a promover la sostenibilidad y la Agenda 2030. El programa debe contener una estructura para la evaluación y el control periódicos, un canal de

denuncia de irregularidades y la formación de los empleados¹⁶, de acuerdo con la siguiente estructura: a) Mapeo de riesgos; b) Código de Ética y Código de Conducta; c) Seguimiento e información a la alta dirección; c) Formación; d) Canal de información; e) *due diligence*.

La diligencia debida actúa en la prevención de procesos judiciales, verifica los costes pasivos y mitiga los riesgos de daños ambientales que posiblemente desencadenen una demanda. La Administración Pública comprueba el nivel de idoneidad de la empresa licitadora, como, por ejemplo, si ya ha habido una condena por daños al medio ambiente, si utiliza productos obsoletos o materiales ilegales; la evidencia de actividad contaminante que contamina el suelo y las aguas subterráneas, además de la utilización de mano de obra análoga a la esclava o el trabajo infantil.¹⁷

Es necesario que tanto la empresa como la Administración Pública conozcan el ciclo de vida del producto o servicio. Los proveedores y contratistas deben adaptarse al programa de *compliance* medioambiental, en base al Programa de Integridad previsto en las leyes brasileñas: Ley Anticorrupción N° 12846/2013 y la nueva Ley de Licitaciones y Contratos N° 14.133/2021, sobre el riesgo de no alcanzar la propuesta de desarrollo sostenible nacional y la Agenda 2030 de la ONU.

En vista de lo anterior, se destaca que el programa de *compliance* medioambiental es utilizado como una política global de desarrollo sostenible y lucha contra la corrupción por parte de las

¹⁶ Se contempla en un Proyecto de Ley que debe ser analizado por comités técnicos.

¹⁷ La Política de Contratación de Proveedores, Terceros y *Due Diligence* de Alagoas divide los riesgos en Nivel I (riesgo bajo), Nivel II (riesgo medio), Nivel III (riesgo alto). En la última hipótesis, se impide que la Administración Pública contrate con empresas evaluadas en alto riesgo, el proceso se somete a la validación de cumplimiento, legal y de gestión interna. Cfr. ALAGOAS, *Assessoria Especial de Ética e compliance*. Disponible en: <gcs.sefaz.al.gov.br/visualizarDocumento.action>. Consultado el: 20 jul 2020.

organizaciones internacionales que tienen como objetivo común el desarrollo sostenible y la lucha contra la corrupción transnacional. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) recomienda el cambio de las normas de consumo en función de los valores ESG.

Sin embargo, esta propuesta requiere un compromiso que va más allá de las acciones de los Poderes Públicos, pero sobre todo de las empresas, en la implementación de una cultura ética y sostenible, con planes de objetivos y evaluación de diagnósticos sobre daños ambientales y políticas públicas internas y externas para cumplir con la Agenda global 2030.

El *compliance* se define en función de la actividad que realiza la empresa, el público objetivo, así, la empresa y los organismos técnicos medioambientales analizan qué biomas se ven afectados por la actividad económica y los riesgos que pueden suponer en triple responsabilidad legal en el ámbito civil, administrativo y penal. De hecho, no sirve de nada un programa de *compliance* sólo en la estantería si no hay preocupaciones de carácter social y medioambiental, empezando por la cúpula de la alta dirección y consolidándose mediante la oferta de productos y servicios sostenibles, así como el seguimiento continuo de la actividad potencialmente dañina para el medio ambiente.

El programa de integridad debe tener al menos cinco pilares¹⁸, que implican: el compromiso y el apoyo de la alta dirección; la instancia responsable del programa; el análisis del perfil y de los riesgos; la estructuración de las normas e instrumentos; el seguimiento realizado por el profesional *compliance officer*, que posteriormente debe ser evaluado y validado por la auditoría interna o externa, según la complejidad de las actividades desarrolladas.

¹⁸ Cf. CGU, *Programa de Integridade. Diretrizes para Empresas Privadas*. Disponible en: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>> (27 jul. 2020).

La política de *compliance* es una herramienta esencial para la continuidad de la empresa en el mercado. La alta dirección necesita ver las oportunidades que surgen de los gastos con la mejora del control interno, debido a la prevención de demandas y la posibilidad de reducir la responsabilidad objetiva de la empresa.

Se ve que el pleito, además de empañar la imagen de la empresa, provoca daños irreversibles en los ecosistemas, traspasando fronteras entre estados, comunidades e incluso países. La consecuencia económica será la extirpación de la empresa de la preferencia del consumidor (cultura de la cancelación)¹⁹ y la prohibición de futuras contrataciones con la Administración Pública, en base a los procesos de *compliance* y *due diligence* públicos previstos en las leyes brasileñas 12.846/2013 y Nueva Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos (Ley n° 14.133/2021).

Cabe destacar que la corrupción es un problema sistémico, ya que afecta tanto a las empresas públicas y a las sociedades de capital mixto como a las corporaciones y a la sociedad, especialmente cuando los esquemas implican competencia desleal, sobreprecio de productos y servicios, obras de infraestructura y adquisición de insumos para el acceso a la salud y la educación, entre otros derechos sociales fundamentales. Las organizaciones criminales utilizan el aparato estatal como una oportunidad para el enriquecimiento ilícito y el blanqueo de dinero.

Por otro lado, todos sufren las distorsiones del mercado causadas por la corrupción. Esta inestabilidad crea un entorno de riesgo para la inversión internacional; los inversores extranjeros acaban emigrando a economías más seguras y transparentes. A

¹⁹ La cultura de la cancelación pretende anular o rechazar a una celebridad, político, empresa o personas anónimas en las redes sociales, o incluso en la vida real. El acto implica el desprecio de los valores sociales, como por ejemplo, de los blogueros que faltaron al respeto al aislamiento social publicando fotos y vídeos de viajes durante la pandemia de Covid-19. El rechazo a los políticos que promueven agendas que van en contra del desarrollo sostenible, entre otros.

modo de ejemplo, los inversores extranjeros retiraron más de 163.047 millones de reales del mercado de valores en 2020²⁰, debido a la inestabilidad del mercado causada por el coronavirus y a la evidencia de fraude y sobrefacturación de insumos en la lucha contra el Covid-19 en Brasil.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) recomienda una visión empresarial estratégica basada en la integridad pública, donde señala que entre el 10 y el 30% de la inversión en proyectos de construcción con financiación pública puede perderse debido a la mala gestión y la corrupción. Sin embargo, no basta con promover la transparencia de las cuentas públicas, sino que es necesario que la acción tenga una respuesta efectiva en la responsabilidad objetiva de la empresa por los daños ambientales y las prácticas corruptas.²¹

Según la OCDE, una cultura de integridad pública se basa en el liderazgo, el mérito, la creación de capacidades y la apertura a un canal de denuncia. Las medidas pretenden comprometer a los gobiernos, la sociedad, las empresas y las organizaciones no gubernamentales. El portal de transparencia permite la gestión de riesgos, la supervisión de los actos administrativos, la participación del control social y la ejecución de las sanciones²². Un entorno empresarial de alto riesgo es aquel que no implementa un Pro-

²⁰ EM. *Investidor estrangeiro retira R\$ 163,047 milhões da B3 no pregão de 20/11*. Disponible en: <https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/11/24/internas_economia,1213864/investidor-estrangeiro-retira-r-163-047-milhoes-da-b3-no-pregao-de-20.shtml> (20 feb. 2021).

²¹ OECD. *Recomendação do conselho da OCDE sobre integridade pública*. Disponible en: <<https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>>. (20 jul. 2020).

²² El Comité de Gobernanza en la Contratación Pública cuenta con el apoyo del personal de la División de Integridad del Sector Público de la Dirección de Gobernanza Pública (GOV). Cf. OECD. *Recomendação do conselho da OCDE sobre integridade pública*. Disponible en: <<https://www.oecd.org/gov/ethics/integrity-recommendation-brazilian-portuguese.pdf>>. (20 jul. 2020).

grama de Integridad (*compliance*), auditoría interna y contraloría, creando un sentido común de oportunidad para la corrupción a través de licitaciones y contratos administrativos.

Los programas de *compliance* e integridad medioambiental son un medio para controlar los riesgos de producción y de mercado causados por la manipulación de ofertas y la exposición a la contaminación y el cambio climático. Al crear una política de *compliance* y gestión de riesgos medioambientales, las empresas y las autoridades se vuelven más resistentes, con una mejor respuesta ante el fraude, las catástrofes y los delitos medioambientales, ya que aumentan su capacidad de planificación y medidas de emergencia para absorber el impacto, la contención y la reparación de la zona afectada.

La empresa que no implemente el programa de *compliance* medioambiental estará impedida de recibir apoyo estatal, por concepto de subsidios económicos, financiamientos recibidos de instituciones públicas oficiales de crédito, incentivos fiscales, donaciones (Artículo 4 del Proyecto de Ley n° 5.442/2019), sin embargo, las disposiciones aquí presentadas no se aplican a las micro y pequeñas empresas (párrafo 2).

El citado Proyecto de *Compliance* Medioambiental define lo que es el cumplimiento efectivo, en su artículo 6 establece como norma: el compromiso de la alta dirección y de los consejos de administración; la elaboración del código ético; el código de conducta; las políticas de integridad, aplicables a todos los que actúan en la empresa, independientemente del cargo o función que ejerzan; los canales de denuncia y además el seguimiento continuo y la formación adecuada de los empleados y administradores.²³

Para su correcto funcionamiento, el sector del *compliance* debe operar de forma independiente, estructurada y autorizada.

²³ BRASIL. *Projeto de Lei n° 5.442/2019*. Disponible en: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=39259790A21119A0896CD13209E81E44.proposicoesWebExterno1?codteor=1824652&filename=Avulso+-PL+5442/2019> (20 jul. 2020)

Se requiere la correcta aplicación del programa y la presentación de información por parte del responsable de cumplimiento (*compliance officer*) a la alta dirección y a las autoridades medioambientales.²⁴

La sostenibilidad es el camino para el desarrollo de las naciones, el Banco Mundial estructuró nuevos Estándares Ambientales y Sociales (NAS), sobre los riesgos e impactos socio-ambientales, como condición para la aprobación del préstamo entre la Unión y dicho banco, para la ejecución de la Fase II del Proyecto de Asistencia Técnica de los Sectores Energético y Minero - Meta, el estudio fue sometido a consulta pública, conteniendo: Documento de Alcance - Evaluación de Impacto; Condiciones de Trabajo y Laborales; Plan de Participación de las Partes Interesadas (PEPI).²⁵

En resumen, el trabajo del *Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento* (BIRF) tenía por objetivo aplicar las mejores prácticas internacionales en materia de sostenibilidad ambiental y social, ampliación de las obligaciones, transparencia, respeto a las diferencias, participación de las partes interesadas, rendición de cuentas y buen gobierno, según el documento de consulta pública n° 90 del MME.²⁶

La sostenibilidad impulsa la contratación de empresas orientadas al contexto holístico ESG (*Environmental, Social and Governance*), mientras que las demandas públicas dirigen a los consumidores a exigir garantías sobre la sostenibilidad y a reducir la asimetría de la información sobre los productos.

²⁴ *Idem.*

²⁵ MME. Ministério de Minas e Energia. *Nota Técnica n°. 1/2020/AEGP/SE*. Disponible en: <http://www.mme.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=5e33740b-45d5-80d5-7e07-0d76358ff942&groupId=36144>. (27 Jul. 2020).

²⁶ *Idem.*

IV. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LA EMPRESA POR LOS DAÑOS MEDIOAMBIENTALES

Los daños ambientales pueden estar relacionados con la práctica de la corrupción, en esquemas de tala ilegal, manipulación de licitaciones, autorización viciada de licencias ambientales, prácticas ilícitas que buscan satisfacer intereses meramente egoístas de políticos, funcionarios públicos y empresas malintencionadas. El delito ambiental afecta a la vida humana y extingue los ecosistemas que proporciona la biodiversidad, encargada de purificar las aguas subterráneas y el aire, son actividades que la propia madre naturaleza realiza para el bienestar de la tierra y la continuidad de las especies.

Los daños ambientales pueden estar relacionados con la práctica de la corrupción, en esquemas de tala ilegal, manipulación de licitaciones, autorización viciada de licencias ambientales, prácticas ilícitas que buscan satisfacer intereses meramente egoístas de políticos, funcionarios públicos y empresas malintencionadas. El delito ambiental afecta a la vida humana y extingue los ecosistemas que proporciona la biodiversidad, encargada de purificar las aguas subterráneas y el aire, son actividades que la propia madre naturaleza realiza para el bienestar de la tierra y la continuidad de las especies.

La Ley 12.846/2013 atribuyó responsabilidad objetiva a la empresa en los casos de corrupción que involucran a la Administración Pública nacional o extranjera, como, por ejemplo, el delito de corrupción activa (artículo 333, caput del Código Penal brasileño) y los delitos previstos en la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), la Ley Federal de Estados Unidos sobre corrupción que involucra no sólo a las empresas estadounidenses, sino a cualquier empresa que haga negocios o tenga vínculos con socios, proveedores, firmas de servicios con organizaciones estadounidenses.

La desviación causada por la corrupción representa un alto coste económico y social para todos, los costes de la corrupción frustran la realización de los derechos sociales fundamentales,

como la salud, la educación, la asistencia social y la seguridad. Las empresas vinculadas a la explotación de infraestructuras y recursos naturales encuentran oportunidades para la manipulación de licitaciones y, en consecuencia, la ocurrencia de daños ambientales con pérdidas incalculables, como en el caso de Mariana y Brumadinho, ocurridos respectivamente en 2015 y 2019 en el Estado de Minas Gerais.

Cuando la corrupción implica a los organismos técnicos medioambientales, servicios como el saneamiento básico, el acceso al agua potable y la supervisión de la deforestación se vuelven ineficaces, creando riesgos medioambientales que amenazan el bien colectivo y la supervivencia de las especies. El informe pe-ricial, que debería tener en cuenta los costes de la actividad para todos, acaba siendo ignorado, beneficiando a empresas y agentes políticos malintencionados.

Además, el artículo 5, sección I, de la Ley Anticorrupción brasileña enumera los requisitos para la responsabilidad objetiva por actos de corrupción, ya sea por prometer o beneficiar a un funcionario público o a un tercero relacionado, y requiere un vínculo causal entre la acción corrupta y la ventaja o el beneficio adquirido o buscado por la empresa. El artículo 333 del Código Penal brasileño considera corrupción activa a quien ofrece o promete una ventaja indebida a un funcionario público.

Según el entendimiento del Superior Tribunal de Justicia (STJ), el principio de insignificancia no se aplica a los delitos cometidos contra la Administración Pública brasileña, ya que lo que se aprecia es la moral administrativa, principio protegido por el art. 37 de la Constitución de la República Federativa de Brasil (CRFB/1988).

El sujeto de la corrupción pasiva es el funcionario público que solicita, recibe, directa o indirectamente, una ventaja indebida. La pena de 2 a 12 años y multa se incrementa en un tercio si el funcionario incumple un acto oficial, promete o actúa en violación

del deber funcional en beneficio de terceros, en base al art. 317 del Código Penal.²⁷

La Ley Anticorrupción alcanza a las entidades financieras que actúan como cómplices en el amaño de licitaciones, ofreciendo medios económicos que apoyan el soborno de funcionarios públicos, en este caso, el banco responde con base en el art. 5, inciso II, de la Ley 12.846/2013, en otra perspectiva, la empresa responde por el inciso I, de la misma disposición legal, por dar, prometer u ofrecer ventajas indebidas.²⁸

El acto lesivo abordado en el punto IV del art. 5 de la Ley 12.846/2013 es inherente a las licitaciones públicas y a los contratos administrativos, esta disposición reconoce la fragilidad de los negocios que involucran a la Administración Pública²⁹, ya que las fallas en el cumplimiento de los lineamientos y la rendición de cuentas crean un ambiente propicio para la mala praxis y el otorgamiento de favores a empresas, sin la más mínima calificación técnica para la ejecución de la obra y, además, con un programa de *compliance* de fachada.

Cabe destacar que la participación de un funcionario público en una licitación fraudulenta implica una falta administrativa por la violación de los principios constitucionales de la Administración Pública o el enriquecimiento ilícito (Ley n° 12.846/2013). La empresa licitadora que se abstenga o retire de la licitación, por haber recibido ventajas indebidas, responderá en el ámbito administrativo y judicial como coadyuvante, considerándose la oferta nula, con defecto irreparable.³⁰

²⁷ BRASIL. Código Penal brasileiro. Decreto Lei n°. 2.848/1940. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> (31 jul. 2020).

²⁸ SANTOS, José Anacleto Abduch, BERTONCINI, Mateus y COSTÓDIO FILHO, Ubirajara (orgs.), *Comentários a Lei n° 12.846/2013: Lei Anticorrupção*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 169.

²⁹ *Idem*.

³⁰ *Idem*

De hecho, la corrupción rompe la eficiencia y la igualdad en la realización del proceso de licitación, ya que no proporciona la mejor opción para el desarrollo nacional sostenible. Los importes de los proyectos de construcción sobrefacturados podrían destinarse al sector sanitario, a la renovación de hospitales y a la adquisición de productos, bienes y servicios. También ocurre con el contrato administrativo en ejecución, ya que después de la licitación, la empresa utiliza productos de baja calidad, no completa las obras o requiere un mantenimiento constante, estos ejemplos de problemas que cargan el erario y la sociedad.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Tanto el *compliance* como el Programa de Integridad son esenciales para la protección del medio ambiente, ya que ambos promueven la transparencia en las licitaciones públicas, especialmente las sostenibles, guiadas por los principios de equidad, responsabilidad y uso sostenible de los recursos. La adopción del concepto ESG busca repensar el mundo verificando el coste social, humano y medioambiental de las actividades económicas, como modelo a seguir para el mantenimiento de la propia humanidad.

Si se aprueba el Proyecto de Ley n° 5442/2019, las empresas públicas y privadas adoptarán gradualmente el estándar básico de gobernanza insertado por los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la ONU. Sin embargo, el refuerzo de la normativa, el aumento de las sanciones y la mejora de los controles externos no sirven de nada si no se produce un cambio cultural a través de la educación ambiental, que implique a la sociedad, al Estado brasileño, a las empresas y a las organizaciones no gubernamentales.

Los grupos en situación de vulnerabilidad socioeconómica y ambiental son los que más sienten los efectos de los recursos públicos y del fraude en las licitaciones y contratos administrativos, que se ven obligados repetidamente a desplazarse de forma abrupta de sus tierras, son considerados grupos vulnerables: los pueblos

indígenas, las comunidades cimarrones, las comunidades ribereñas, los inmigrantes, la población de la calle, los ancianos, entre otros grupos en situación de violencia, opresión y abandono.

El *compliance* medioambiental puede resultar ineficaz o ser una fachada cuando no existe un compromiso de la cúpula de la empresa o de la Administración Pública. Además, no es una opción de los gobiernos y las empresas para su adecuada implementación, es decir, independientemente de la aprobación del Proyecto de Ley n° 5442/2019, la Constitución brasileña prohíbe la protección ambiental ineficiente, y la nueva Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos inserta los Programas de Integridad para evitar la incidencia de la corrupción en el proceso de licitación y contratos administrativos.

