

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

MÁSTER DE CORRUPCIÓN Y ESTADO DE DERECHO



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

EL DERECHO SANCIONADOR PARA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS
BRASILEÑOS POR LA PRÁCTICA DE HECHOS DE CORRUPCIÓN QUE
IMPLIQUEN UN ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

AUTOR: JOSÉ ILO ROGERIO DE HOLANDA

DIRECTOR: NICOLÁS RODRÍGUES GARCÍA

SALAMANCA, JUNIO DE 2016

RECONOCIMIENTOS Y DEDICATORIAS

Primeramente me gustaría dar gracias a Dios, que no me faltó en los momentos en que lo necesité, mientras le rogaba por mi paz y serenidad para poder seguir con el desafío de participar en el máster, aunque eso significara quedar lejos de mi familia y amigos más cercanos.

Muchas personas tuvieron un papel importante para que yo pudiera empezar y terminar este curso. Quiero darles las gracias a mis compañeros de la CGU, por el apoyo incondicional de todos y por creer en este proyecto personal. Gracias, también, a mis amigos brasileños con los que he convivido, a lo largo del curso, por su compañía y apoyo en las horas difíciles.

A la Universidad de Salamanca, que está cerca de cumplir ocho siglos de enseñanza, mis sinceros reconocimientos a todo el cuerpo académico, directores y nuestros profesores, además del personal administrativo, a los que quiero saludar a través del Director del Máster en Corrupción Y Estado de Derecho, Profesor Dr. Eduardo Fabián Caparrós, que se ha dedicado con mucho empeño para el éxito del curso, y a mi tutor, Profesor Dr. Nicolás Rodríguez García, a quien rindiendo mi reconocimiento por sus orientaciones, que me han permitido concluir este trabajo con la calidad ahora presentada.

Gracias, también, a nuestros compañeros de los másteres de Democracia y Buen Gobierno, de Análisis Económico del Derecho y, en especial, de Corrupción y Estado de Derecho, por los excelentes momentos que compartimos a lo largo del último año. Estos momentos quedarán para siempre en mi memoria.

Dedico este trabajo a toda mi familia, que es la base para todo en nuestra vida, en especial a mi Padre Raimundo (in memoria), a mi Madre Margarida y a mis hermanos muchas gracias por el apoyo recibido. Finalmente, una dedicatoria que no podría faltar: a mis hijos, Priscilla, Rafael e Ilo Junior, gracias por existir, son mis razones para vivir.

SUMÁRIO

Página

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO I. LA CORRUPCIÓN, SUS IMPACTOS ECONÓMICOS Y LAS HERRAMIENTAS PARA COMBATIRLA	6
1. Corrupción: aspectos socio-económicos.....	7
2. La percepción de la corrupción y sus impactos en la economía del país.....	11
3. Los instrumentos para la lucha contra la corrupción	16
4. Los órganos de lucha contra la corrupción en Brasil	20
5. Enriquecimiento ilícito en Brasil – La Ley de Improbidad Administrativa.....	22
CAPÍTULO II. CARACTERIZACIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.....	26
1. El compartimiento de datos entre órganos públicos: la experiencia brasileña.....	26
2. El compartimiento de datos entre órganos públicos: la experiencia española.....	28
3. El compartimiento de los datos fiscales de los empleados públicos brasileños.....	33
4. El enriquecimiento ilícito en América Latina: un estudio comparado.....	37
5. Las directrices para valoración y su legitimación	42
CAPÍTULO III. LA APLICACIÓN DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y PENALES.....	47
1. Procedimientos preparatorios.....	47
2. Investigación patrimonial.....	55
3. Proceso administrativo disciplinario.....	62
4. Proposición del decomiso de los bienes y del proceso penal	71
5. El monitoreo de los resultados	74
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	78
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	83
SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	87
ANEXOS.....	89

INTRODUCCIÓN

El mundo contemporáneo se enfrenta a un enemigo común en todos los países, que ha alcanzado de manera indiscriminada tanto a los ricos como a los pobres, en grados distintos y apoderándose de sus instituciones públicas y de sus empresas privadas. Se trata del fenómeno de la corrupción. El combatir la corrupción muestra el camino, para que los Estados puedan mejorar la eficacia de las políticas públicas, y poder alcanzar los resultados esperados en las inversiones de los fondos públicos en el área social y económica. Debido a la práctica de actos corruptos por parte de empleados públicos, apoyados por terceros que, también, se enriquecen, los desvíos de fondos suelen disminuir de manera significativa los beneficios propuestos por aquellas políticas públicas.

Los ciudadanos perciben que la corrupción ha atacado fuertemente los valores sociales, la ética y la ciudadanía, promoviendo un clima de desesperanza generalizada y de desconfianza en las instituciones políticas y en los gobiernos, toda vez que nuestros representantes no suelen cumplir sus promesas de lucha contra la corrupción. En efecto, eso trae perjuicios para todos, a la vez que el tejido social, que es la base que une un Estado Democrático de Derecho, va cada día tensionándose, corriendo el riesgo de una ruptura que seguro provocaría daños irreparables para toda la sociedad. Es decir, la desconfianza de las personas en el Sistema estimula cada vez más la práctica de hechos que no respetan los derechos ajenos, generando un círculo vicioso que se retroalimenta y hace crecer la desesperanza. Aquí cabe citar una frase cuya autoría es atribuida al periodista brasileño Sérgio Porto (1923-1968)¹, cuando él propone –en una traducción libre– que o bien todos se beneficien con la corrupción o bien se restaure la moralidad pública.

Ante este escenario expuesto, no podemos permanecer inertes. Es importante que los

¹La frase en su lengua original: “ou todos nos locupletemos ou se restaure a moralidade pública”

ciudadanos se movilizan para exigir a sus representantes políticos que promuevan cambios con el fin de revertir la situación actual y reconquistar la confianza en toda la sociedad. En este sentido, la interacción de las entidades públicas y privadas nacionales y, principalmente, los organismos internacionales, es un camino que se muestra razonable para que los Estados puedan efectivamente poner en marcha las políticas de lucha contra la corrupción, mejorando los resultados de las políticas sociales y promoviendo el bienestar de todos. En otras palabras, es necesario actuar para romper con el círculo vicioso de la desconfianza y crear un círculo virtuoso de esperanza y desarrollo económico y social, con beneficios para toda la sociedad.

Todo lo expuesto anteriormente, me estimuló a participar del Máster de Corrupción y Estado de Derecho, promovido por la Universidad de Salamanca, con el fin de contribuir para cambiar la realidad brasileña en relación a la corrupción, a la vez que supone, vincular el tema a mi carrera profesional.

Así es que, el desarrollo de este Trabajo de Fin de Máster (TFM) empieza con una contextualización sobre el fenómeno de la corrupción, tratando sus aspectos económicos y financieros, la percepción de la sociedad y cuáles son los instrumentos de lucha en general. Hablo sobre los medios de lucha a la corrupción en Brasil y cómo la legislación brasileña trata del tema. Trato además de caracterizar el delito de enriquecimiento ilícito, basándome para esto en la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), propongo reglas y prioridades para su aplicación, además de procedimientos en relación al procesamiento de los datos y, también, de la necesidad de monitorear el proceso. Trato de la tipificación del delito en Brasil y finalizo con las conclusiones y recomendaciones propuestas para la sistematización del proceso en nuestro país, para lo cual me basaré en experiencias de otros países, con la realización de las búsquedas investigaciones pertinentes, hechas a lo largo de las clases del Máster de Corrupción y Estado de Derecho, además de estudios realizados por expertos debidamente referenciados en las bibliografías.

CAPÍTULO I. LA CORRUPCIÓN, SUS IMPACTOS ECONÓMICOS Y LAS HERRAMIENTAS PARA COMBATIRLA

Nuestra sociedad contemporánea experimenta una fase de gran desarrollo tecnológico, por la cual la facilidad de comunicación entre personas y de tránsito de capitales entre países ha permitido una significativa expansión económica mundial, aunque contaminada por algunas crisis económicas, algunas localizadas y otras de carácter más amplio.

Sin embargo, hay un lado oscuro de la expansión tecnológica, que es también permitir el incremento de criminalidad organizada, toda vez que las transferencias financieras han facilitado el lavado de activos provenientes de actividades ilícitas transfronterizas, como el tráfico de drogas y de armas². De la misma forma piensa ORSI (2007), cuando afirma que las organizaciones delictivas no suelen limitar su campo de actuación a la región en dónde están situadas, pero han conseguido extender su alcance por otros territorios, incluso en otros países.

En ese mismo orden de ideas, GORJÓN BARRANCO (2010) llama la atención sobre el hecho de que la Administración de Justicia no se ha globalizado al mismo ritmo de los mercados, por lo que los Estados quedan expuestos a los riesgos de la criminalidad internacional organizada, a la vez que las políticas nacionales no son suficientes para hacer frente a ese fenómeno. Destaca además la importancia de actuación de organismos internacionales, a ejemplo de las Naciones Unidas, en

² En un artículo publicado por la Universidad de Salamanca, intitulado Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso en España, RODRÍGUEZ GARCÍA (2015) destaca que la economía globalizada, que se apoya en la más alta tecnología disponible, en dónde se van a suprimiendo barreras físicas, jurídicas e institucionales a los movimientos y transferencias de bienes y de capitales entre los países, sin la actuación coordinada de los controles debidos, todo esto favorece la ocurrencia delitos de carácter universal, o sea, una realidad criminológica variada y llena de particularidades, aunque presenten similitudes entre ellos. Creo que el autor hace referencia a tipos delictivos complejos, como por ejemplo el terrorismo, el narcotráfico, la corrupción y, de manera complementar a ellos, el delito del lavado de activos.

cuanto ha aprobado la Convención de Palermo para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, incluida la corrupción.

Esta cuestión, también, despierta preocupación en otro autor (MONTROYA, 2007), puesto que es hecho conocido que las organizaciones criminales se benefician de las condiciones económicas que favorecen sus actividades que generan ganancias, en especial del mercado financiero y monetario. Este autor también destaca que entre las principales actividades delictivas se encuentra la corrupción.

Así es que la Administración de Justicia necesita mantenerse siempre actualizada, buscando herramientas para acompañar a la evolución tecnológica proporcionada por la globalización, de manera que pueda hacer frente a la criminalidad organizada transnacional, ese contexto es favorable al surgimiento de empresas que actúan en la oscuridad, se involucran con los llamados crímenes complejos. Si no se plantea una política eficiente para luchar contra esa realidad, lo que puede ocurrir es que la criminalidad organizada se aprovechará de las fragilidades de los Estados, para generar más ganancias, cada vez más grandes, retroalimentándose de ellas y seguir creciendo y adquiriendo más poder, es decir, creando un círculo vicioso, cada vez más difícil de romper.

En efecto, la corrupción trae para la sociedad un coste invisible, que solo es percibido a largo plazo, a la vez que ella afecta de manera negativa al crecimiento económico de los países. Así es que el objetivo ahora es analizar los aspectos socio-económicos de la corrupción, cómo la sociedad percibe este fenómeno y cuáles son sus impactos en la economía de un país, los órganos e instrumentos disponibles para combatirlo y su amparo legal.

1. Corrupción: aspectos socio-económicos

El fenómeno de la corrupción se ha mostrado como un problema largo y de alcance mundial, produciendo malas consecuencias para todas las naciones modernas, alcanzando de manera más virulenta a los países menos desarrollados, afectando a las sociedades en sus distintos niveles y

presentando un impacto mayor para las personas que tienen menor poder adquisitivo. Los perjuicios son vistos desde su aspecto económico-financiero, pero son mucho más graves en el área social, en especial aquellas que tratan la educación y la salud, a la vez que ellos contribuyen para reducir la eficacia de las políticas públicas.

Siguiendo a SÁNCHEZ y CERINA (2009), el sentimiento común hoy es que la corrupción influye los sistemas políticos y socio-económicos, cuando ataca a las bases de la democracia y del Estado de Derecho, causando impactos negativos sobre el crecimiento económico de los países. Esa certeza llevó a que organismos internacionales buscasen herramientas para mejorar la lucha contra la corrupción, a la vez que los perjuicios causados a cada país individualmente significarían un gran impacto para la economía mundial.

No se conocen estudios que permitan evaluar de manera segura el montante de la pérdida de la economía mundial provocada por la corrupción, como dice ROCHA, HOLANDA y YIN FILHO (2014). Sin embargo, la percepción de las personas es que su volumen es significativo. En un artículo publicado en la prensa, SÁEZ (2015)³ dijo que las cuatro principales preocupaciones de la opinión pública, basada en conclusiones de los análisis académicos y de organizaciones internacionales, eran: La corrupción, la desigualdad, la pobreza y la violencia, en este orden.

Además, como defiende la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC)⁴, la corrupción destruye la confianza de las personas en los agentes políticos y en las instituciones públicas y contribuye en la inestabilidad gubernamental, debilitando en la base, los sistemas democráticos, torciendo los procesos electorales y pervirtiendo el Estado de Derecho. La

³ Manuel Alcántara Sáez é Profesor de Ciencia Política de la Universidad de Salamanca – escribió el estudio ¿Fin de ciclo político en América latina?, publicado en abril/2015 en el diario El país.

⁴ La UNODC implementa medidas que reflejan las tres convenciones internacionales sobre fiscalización de drogas y las convenciones contra la delincuencia transnacional organizada y la corrupción.

corrupción retrasa el desarrollo económico, provoca desequilibrio en los mercados y disminuye el ánimo de los empresarios para nuevas inversiones, elevando el riesgo de los negocios y los costos de la actividad productiva, en general. Ideas, también, defendidas por PEREIRA (2015), cuando afirma que la corrupción debilita el sistema económico de varias maneras, por ejemplo, reduciendo los ingresos al Erario por los desvíos en la recaudación de impuestos, incrementando los precios de los productos cuando las empresas buscan cubrir sus costes provenientes de la corrupción, incluso impidiendo la libre competencia entre empresas.

Esta percepción, también, es defendida por CLAUSEN, KRAAY y NIRI (2009), cuando afirman que la corrupción impacta, directamente, la confianza de las instituciones públicas y, así, afecta incluso al desarrollo económico de un país. Estas afirmaciones son complementadas por ACEMOGLU y ROBINSON (2015), cuando señalan que el desarrollo económico está influenciado, de forma directa, por la capacidad de aprovechamiento del potencial de los mercados inclusivos y por el fomento de la innovación tecnológica, por parte de las instituciones económicas, además de la capacidad de invertir en personas y movilizar su talento y habilidades. Es decir, el desarrollo económico se ve afectado negativamente, toda vez que la corrupción disminuye la capacidad emprendedora por la falta de inversión en tecnología, en educación y desarrollo de las habilidades y competencias personales.

En este mismo orden, afirma MURIEL PATINO (2008) que la corrupción genera efectos macroeconómicos negativos, pero no siempre de fácil evaluación. Defiende además que la dificultad de evaluación viene, por un lado, de la manera cómo son realizadas las transacciones económicas corruptas, a la vez que se disfrazan de lícitas o se ocultan, como suele ocurrir. Por otro lado, otro coste importante para la economía tiene origen en las distorsiones generadas por la ineficiencia económica, es decir, la corrupción contribuye a una menor competencia entre las empresas y provoca incertidumbres en el mercado. En su punto de vista, la autora precisa que los países menos desarrollados son los más afectados por la corrupción y quedarían condenados a superar la “trampa

de la corrupción” a la vez que los efectos macroeconómicos negativos reducen la capacidad de reacción de la economía.⁵

En aquellos países donde hay elevados grados de corrupción, Brasil incluido, este fenómeno está resultando de difícil solución, representando, hoy en día, una incredulidad generalizada, acerca de la eficiencia de las instituciones políticas, cuya función es precisamente luchar contra la corrupción. Las sociedades han cuestionado la eficacia de los órganos públicos en la recuperación de esos “fondos públicos desviados”, a menudo dificultada por fragilidades en la legislación, que lleva a la población a convivir con una grave sensación de impunidad, generando, cada vez más, la desconfianza de la sociedad en las instituciones políticas.

Está claro, que la corrupción genera pobreza y desigualdad, a la vez que hacen falta

⁵Muriel Patino relaciona algunos efectos en la economía de un país, desde el punto de vista macroeconómico. Ella destaca, en primer lugar, la reducción del consumo de las familias, a la vez que se las han de sustraer parte de sus rentas para el pago de sobornos con el fin de tener acceso a los bienes y servicios, lo que seguramente provoca impactos en la demanda agregada. Por otra parte, teniendo en cuenta el aumento de los costes por los sobornos y pagos a intermediarios y además de las incertidumbres generadas por la corrupción, las empresas reducen sus inversiones, creando así un círculo vicioso de difícil ruptura, en mi punto de vista. En tercer lugar, la corrupción significa que parte del presupuesto público se va a desviarse hacia los patrimonios particulares de los empleados corruptos. En otras palabras, el gasto del Sector Público va a reducirse, trayendo impactos en el crecimiento económico a largo plazo. De otra parte, destaca aún la autora, existe el problema de la ineficiencia en la asignación de los recursos públicos a la vez que cuando la Administración actúa de forma corrupta suelen ocurrir, por ejemplo, compras gubernamentales a costes más grandes y de productos de menor calidad, además de la financiación de proyectos de menor competencia. Por último, la corrupción también genera impactos en el comercio internacional, a la vez que las exportaciones netas seguramente se reducirán en función del aumento de los costes del empresario que necesita pagar sobornos para conseguir licencias, adquirir moneda extranjera o hasta mismo vencer los controles aduaneros, por ejemplo. Todos estos costes generan impactos negativos en el crecimiento económico de los países y, corroborando con la autora, ellos son más frecuentes dónde hay menos desarrollo económico. Esto también se explica porque en aquellos países suelen tener instituciones públicas más frágiles, lo que favorece a que los casos de corrupción sean más frecuentes. En efecto, la corrupción sirve para retroalimentar la pobreza.

fondos públicos para inversión en áreas básicas de fomento al desarrollo económico. Esto también es lo que defiende FABIÁN CAPARRÓS (2003), cuando afirma que la corrupción no es fruto de la pobreza, sino que es la pobreza, en gran medida, la que proviene de la corrupción.

Con todo esto, un humo de desesperanza aparece sobre nuestras cabezas y la sociedad se cuestiona: ¿hay solución para este mal? ZARZALEJOS (1996) ya anunciaba que la crisis advenida de la corrupción tenía remedio sí, aunque fuera complejo. Defendía el autor que el remedio tenía que tener en cuenta el esfuerzo moral, las reformas legislativas, crear nuevas pautas sociales y el perfeccionamiento de las reglas democráticas. Todo esto, creo que puede ser resumido como la necesaria transformación de nuestras instituciones políticas.

Así, la cuestión que se plantea, entonces, es: ¿las instituciones están preparadas para combatir la corrupción? Para contestar a esta pregunta, veamos el análisis realizado sobre la situación de España.

2. La percepción de la corrupción y sus impactos en la economía del país

En el artículo de JIMÉNEZ SÁNCHEZ (2016), "*Los efectos de la corrupción sobre la desafección y el cambio político en España*," se destaca que, en el caso particular de España, en los últimos años la percepción de la corrupción se incrementó, según datos divulgados por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) de España. Encuestas realizadas por el CIS en los meses de febrero y marzo de 2013 dan cuenta del alarmante porcentaje del 95% de los españoles que creen que la corrupción está bien extendida en la Administración Pública, mientras el promedio europeo alcanzó el porcentaje de 76%, indicador muy elevado para los estándares europeos.

Por otra parte, hay un indicador que mide de forma más amplia la percepción de la sociedad en relación a la corrupción, que es el *Índice de Percepción de la Corrupción (IPC)*⁶,

⁶ IPC es un índice divulgado por la Transparencia Internacional que sirve para medir como la sociedad percibe

información mundialmente reconocida y divulgada periódicamente por la organización *Transparencia Internacional (TI)*⁷. Según los últimos resultados divulgados por TI para el año 2015, tomándose como referencia los 167 países analizados, Dinamarca ha presentado el mejor resultado, alcanzando un índice de 91 puntos, mientras Somalia –el peor resultado– alcanzó un índice de 8 puntos. En aquella encuesta, España alcanzó un índice de 58 puntos, quedando en la posición 36. La situación brasileña, según el IPC, también presenta una situación muy crítica. Los resultados demuestran que Brasil alcanzó 38 puntos, quedando en la posición 76. Podemos deducir de aquellos números que Brasil quedó más cerca del peor resultado (diferencia de 30 puntos) que del mejor resultado (diferencia de 53 puntos).

Aunque estos indicadores sean válidos para medir la corrupción, también, presentan alguna limitación, a la vez que significa que la corrupción se está midiendo con retraso, cuando se percibe por parte de la opinión pública, pero no cuando está ocurriendo, como afirma HINOJO GONZÁLEZ (2016).

Sin embargo, esta percepción puede agravarse en las próximas encuestas, a la vez que Brasil está en el centro de un largo proceso de investigación de corrupción desde que fue puesta en marcha la operación *lava-jato*, en cuanto los brasileños son sorprendidos con denuncias de agentes políticos involucrados en casos de corrupción. Seguro que la divulgación de estos nuevos casos de

la corrupción en su país. La puntuación del IPC indica el grado de corrupción en el sector público según la percepción de empresarios y analistas del país, entre 100 (percepción de ausencia de corrupción) y 0 (percepción de muy corrupto)

⁷ “Transparency International (TI) es una organización internacional, no gubernamental, no partidista, y sin fines de lucro, dedicada a combatir la corrupción a nivel nacional e internacional. Desde su fundación en 1993, TI ha sido reconocida ampliamente por colocar la lucha anticorrupción en la agenda global. El desafío de mantener el tema de la corrupción como un tema prioritario en la conciencia global es uno de los elementos principales de la misión continua de TI”

corrupción involucrando políticos de todos los partidos, sin ninguna distinción, hará que la medición hecha por el IPC se eleve, es decir, la calificación de Brasil va a empeorar en relación a los últimos números divulgados.

Las denuncias de corrupción más recientes en Brasil se han centrado en los desvíos de fondos de empresas estatales y bancos públicos. El caso más conocido hoy es el de la empresa petrolera brasileña PETROBRAS, en medio de denuncias que involucran mucha gente. Solamente en este caso, la Fiscalía exige a las seis más grandes empresas que actúan en el ramo de grandes obras públicas una indemnización global de \$1.000 millones de reales (\$380 millones de dólares) por el dinero desviado en sobornos.

Aunque la Fiscalía haya propuesto aquel valor como indemnización por los desvíos, informaciones oficiales divulgadas por la propia empresa –todavía sigue bajo la evaluación del *Tribunal de Contas da União (TCU)*– afirman que las pérdidas con la corrupción suman \$6.194 millones de reales(\$2.000 millones de dólares) mientras las pérdidas sufridas a lo largo del año de 2014 –cuando fueron detectados los primeros indicios de corrupción–suman \$50.800 millones de reales (\$16.403 millones de dólares), de acuerdo con informaciones publicadas por la prensa. Esto fue el impacto económico para Brasil de una sola de sus empresas. Estos valores quedarán conocidos, a la vez que la PETROBRAS sigue en el centro de la investigación de la operación *lava-jato*, pero esto no ocurre con otras empresas estatales, cuyas administraciones suelen encubrir los hechos de corrupción.

Sin embargo, las estimativas sobre las pérdidas económicas impuestas por la corrupción en los países son difíciles de evaluar, a la vez que los hechos de corrupción son cada vez más complejos y los métodos de lavado de activos utilizados por los corruptos cambian siempre, por lo que dificultan la precisa identificación de los fondos desviados por parte de los órganos de control.

Estudios realizados en algunos países de la Unión Europea⁸ dan cuenta de que los gastos públicos con las contrataciones y compras gubernamentales, en el año de 2010, suman un porcentaje del 20% del Producto Interno Bruto (PIB) de los países. Al mismo tiempo, las estimativas en las pérdidas de la corrupción alcanzan un porcentaje de 13% de aquel total. En otras palabras, estos números apuntan una pérdida de 2,6 % del PIB solo de hechos de corrupción en las contrataciones públicas.

Por otra parte, para hacer una comparación con las pérdidas con corrupción en Brasil, buscamos conocer las estimativas del desempeño del PIB brasileño desde estudios del Fondo Monetario Internacional (FMI). Según las previsiones del FMI, en 2016 el PIB de Brasil debe repetir el desastroso desempeño de 2015, o sea, una pérdida de 3,8% del PIB, significando que la economía quedará dos años seguidos en una profunda recesión.

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, si pudiéramos considerar el porcentual apurado de pérdidas con la corrupción en la Unión Europea (2,34%) como si valiera para Brasil, podemos deducir que los hechos de corrupción hasta ahora divulgados en Brasil han generado fuertes impactos en el resultado del PIB brasileño. Lo que quiero explicar es que más de 60%⁹ de las pérdidas del PIB brasileño, por lo menos, fue influenciada por la corrupción. Teniendo en

⁸ En el estudio: *Public Procurement: costs we pay for corruption. Identifying and Reducing Corruption in Public Procurement in the EU*, consta la información que “The economic significance of public procurement in Europe is considerable: in 2010 a total of € 2 406 billion - or around 20% of EU GDP - was spent by governments, the public sector and utility service providers on public works, goods and services. ”

Por otra parte, el estudio afirma también que “The direct public loss encountered in corrupt and grey cases (cases with weaker indications of being corrupt) analysed amounts to 18% of the overall project budgets concerned, of which 13% can be attributed to corruption.

Fuente: https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/pwc_olaf_study_en.pdf

⁹ Considerándose que del porcentual de 3,8% del desempeño negativo del PIB 2,34% equivale a pérdidas con

cuenta el PIB brasileño de 2015, cuyo montante fue de \$5,9 billones de reales (\$1,47 billones de dólares), podemos inferir que las pérdidas de la corrupción han ultrapasado \$138 mil millones de reales (\$45 mil millones de dólares) solamente en el año de 2015.

Dadas las condiciones que anteceden, este pésimo resultado todavía podría agravarse, si fuera considerada otra estimativa oficial de pérdidas de corrupción. Según el director para la Gobernabilidad Global y Capacidad del Banco Mundial (BM), Daniel Kaufmann, manifestación ocurrida en Mérida en el marco de la Convención de la ONU contra la Corrupción (2003), el volumen de fondos públicos desviados por la corrupción y que circulaban en el mercado financiero mundial se acercaba de 5% del PIB de los países, en promedio. Es decir, si fuera considerada esta estimación significaría que las pérdidas de la corrupción en Brasil para el año de 2015 habrían alcanzado al montante de \$295 mil millones de reales (\$95 mil millones de dólares) solo en un año.

De otra forma, el profesor brasileño Raphael Abad ha estimado otro valor para las pérdidas con la corrupción, cuyo estudio *La corrupción como la más grande amenaza a los derechos fundamentales – el caso brasileño* (traducción libre) que fue publicado en ocasión del seminario *Sociedad del riesgo, nuevas amenazas y derechos fundamentales*, cuando participó del curso de Especialización en Derecho Penal, de la Universidad de Salamanca, en enero del 2016, concluye encontrando un resultado intermedio a los dos anteriores.

En su estudio el profesor defiende que los impactos en la economía brasileña causados por la corrupción no son precisos, a la vez que el crimen de corrupción se caracteriza por la oscuridad. Sin embargo, el autor hace comparaciones entre distintas fuentes de evaluación de los impactos, entre ellos aquél que es divulgado por la ONU y aceptado por la fiscalía brasileña como el número correcto, que es de \$200 mil millones de reales anuales (\$50 mil millones de dólares).

corrupción, tenemos que 61,6% de la caída del PIB puede ser atribuida a la corrupción.

Por lo tanto, cualquiera de los tres valores comentados (\$45, \$50 o \$95 mil millones de dólares) representan un gran volumen de fondos públicos desviados. Estos números son impresionantes, aunque fuesen resultados evaluados para los llamados países de primer mundo.

3. Los instrumentos para la lucha contra la corrupción

Estos datos nos llevan a reflexionar sobre la necesidad de que los países actúen para disminuir la corrupción, buscando reducir las pérdidas económicas producidas, echando mano de estrategias novedosas y eficaces, superando los límites impuestos por las legislaciones anticuadas y que sólo sirven para proteger a los corruptos y corruptores.

No nos podemos quedar paralizados bajo la excusa de que las restricciones legales nos impiden adoptar las acciones necesarias. Hemos de encontrar la manera de aprobar nuevas legislaciones, que vengan a endurecer las penas –en un sentido amplio– para los agentes políticos corruptos y para los corruptores.

Tomando prestado, otra vez, lo que dijo JIMÉNEZ SÁNCHEZ (2016), cuando en aquel artículo citó a TORCAL (2014), cuando dijo que debe ser destacada una lección práctica que muchos líderes políticos han preferido ignorar durante estos años, que es la necesidad de promover reformas institucionales. Torcal ha dicho que “la recuperación económica en los próximos años no restaurará unos niveles aceptables de confianza institucional por sí misma, sino que tendrá que acompañarse de serias reformas institucionales y de medidas para reducir sustancialmente la corrupción política”. Esta lección señala que las democracias siguen bajo un gran riesgo, a la vez que los representantes políticos que tienen competencia para hacer los cambios institucionales, a ellos no les toca hacerlos. Es decir, quién está ejerciendo el poder no quiere promover cambios, prefiriendo mantener el *status quo*. Por lo tanto, la sociedad debe exigir que el gobierno ponga en marcha políticas para luchar contra la corrupción, que sean eficaces y continuadas, con el objetivo de recuperar la confianza de los ciudadanos en las instituciones políticas.

Sin embargo, cada país debe profundizar en sus estudios para conocer las principales causas de la corrupción, a la vez que existen situaciones que son propias de cada uno, aunque la corrupción sea un fenómeno generalizado. Desde la identificación de situaciones particulares los Estados podrán poner en marcha estrategias puntuales mirando cada una de aquellas situaciones y consiguiendo, de forma muy precisa, cada causa conocida, proporcionando una mayor eficacia de las políticas de la lucha contra la corrupción.

Por ejemplo, en Brasil estudios recientes demuestran que los hechos de corrupción están muy relacionados con el nombramiento de agentes políticos para cargos de confianza, aunque sean personas que no tengan vínculo permanente con la Administración. Lo que pasa es que las personas nombradas suelen tener poder de decisión que pueden influir en las contrataciones públicas. En muchos casos de corrupción comprobados fueron identificados empleados públicos corruptos que encuadraban en esta situación.

Ejemplo que ya es de conocimiento de la sociedad es que, en el caso más reciente de corrupción que fue descubierto –lo de la petrolera brasileña PETROBRAS– casi todos los empleados que fueron nombrados para ejercer cargo de confianza, tanto en nivel de director como en niveles debajo de ellos, solían ser empleados de la propia empresa. Además, en muchos de aquellos nombramientos se estableció una fuerte relación con indicaciones de partidos políticos, que utilizaron la oportunidad para obtener recursos financieros de manera ilícita para la financiación de campañas políticas a través de la actuación corrupta de los indicados para aquellos cargos de confianza.

En este sentido, cuando la Administración ofrece muchas oportunidades de empleo para personas sin vínculo efectivo o no, pero que son indicados por agentes políticos, crea otro problema, a la vez que atenta contra la profesionalización de la propia Administración.

Según BACELLAR FILHO (2002)¹⁰, la Administración sólo es legítima cuando actúa respetando el interés público y que la legitimidad se da cuando se respeta los principios de la igualdad y de la eficiencia mientras se observa un proceso de selección de sus agentes públicos que elijan los más preparados. Es decir, el nombramiento de empleados que no respeten estos principios es como una moneda de doble cara, a la vez que es una puerta abierta para la corrupción, que genera la ineficiencia del Estado, y también puede llevar a la propia ineficiencia, que puede generar corrupción.

De otra parte, los organismos internacionales han centrado esfuerzos en combatir la corrupción, señalando que este enemigo es común a varios países, buscando estimular una ayuda mutua entre las naciones a través de mecanismos de cooperación internacional ya conocidos y adoptados por algunos países.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC)¹¹ es un excelente ejemplo de instrumento que apoya los países interesados en luchar contra la corrupción, sirviendo de base para que los Estados puedan implementar políticas públicas que aseguren el bienestar social. La UNCAC tiene directrices básicas orientadas para la prevención, la penalización y aplicación de la ley, la cooperación internacional, la recuperación de activos y los mecanismos de implementación y seguimiento. Merece destacar, dentro del campo de la prevención, la orientación para que los países

¹⁰ La obra se recogieron las ponencias y conclusiones del Seminario Internacional sobre la Profesionalización de la Función Pública en Iberoamérica, que tuvo lugar en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, en 2002.

¹¹ La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 31 de octubre de 2003. Según el documento Transparencia, Objetividad y Competencia en las Contrataciones Públicas: Evaluación legal en el Gobierno Federal, en el Distrito Federal y en el Estado de Puebla sobre el cumplimiento del Artículo 9º de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, elaborado en el marco del proyecto “Asociación público-privada para la probidad en la Contratación Pública”, la UNCAC es el primer y único instrumento internacional universalmente aprobado que aborda a la corrupción de nivel global, desarrolla una serie de obligaciones que los Estados Partes deben cumplir con el objetivo de confrontar el fenómeno de la corrupción desde una perspectiva integral y multidisciplinaria.

estimulen la transparencia –de la manera más amplia posible– como herramienta de legitimización de los actos practicados por los agentes públicos.

Otro instrumento muy conocido es la Convención anti cohecho de la OCDE¹². Ella tuvo como precedente el *Foreign Corrupt Practices Act* norteamericano de 1997, es marcada por su carácter económico, abierta a terceros países y sometida a rondas de evaluación permanente. Una de sus características es que ha permitido el relajamiento del principio de la territorialidad. Esta convención estimula que los Estados adopten las medidas necesarias para tipificar como delito penal el cohecho de servidor público extranjero por un ciudadano nacional.

De otra parte, hay también una importante herramienta que es la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)¹³, que es un instrumento jurídico internacional pionero en la materia y en determinadas formas delictivas, toda vez que representa una legislación modelo sobre enriquecimiento ilícito y soborno transnacional. La CICC está abierta a los Estados que todavía no sean miembros de la OEA, además de reconocer de forma expresa el alcance internacional de la corrupción y la necesidad de tener disponible una herramienta que estimule la cooperación entre los Estados con la finalidad de combatir a la corrupción. Estos tres instrumentos serán comentados más adelante, y sus directrices serán tratadas con más detalles.

12 La Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales –conocida como Convención anti cohecho de la OCDE– fue adoptada por la Conferencia Negociadora de París, en el 21 de noviembre de 1997, por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

13 La Convención Interamericana contra la Corrupción fue aprobada en 29 de marzo de 1996, en Caracas, Venezuela, por los estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), la cual entró en vigor el 6 de marzo de 1997.

4. Los órganos de lucha contra la corrupción en Brasil

Hechas las consideraciones anteriores, así es que los Estados disponen de distintos instrumentos de lucha contra la corrupción. Por lo tanto, teniendo en cuenta aquellas y otras herramientas disponibles, los países necesitan implementar diversas acciones para romper con el ciclo vicioso de la corrupción. Entre ellas, podemos dejar como referencia las siguientes: a) transformar las instituciones democráticas para que estas se pongan al servicio de la sociedad y no queden bajo el dominio de los partidos políticos, como muchas suelen estar; b) buscar el fortalecimiento del poder judicial como poder verdaderamente autónomo e independiente, cambiando la legislación que trate la forma de nombramiento de los jueces, de manera que ese proceso sea más transparente; c) dar autonomía a los órganos de investigación vinculados al poder ejecutivo, incluso de recursos económicos y financieros; y d) implementar medidas para combatir al agente público corrupto, como por ejemplo la previsión legal de sancionar a quien presente enriquecimiento ilícito.

En este sentido, en Brasil existen distintos órganos y entidades que actúan también en la lucha contra la corrupción, en todas las esferas de poder. Dos de entre los más activos son el *Ministerio Público Federal (MPF)*¹⁴ y el *Tribunal de Contas da União (TCU)*¹⁵. Estos órganos, al no estar vinculados al poder ejecutivo, disponen de la necesaria autonomía financiera y administrativa, aunque en el proceso de nombramiento de sus principales dirigentes se sufran ciertas interferencias del poder ejecutivo.

¹⁴*Ministério Público Federal (MPF)* – órgano de Estado responsable por la defensa de los derechos sociales e individuales, de la orden jurídica y del régimen democrático en Brasil. Sus miembros tienen autonomía institucional e independencia funcional.

¹⁵*Tribunal de Contas da União (TCU)* – órgano de Estado con atribuciones conferidas por la Constitución Federal, cuyo papel principal es auxiliar el Congreso Nacional en el ejercicio del control externo. Sus competencias constitucionales privativas están descritas en los artículos desde 71 hasta el 74 y en el 161 de la Carta Magna.

Por otra parte, existen otros órganos que, por quedar vinculados directamente al poder ejecutivo, muchas veces están cuestionados, por la sociedad, en su eficacia por la recuperación de los fondos desviados, aunque hayan dado ejemplos de actuación imparcial y eficiente, en el ámbito de casos debidamente investigados e identificados. Lo que ocurre es que como el gobierno suele amenazar de cambiar sus administraciones ante cualquier crisis política, genera desconfianza de la sociedad sobre la verdadera independencia de aquellos órganos para luchar contra la corrupción.

Los principales órganos –vinculados al poder ejecutivo– involucrados en la lucha contra la corrupción en Brasil son la *Polícia Federal (PF)*¹⁶, la *Advocacia-Geral da União (AGU)*¹⁷, la *Receita Federal do Brasil (RFB)*¹⁸, el *Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)*¹⁹ y la

¹⁶*Polícia Federal (PF)* – órgano de Estado vinculado al Ministerio de Justicia que ejerce el poder de policía en nivel federal en cuanto realiza actividades de investigación policial y también actúa en el sentido de cumplir las decisiones judiciales de búsqueda y captura de papeles o de personas involucradas en casos de corrupción.

¹⁷*Advocacia-Geral da União (AGU)* – es el órgano de Estado que, directamente o a través de órgano vinculado, representa la Unión, judicial y extrajudicialmente, tocándole las actividades de consultoría y asesoramiento jurídico del poder ejecutivo federal.

¹⁸*Receita Federal do Brasil (RFB)* – es el órgano de Estado que ejerce las actividades fiscales de recaudación de impuestos. Por lo tanto, es quien recibe y custodia todas las declaraciones fiscales de los ciudadanos. Es vinculado directamente al Ministerio de la Hacienda de Brasil, aunque sea considerado como si fuera un ministerio, en función de su importancia para el país.

¹⁹*Conselho de Controle das Atividades Financeiras (COAF)* – es el órgano de Estado que ejerce las actividades de control de movimientos financieros de todos los ciudadanos –equivalente a la SEPBLAC, que es la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) de España–. Es vinculado directamente al Ministerio de Hacienda.

Controladoria-Geral da União (CGU)^{20,21}.

La actuación conjunta de todos estos órganos, independiente de la esfera política a la cual están sometidos –poder legislativo, poder judicial o poder ejecutivo– es de suma importancia para que se obtenga éxito en la lucha contra la corrupción. En otras palabras, no es suficiente que todas estas entidades, aunque tengan estructura adecuada, personal calificado y recursos financieros en cantidad razonable, actúen de forma aislada. Es esencial que su actuación sea de manera coordinada, a la vez que solo la suma de sus competencias puede hacer frente a los criminales.

5. Enriquecimiento ilícito en Brasil: la Ley de Improbidad Administrativa

Aquí es necesario decir que la legislación brasileña ya prevé que el enriquecimiento ilícito, de acuerdo con la Ley 8.429/1992 –conocida como Ley de Improbidad Administrativa– donde están previstas las conductas pasibles de censura administrativa. En su artículo 6° está previsto que, en el caso enriquecimiento ilícito, el agente público o tercero beneficiario perderá los bienes o valores sumados a su patrimonio. En los artículos 9, 10 y 11 se presenta una relación ejemplificada de aquellas conductas y, en su artículo 12, están previstas las sanciones a las cuáles están sometidos los agentes

²⁰*Controladoria-Geral da União (CGU)* – es el órgano de Estado que ejerce las actividades de control interno del poder ejecutivo federal, responsable por las auditorías y fiscalizaciones de los fondos públicos, y actúa como corregidor de los empleados públicos federales. Además, realiza investigaciones y pesquisas para identificar el enriquecimiento ilícito de los empleados públicos federales. Actúa de forma independiente, subordinado directamente a la Presidencia de la República, a la vez que tiene estatus ministerial.

²¹Durante la elaboración de este Trabajo de Fin de Máster, Brasil ha pasado por un gran cambio político desde la apertura del proceso de impedimento de la Presidente de la República. En función de esto, el Presidente interino ha publicado una *Medida Provisoria* donde extinguió la CGU y creó en su lugar el *Ministerio da Transparência, Fiscalização e Controle*. Sin embargo, por tratarse de una medida provisoria, que necesita de la aprobación del parlamento brasileño y, como todavía siguen las discusiones acerca de este cambio, he preferido mantener todas las referencias aquí a la CGU, mientras no hay definición sobre la confirmación del cambio o el regreso al antiguo nombre.

públicos²². Lo que se puede deducir del artículo 12 es que hay medidas de carácter administrativo y otras que dependen de la autoridad judicial, o sea, para algunas penas se hace necesario una sentencia judicial, principalmente en el caso de pérdida de los bienes en favor de la Administración.

Hechas las consideraciones anteriores, es oportuno aquí destacar que la Ley de Improbidad Administrativa ha recibido muchas críticas por los expertos, en función de algunas fallas cometidas por el legislador.

Una primera crítica que se hace aquella ley de improbidad es que ella no discrimina los tipos de enriquecimiento ilícito como la ley penal tipifica los crímenes. En otras palabras, la caracterización del delito no queda claro en el ordenamiento, lo que carece de mejor aclaración, a la vez que el art. 9º solo hace referencia al enriquecimiento ilícito sin detallar como se evalúa este delito.

Otra crítica hecha es que el proceso administrativo abierto por la autoridad puede tardar –a la vez que la carga de la prueba, en la forma hoy establecida, queda en la Administración– reduciendo los chances de la Administración no ser resarcida de los daños económicos sufridos desde la posibilidad de que el patrimonio añadido de forma irregular por el agente público pueda ser objeto de ocultación o mismo de transacción con terceros de buena fe.

En función de estas fragilidades de la ley de improbidad, defiendo que haya una nueva legislación que trate del enriquecimiento ilícito, para que se pueda corregir los puntos frágiles y se puedan agregar otras directrices, como la tipificación penal, por ejemplo. En efecto, recientemente el gobierno brasileño ha propuesto al Congreso Nacional la aprobación de un conjunto de medidas que tiene por objetivo inhibir la práctica de actos de corrupción por parte de las empresas y de empleados públicos, propuestas que quedaron conocidas como Paquete Anticorrupción. Entre las medidas

²² Artículo 12 de la Ley 8429/1992 – vide el Anexo I

enviadas al Congreso se encuentra e aquella que permite el decomiso de los bienes de los empleados públicos que presenten incompatibilidad entre sus ingresos legítimos y su evolución patrimonial.

Además, más recientemente todavía, la Fiscalía ha movilizado la sociedad para apoyar un conjunto de medidas a ser analizado por el Congreso como un proyecto de iniciativa popular, que ha recogido hasta hoy –Abril/2016– 2.143.478 firmas de ciudadanos. Este paquete reunió 10 medidas para luchar contra la corrupción, entre las cuales prevé, de la misma forma que las propuestas enviadas por el poder ejecutivo, la tipificación penal del enriquecimiento ilícito y la consecuente pérdida de los bienes de los empleados públicos involucrados con la corrupción en favor de la Administración.

Dadas las condiciones que anteceden, creo que la propuesta de tipificación del crimen de enriquecimiento ilícito encuentra justificación aún en el Derecho Económico. En su artículo que trata del conflicto entre proporcionalidad y eficacia en las sanciones por corrupción, RODRÍGUEZ LÓPEZ (2008) defiende que en la eficacia de una sanción para los hechos de corrupción hay que tener en cuenta el perjuicio sufrido por la sociedad y el lucro obtenido por los agentes corruptos, estableciendo la proporcionalidad adecuada. Afirma el autor, en resumen, que en la sanción aplicada hay que ponerse siempre por encima del lucro esperado, para que sea eficaz y desincentivadora de los comportamientos corruptos. Sin embargo, al reconocer las dificultades inherentes a la aplicación del derecho sancionador en la lucha contra la corrupción, delante del modelo propuesto, deja espacio para que el legislador pueda proponer alcanzar los derechos de libertad y, poder complementar a la sanción económica e imponer la sanción penal para los agentes corruptos.

Sin embargo, la propuesta del presente trabajo es, partiendo de la perspectiva de aprobación de la medida que trata de la tipificación penal de enriquecimiento ilícito, contribuir puntualmente para el perfeccionamiento del proceso de evaluación patrimonial hoy ya realizado por la CGU. El escopo del modelo a ser desarrollado es apurar eventual el enriquecimiento ilícito de empleado público a condición de que reste comprobado la incompatibilidad de su patrimonio con sus

rentas declaradas, desde criterios previamente definidos, como tratado adelante.

Queda por decir que, si Brasil obtiene éxito en la aprobación de esta medida, estará poniéndose de acuerdo con la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) y seguramente dando un gran paso para disminuir los impactos de la corrupción en nuestro país.

CAPÍTULO II. CARACTERIZACIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

En este capítulo trato de demostrar, inicialmente, cuál es la experiencia brasileña con el compartimiento de bases de datos entre los principales órganos de investigación y pesquisas en la lucha contra la corrupción. En segundo lugar, hago un estudio comparativo con el modelo adoptado en España, de manera que se puedan encontrar puntos en común y experiencias positivas entre los países que puedan ser replicadas en el otro. A continuación, trato de la importancia del compartimiento de la base de datos fiscales custodiada por la RFB con la CGU, de manera que la agencia anticorrupción pueda desarrollar sus tareas de evaluar los indicios de enriquecimiento ilícito con eficiencia y eficacia, cumpliendo con lo que le sea atribuido. Trato de hacer un breve análisis de un estudio comparado sobre cómo está reglamentado el tema de enriquecimiento ilícito en América Latina. Finalmente, propongo las directrices básicas para ser observadas en el proceso de evaluación del enriquecimiento ilícito en Brasil, de forma que el proceso sea transparente y legítimo para la sociedad brasileña.

1. El compartimiento de datos entre órganos públicos: la experiencia brasileña

Como he dicho antes, cuando cito a RODRÍGUEZ GARCÍA (2015), la globalización ha facilitado la expansión de la delincuencia transnacional, lo que corrobora la necesidad de que las instituciones públicas sean fortalecidas y preparadas para esta nueva realidad. Además, en el desafío de la lucha contra la corrupción es esencial que los órganos de Estado tengan la convicción de que sin una actuación conjunta y coordinada, independiente de su esfera política, la lucha va a seguir desigual, a la vez que los criminales cada día perfeccionan más, los métodos para desviar fondos públicos.

En Brasil la actuación coordinada no suele ocurrir entre los órganos, lo que es corroborada por BALDUTTI, MONTEIRO, SALES y PAIVA (2014), cuando los autores afirman que las

instituciones brasileñas actúan de forma desarticulada y compartimentada, a la vez que las iniciativas para acciones integradas son raras y de carácter meramente reactivo. Destacan todavía los autores que no hay una política de Estado para el compartimiento de datos e informaciones entre los órganos responsables para la lucha en contra de la corrupción y del crimen organizado. Esta desarticulación institucional genera pérdida de escala y de eficiencia, por lo que se torna imperativa la adopción por la Administración pública de herramientas más eficaces en el combate contra el crimen organizado.

En este mismo sentido, CASABIANCA-ZULETA (2012) afirma que hay una relación entre criminalidad organizada y corrupción, a la vez que un grupo criminal organizado puede capturar al Estado con el fin de defraudar sus fondos basados en políticas estatales que permiten su actuación e impunidad. Además, defiende que es conveniente para los criminales mantener el *estatus-quo* mientras se beneficia económicamente desde que ha capturado al Estado.

Los principales órganos de investigación brasileños, entre ellos el MPF, el TCU, la PF, la RFB, la AGU y la CGU, no suelen ser eficaces en cuanto se trata de intercambiar informaciones que ayuden en dilucidar los delitos. En realidad, son muy pocos los ejemplos de actuación coordinada entre aquellos órganos, por lo menos no de manera sistematizada. Lo que suele ocurrir son iniciativas de algunos dirigentes de órganos que usan su conocimiento personal para mantener contactos con otros dirigentes mientras necesitan el apoyo para la realización de alguna tarea específica, como por ejemplo la realización de operaciones de campo conjuntas. En estos casos, hay diversos ejemplos recientes de éxitos en aquellos tipos de operaciones, que lograron la detención de diversos agentes involucrados.

Sin embargo, existen experiencias en Brasil que lograron obtener éxito con el compartimiento de datos entre órganos distintos. En la esfera federal, la propia CGU ha firmado convenios con diversos órganos federales y estatales para obtener autorización de uso de datos en sus investigaciones. Veamos algunos ejemplos.

El primero trata de una base de datos llamada *Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos (SIAPE)*. Es una base administrada por el *Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPOG)*, dónde están almacenadas las informaciones sobre los empleados públicos federales y alcanza más de 1.200 mil empleados públicos civiles, entre activos y jubilados. Allí constan informaciones personales de los empleados, tales como: nombre, ubicación, tarjeta de identidad, hijos y otros dependientes, informaciones sobre su vida laboral, los cargos que ha ocupado y sus sueldos, además de otras informaciones personales.

De otra parte, tenemos la base de datos del *Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ)*, que es la base administrada por la RFB, dónde son almacenadas todas las informaciones de todas las personas jurídicas del país, que suman más de 7.000 mil empresas. En esa base se han encontradas informaciones sobre las empresas registradas en la RFB, tales como: nombre de la empresa, fecha de apertura, ubicación, cuadro societario y otras más.

Un tercer ejemplo de base de datos es la del *Cadastro de Pessoa Física (CPF)*. A ejemplo del CNPJ, la RFB almacena los datos de todos los brasileños, que son obligados a tener sus datos registrados allí –esta base es equivalente al NIF de España–, dónde forman parte su nombre, ubicación, fecha de nacimiento, los nombres de sus padres y otras informaciones más.

Esas tres bases de datos, ejemplo de diversos convenios con otros órganos y que están disponibles para la CGU, son accesibles a través de un ordenador fijado en la propia CGU, sin ninguna dificultad de uso, lo que facilita las investigaciones y pesquisas realizadas por los técnicos, además de posibilitar la realización de cruces de datos entre las bases y permitir la identificación de situaciones anormales que suelen ser indicios de la existencia de infracciones funcionales o hasta el mismo desvío de los fondos públicos.

Un ejemplo de estos indicios aparece cuando el cruce de datos identifica a un empleado público que desempeña sus actividades laborales en un órgano que exige dedicación exclusiva al

trabajo y, también, es socio dirigente de una empresa, señalando un potencial conflicto de intereses, lo que sería un agravante, si esa empresa pudiera mantener relaciones comerciales con otros órganos del propio gobierno.

La identificación de éxitos como el ejemplo comentado justifica la necesidad de que haya una política de Estado muy clara, en dónde los órganos de gobierno estén obligados a compartir sus bases de datos con los órganos de control. Sin embargo, hay una actividad que hoy en día ya es desarrollada por la CGU y que está directamente relacionada con la identificación del enriquecimiento ilícito por parte de empleados públicos que, para ganar más eficacia, necesita tener el apoyo de otro órgano con el compartimiento de los datos que quedan bajo su custodia, que son los informes fiscales contenidos en las declaraciones de rentas de los empleados públicos federales, que siguen bajo la guarda de la *Receita Federal do Brasil (RFB)*. Este es un punto central de este estudio y será mejor explicado.

2. El compartimiento de datos entre órganos públicos: la experiencia española

Respecto a experiencia española, vamos a basarnos aquí en FERNÁNDEZ AJENJO (2007)²³, en su estudio sobre las formas de colaboración de los órganos públicos e entidades privadas en general, incluso de personas físicas, con la Administración de Justicia en España, como manera de colaborar en la lucha contra la corrupción.

Después de lo anteriormente expuesto, cabe destacar que el autor afirma que la Administración de justicia necesita estar preparada para enfrentarse a la delincuencia organizada, a la vez que las formas encontradas por los criminales para desviar fondos públicos se cambian en todo momento, dificultando la persecución judicial, la identificación y la tipificación del delito. En

²³Investigación realizada dentro del programa de doctorado sobre “Aspectos jurídicos y económicos de la corrupción” impartido en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, en el año del 2007.

España, según este autor, un punto esencial es el apoyo de la sociedad en sentido amplio, contando, además, con el auxilio de otros órganos y de personas con conocimientos especializados.

Además, destaca Fernández Ajenjo que hay una directriz constitucional²⁴ que establece el deber de colaboración social con la Administración de Justicia, , también, refrendado por la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)²⁵, cuando refuerza que es una obligación de todas las Administraciones Públicas y de la sociedad en general, respetar y cumplir las sentencias y demás resoluciones judiciales. Esa obligación refleja una importante garantía para el correcto funcionamiento del Estado de Derecho.

Hecha la observación anterior, resulta oportuno aclarar que el autor clasifica el deber de colaboración con la Administración de Justicia en dos tipos, relacionadas a los sujetos que se encuentran obligados: a) el deber de cooperación; y b) el deber de auxilio judicial.

En referencia a la clasificación anterior, se hace otra división, dónde el deber de cooperación queda caracterizado por: a) el deber de información, impuesto a los testigos y otras personas e instituciones; b) el deber de denuncia, que obliga a quien sepa de un delito a denunciarlo al Ministerio Fiscal; y c) el deber de investigación, que obliga a los órganos administrativos que tienen la función del control, en sentido amplio.

²⁴ La Constitución de España, en su Título VI, cuando trata del Poder Judicial, establece:

Artículo 118 - Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.

²⁵El Ley Orgánica del Poder Judicial – nº 6, de 01/07/1985:

Artículo 17.1 - Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la Ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes, y sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la ley.

De otra parte, el deber de auxilio judicial también se divide en: a) deber de auxilio judicial en sentido estricto, que afecta a los Secretarios Judiciales y otras personas vinculadas al Poder Judicial; y b) el deber de pericia, que afecta a empleados públicos en general y particulares, que pueden ser nombrados como peritos para auxiliar al juez.

Dadas las condiciones que anteceden, cabe aquí destacar la actuación de la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE)²⁶, analizando su actuación en la lucha contra la corrupción. Así es que, entre las funciones y competencias asignadas a la IGAE, se destacan las relacionadas con: a) el control interno; b) la contabilidad pública; y c) otras funciones accesorias.

En este mismo orden y dirección, resulta necesario indicar la actuación del Ministerio Fiscal de España²⁷ en la lucha contra la corrupción. La Fiscalía ocupa una posición de equilibrio dentro de la teoría clásica de la separación de poderes en un Estado Democrático de Derecho.

Aquí resulta oportuno destacar que en 24 de abril de 1995, a través de la Ley 10/1995, fue creada la Fiscalía Especial Anticorrupción²⁸, como reacción de la sociedad a los graves casos de corrupción que afectaban al poder político y económico de aquella época, tomando como modelo otra Fiscalía Especial, en este caso a la de represión a las drogas.

²⁶La IGAE un órgano directivo, con rango de Subsecretaría, adscrito a la Secretaria de Estado de Hacienda y Presupuestos del Ministerio de Economía y Hacienda, segundo el Real Decreto 1552/2004. Además, según Fernández Ajenjo, la IGAE tiene asignadas las funciones de control interno del sector público estatal y de centro directivo y gestor de la contabilidad pública. Es oportuno registrar que la IGAE ya lleva más de 134 años de historia, volviéndose en una de las instituciones más tradicionales de España.

²⁷El ministerio Fiscal es un órgano de Estado de naturaleza jurídico-pública que presenta una vinculación al Poder Ejecutivo, pero sin relación de dependencia, y al mismo tiempo se integra al Poder Judicial, con autonomía funcional.

²⁸La Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción se sitúa bajo la dirección del Fiscal General del Estado. En el art. 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Fiscal está previsto que la Fiscalía Especial tendrá estructura propia y colaboradores especiales.

En este orden de ideas se puede citar la realización de un convenio de colaboración entre el Ministerio de Justicia e Interior, el Ministerio de Economía y Hacienda y la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), como forma de apoyar la Fiscalía Especial en la lucha contra los delitos económicos relacionados con la corrupción.

En los marcos de las observaciones anteriores, quedó la Fiscalía Especial con una unidad de Policía Judicial Nacional, una unidad de Policía Judicial de la Guarda Civil, una unidad de apoyo de la AEAT y una unidad de apoyo de la IGAE.

En resumen, la Fiscalía Especial fue estructurada con espacio propio y expertos de áreas distintas, como forma de tener una actuación oportuna y desarrollar sus funciones con eficiencia y eficacia. Por lo tanto, ha recibido los medios humanos, materiales y formativos a través del apoyo de los órganos públicos relacionados.

Es evidente entonces, considerándose el modelo de actuación implementado, que el acceso a las informaciones fiscales de los empleados públicos de España involucrados en casos de corrupción ocurre en tiempo real, a la vez que los expertos de la AEAT vinculados a la Fiscalía Anticorrupción tienen acceso a la base de datos desde los ordenadores de la Fiscalía. En otras palabras, no se hace necesario el trámite de papeles solicitando acceso a determinadas informaciones. Además, las bases e informaciones que suelen tener acceso los demás expertos en sus respectivas oficinas –la Policía Judicial, La Guarda Civil y la IGAE– también son compartidas con la Fiscalía Anticorrupción, lo que seguramente facilita el desarrollo de los procesos de pesquisas e investigaciones involucrados en los casos de corrupción.

Más adelante, aparece un cuadro con el desempeño alcanzado por la Fiscalía Anticorrupción en el año de 2014²⁹:

²⁹Memorias de la Fiscalía General del Estado, disponibles en la página web del órgano.

CUADRO I
Fiscalía Especial Anticorrupción
Principales acciones en 2014

DESCRIPCIÓN de los Servicios	AÑO – 2014	
	Cant	Observaciones
Procedimientos penales en los que ha intervenido	340	Incluso procesos de años anteriores que se encontraban en tramitación
Diligencias de investigación en trámite	53	Incoadas antes de 2013 (16) Incoadas en 2014 (37)
Diligencias de investigación concluidas	29	Incoadas antes de 2013 (10) Incoadas en 2014 (19)
Diligencias de investigación pendientes	24	Incoadas antes de 2013 (6) Incoadas en 2014 (18)
Denuncias o querrelas interpuestas	20	Desempeño del año 2013 – 10
Escritos de acusación/calificación presentados	35	Igual al año 2013
Sentencias recaídas	19	Condenatorias (17) / Absolutorias (2)

El modelo de trabajo adoptado por la Fiscalía Anticorrupción, con la creación de unidades de apoyo de otros órganos que pasaron a funcionar y a actuar de manera coordinada, ha permitido que el Estado español haya alcanzado un razonable desempeño en la lucha contra la corrupción.

3. El compartimiento de los datos fiscales de los empleados públicos brasileños

Los ciudadanos brasileños tienen que someter anualmente sus declaraciones de renta al fisco a través de un sistema informático moderno, confiable y eficiente. Las declaraciones anuales son de carácter obligatorio, de acuerdo con parámetros definidos por el órgano responsable. Ellas forman parte de una base de datos que es administrada y custodiada por la RFB, órgano responsable por la recaudación de impuestos federales en Brasil. Este proceso es conocido como *Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física (DIRPF)*, la declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas, en traducción libre. Al rellenar los formularios, los ciudadanos presentan a la RFB

sus propias informaciones y sus datos económicos tales como: rentas, gastos de educación y salud, además de sus bienes y deudas, entre otras. Esas informaciones son guardadas desde los últimos 5 (cinco) años, siguiendo la legislación fiscal.

Además de las informaciones facilitadas por los propios ciudadanos, la RFB recibe t datos de otros órganos e instituciones, públicas y privadas, que se suman a aquellas de las DIRPF y forman parte de una gran base de datos. Ejemplos de otros datos recibidos son: informaciones de los notarios sobre las transacciones de bienes inmuebles; informaciones de transacciones financieras y de gastos realizados con tarjeta de crédito enviados y acreditados, por los bancos y por las administradoras.

Por lo tanto, aquella base de datos está formada por una gran cantidad de informaciones cuyo compartimiento con la CGU, de forma regular y sistemática, es de fundamental importancia para que se pueda implantar un sistema informático que haga posible la evaluación de un eventual enriquecimiento ilícito de los empleados públicos brasileños, por lo menos en una primera fase, permitiéndose así el cumplimiento de la legislación que trata del tema.

Es importante decir que, dada la cantidad de agentes públicos vinculados directamente al poder ejecutivo federal, que quedan en actividad, que suman hoy 1.080.435 entre civiles y militares (posición de feb/2016), seguro que sería imposible evaluar si hubo enriquecimiento ilícito si no fuera por medio de una base de datos como la comentada. Las informaciones disponibles en la base de la RFB son necesarias, como he dicho, pero no suficientes para que se pueda tomar una decisión con seguridad sobre eventual enriquecimiento ilícito. Es decir, además de la base de datos de la RFB, la CGU se necesitaría tener acceso regular y sistemático a otros datos, que serán más adelante señalados.

En realidad, la RFB no se ha negado a atender cualquier solicitud hecha por la CGU, a condición de que la misma esté basada en un proceso de investigación formal y de que cada petición se refiera a un único involucrado. Pero, el punto crítico del compartimiento de la base de datos de la

RFB de forma general, es que aquél órgano, bajo la alegación de mantener el sigilo fiscal conforme prevé la legislación, se ha declarado contrario al compartimiento, toda vez que no puede compartir los datos de manera amplia y general con ninguno otro órgano, ni siquiera cuando fuera órgano federal.

Para que pueda manifestarme respecto a este problema, se hace necesario estudiar la legislación que trata este tema.

El sigilo fiscal es la forma que el legislador encontró para proteger las informaciones fiscales de los contribuyentes. Existen cuidados que el fisco debe adoptar en relación a las informaciones que él custodia por previsión legal, y siempre el sigilo fiscal debe estar asegurado por los derechos fundamentales constitucionales. O sea, el fisco está imposibilitado para divulgar informaciones que puedan comprometer la vida y la intimidad de las personas.

El derecho fundamental que ampara el sigilo fiscal es el apartado X del artículo 5º de la Constitución Federal, que trata de la inviolabilidad de la intimidad, de la vida privada, del honor y de la imagen de las personas. Incluso el mismo apartado asegura el derecho a la indemnización por el daño material o moral por su violación³⁰.

El sigilo fiscal todavía está reglamentado por una legislación infra-constitucional, a la vez que está previsto en la Ley nº 5.172, de 25 de octubre de 1966, en el *Código Tributário Nacional (CTN)*³¹.

³⁰ Art. 5º. X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

³¹ Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

De acuerdo con el apartado II del § 1º del artículo 198 comentado, queda claro que solo es posible que la CGU reciba de la RFB información fiscal de algún contribuyente, cuando quede comprobada la regular instauración de proceso administrativo que tenga por objeto la práctica investigación de infracción administrativa. Es decir, en principio, es correcta la interpretación de la legislación por parte de la RFB cuando se opone al compartimiento de forma amplia y general de la base de datos fiscales de los ciudadanos brasileños.

Sin embargo, la Constitución Federal Brasileña establece en sus artículos 70³² y 74³³ las

I – requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça;

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2o O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo.

§ 3o Não é vedada a divulgação de informações relativas a:

I – representações fiscais para fins penais;

II – inscrições na Dívida Ativa da Fazenda Pública;

III – parcelamento ou moratória.

³² Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

³³ Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos

competencias del control interno de los poderes, cuyas funciones, en el caso del poder ejecutivo federal, fueran atribuidas a la CGU, conforme a la Ley n° 10.683, de 28 de mayo del 2003, desde el artículo 17 hasta el artículo 20. Además, segundo el § 4° del artículo 18 de la Ley n° 10.683, cumple a la CGU también observar el Título V de la Ley n° 8.112/1990 (ley del empleado público) y el Capítulo V de la Ley n° 8.429/1992 (ley de improbidad).

Desde el análisis conjunto de estos preceptos legales queda claro la competencia de la CGU para llevar a cabo las investigaciones patrimoniales de los empleados públicos con la finalidad de identificar indicios de enriquecimiento ilícito y proponer el decomiso de los bienes, cuando los indicios sean suficientes para formar juicio.

Así es que, para cumplir con su deber de investigar, la CGU necesita tener acceso por completo a la base de datos fiscales de los empleados públicos y sus dependientes registrados. Por lo tanto, queda claro que la legislación carece de un cambio, de manera a añadir la autorización para el compartimiento de la base de datos de la RFB con la CGU, con el único objetivo de cumplir con la competencia de evaluación de enriquecimiento ilícito, toda vez que actúa como una agencia anticorrupción.

4. El enriquecimiento ilícito en América Latina: un estudio comparado

La definición de parámetros para la valoración del enriquecimiento ilícito es un punto decisivo para todos los países que suscribieran la CICC, toda vez que la definición propuesta por aquella Convención es muy amplia y no fija criterios objetivos³⁴.

públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

³⁴ Artículo IX – Enriquecimiento Ilícito

Sin embargo, la Convención no fue capaz de definir estándares que pudieran ser aplicables a los Estados de forma general. De manera inteligente, el legislador ha preferido dejar que cada Estado fijase sus parámetros, recomendando solamente la “sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico”. Así es que, para que conozcamos algunas experiencias sobre cómo los países han legislado sobre este punto, cabe un estudio comparado para identificar como cada Estado se ha posicionado en relación al tema. Para esto, voy a basarme en un estudio comparado hecho sobre la América Latina, por RODRÍGUEZ GARCÍA y ORSI (2015)³⁵.

En su análisis, los autores hacen un estudio comparado entre la forma de cómo los países latinoamericanos han tratado el delito de enriquecimiento ilícito y los demás Estados, en especial los europeos. Mientras los de Europa en su mayoría no han tipificado como delito al enriquecimiento ilícito, toda vez que se han basado en los parámetros de la Convención de las Naciones Unidas y lo han considerado solamente como un acto de corrupción, en Latinoamérica los países han tenido un enfoque más agresivo, siendo más coherentes con las directrices de los organismos internacionales que tratan del tema y cuyos convenios se han comprometido adoptar, especialmente los de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que señala que sea tipificado como delito el enriquecimiento ilícito.

Estos autores señalan que en América Latina la corrupción ha encontrado una cuestión

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

³⁵ Estudio: El delito de enriquecimiento ilícito en América Latina: tendencias y perspectivas. Fue un trabajo se enmarcó en la investigación desarrollada por los autores en el Proyecto de Investigación DER2012-32638 del Ministerio de Educación de España. “Recuperación de activos derivados del crimen organizado y la corrupción. Implementación de criterios internacionales en Latinoamérica a la luz de la experiencia europea”. Fue publicado en la revista Cuadernos de Política Criminal, de la Editorial Dykinson, Madrid.

de fuerte contenido inercial, influenciada por factores históricos, institucionales y sociales de lenta evolución, lo que llevó a los parlamentos de aquellos países a apoyar políticas de tolerancia cero en la lucha contra la corrupción pública, toda vez que la sociedad ha presionado por la tipificación del enriquecimiento ilícito, por el incremento de las penas, por aumento de los plazos de prescripción y por la adopción de novedosos instrumentos procesales.

Este enfoque agresivo, de acuerdo con el estudio, tensiona los derechos fundamentales y garantías constitucionales, toda vez que su adopción puede afectar el debido proceso legal, la presunción de inocencia y traslada la carga de la prueba a la parte acusada, o sea, el Estado puede acusar sólo con base en indicios de que hubo un aumento significativo del patrimonio de un empleado público y exigir que él pruebe el origen lícito de su patrimonio, bajo pena de decomiso de sus bienes, además de someterle al ordenamiento jurídico penal.

El tema es de elevada complejidad, toda vez que existen manifestaciones jurídicas en favor y en contra, como el propio estudio aclara, lo que puede crear dificultades para que los países consigan implementar de manera efectiva la legislación sobre el enriquecimiento ilícito, de forma factible y que ella pueda contribuir para disminuir la corrupción. En realidad, creo que es necesario que los Estados busquen un equilibrio entre la política de tolerancia cero y el respeto a los derechos y garantías constitucionales, como herramienta para quebrar el contenido inercial de la corrupción y poder alcanzar los resultados esperados por la sociedad.

Delante del contexto, la investigación económica y patrimonial de los empleados públicos ha logrado destacarse como importante herramienta, según el estudio, lo que hace necesario que las reglas y procedimientos de evaluación del patrimonio de los empleados públicos sean definidas de forma clara, objetiva, coherente y transparente. Este punto es uno de los principales de este trabajo y lo voy a tratar con más detalles, en el próximo capítulo.

En relación a los países de Latinoamérica investigados, hay un grupo en dónde el

enriquecimiento ilícito fue tipificado³⁶, aunque entre todos ellos hacen falta estándares en las reglas aprobadas, lo que caracteriza la dificultad para una homogeneización de la legislación que trata del tema. Hay cuatro países analizados en donde la tipificación penal del delito no queda todavía reglamentada, por razones distintas³⁷.

El estudio busca demostrar que existe una fuerte correlación entre la opción por la no tipificación penal y la situación del país en relación al índice de percepción de la corrupción de sus ciudadanos. Es decir, la iniciativa de legislar sobre la persecución penal del delito –aunque algunos países tengan tratado del tema antes mismo de la aprobación de la CICC– no garantiza que halla o exista una disminución de la corrupción, dejando claro que la tipificación penal no es el mejor camino para luchar contra la corrupción.

Sin embargo, la pena por enriquecimiento ilícito en aquellos países estaría basada en indicios que fueron evaluados por la propia Administración pública, a veces colisionando frontalmente con derechos y garantías fundamentales. Si ni siquiera la prueba pericial es la más fiable –aunque basada en conocimientos científicos o técnicos– y por lo tanto no está exenta de objeciones, como ha señalado MUÑOZ CONDE (2003), ¿cómo aceptar entonces la condena de una persona sólo con pruebas indiciarias?

En este sentido, también nos enseña ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (2010), cuando defiende que en un Estado social y democrático de Derecho, la pena, para ser justa, debe ser necesaria y tener efectos preventivos. Es decir, ella es irrenunciable, pero hay que se observar el principio de la proporcionalidad en relación al bien que se pretende proteger, además de poseer un fin social, que es

³⁶ Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela.

³⁷ Canadá, Estados Unidos, Brasil y Uruguay.

prevenir futuros delitos. Por ello debería plantearse: ¿la pena de enriquecimiento ilícito estaría cumpliendo con estos dos principios?

Es importante también destacar que la Administración pública tiene solo la potestad sancionadora en la esfera administrativa, actuando en dos campos: la facultad disciplinaria y la facultad correctiva, como nos enseñan GÓMEZ de la TORRE y PÉREZ CEPEDA (2010). Además, añaden los autores, “la sanción penal nunca debe ser asumida por la sanción administrativa porque quebraría el principio de subsidiariedad del Derecho Penal”.

Por otra parte, no se puede olvidar que el Estado tiene otras obligaciones irrenunciables, como proteger la sociedad contra prácticas de actividades delictivas que ponen bajo riesgo la propia seguridad de los ciudadanos. Un ejemplo que puede ser ahora discutido es el caso de la lucha contra la financiación del terrorismo, que ocurre a través de la recaudación ilícita de fondos para aquellas prácticas. Sobre ello, algunas acciones son absolutamente necesarias para vigilar e impedir que fondos financieros obtenidos de manera directa o indirecta, ilícita e intencionalmente, obtenidos a través de actividades comerciales desarrolladas por grupos terroristas o afines sean direccionadas para financiar acciones terroristas, conforme no enseña FERNÁNDEZ GARCÍA (2007). Es decir, si todos los fondos financieros obtenidos ilícitamente, como es el caso de aquellos provenientes de actos de corrupción, necesitan pasar por un proceso de lavado de activos, ¿no sería el caso de poderse afirmar que hasta los desvíos de fondos públicos podrían, indirectamente, financiar el terrorismo?

En este mismo sentido, podemos también recurrir a la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC)³⁸. Como dice en su preámbulo, la LOPSC tuvo por objetivo asegurar que “la garantía de que los derechos y libertades reconocidos y amparados por las constituciones

³⁸ Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo de 2015. Algunos expertos se han manifestado en contra el proyecto de ley por cuestiones de afronta a los derechos fundamentales y ello generó mucha polémica, aunque la ley tenga sido aprobada por el parlamento de España.

democráticas puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía y no meras declaraciones formales carentes de eficacia jurídica”. Sin embargo, aunque los conceptos de libertad y seguridad puedan parecer contradictorios, pueden convivir armónicamente para el buen funcionamiento de una sociedad democrática de derecho, y los principios de la legalidad y de la proporcionalidad deberán ser siempre observados, de manera que no haga cualquier incidencia o limitación en el ejercicio de las libertades ciudadanas.

Así es que se puede buscar un equilibrio entre la directriz propuesta por la CICC y el ordenamiento jurídica de cada Estado, para preservar los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y, al mismo tiempo, implementar medidas administrativas y penales para combatir la corrupción. En un capítulo específico voy a proponer algunas medidas de ajustes a la Ley de Improbidad Administrativa brasileña, para adecuarla a aquella realidad, teniendo en cuenta la experiencia de los demás países de Latinoamérica expuesta en el estudio comentado.

5. Las directrices para la valoración y su legitimación

Como he dicho anteriormente, toda vez que la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito puede afrontar derechos y garantías constitucionales, la investigación económica y patrimonial que puede identificar los indicios necesarios que van a suministrar la aplicación de la pena se ha elevado a un nivel de mucha responsabilidad e importancia, lo que lleva a que la definición de los parámetros de valoración del delito sea definida de manera muy transparente, incluso con la participación directa de representantes de la sociedad, lo que generará más legitimidad a las investigaciones. En otras palabras, teniendo en cuenta la gravedad de la aplicación de una sanción restrictiva de libertad para los hechos de corrupción que caractericen el enriquecimiento ilícito, se hace necesario que su metodología de evaluación sea lo más transparente posible.

Inicialmente es importante decir que se hace necesario que la definición de los parámetros de evaluación del enriquecimiento ilícito de manera más detallada deba ocurrir a través de un estudio

técnico realizado por un equipo de expertos del órgano de control interno brasileño, toda vez que el nivel de detalles requerido no queda claro y razonable como objeto del presente trabajo.

Lo que planteamos es que ahora solo sean discutidas las directrices que deben orientar aquel equipo, que deberá además tener en cuenta la propia experiencia y conocimientos de aquel órgano de control en los casos de evaluación de enriquecimiento ilícito ya realizados en su pasado reciente.

Así es que, en primer lugar, es esencial que el proceso de evaluación patrimonial tenga definidas sus reglas y parámetros además de sus procedimientos operacionales (de acuerdo con el Capítulo III) y que sean aprobadas por la alta dirección del órgano y, para que ellos tengan la legitimidad y amparo legal, de forma que el proceso no sufra cuestionamientos en un posible proceso penal, para que sean sometidos a la aprobación final del *Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção (CTPCC)*, que ya tiene asiento en el órgano de control, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 10.683/2003³⁹.

Hay que se destacar que el CTPCC tuvo su reglamento establecido por el Decreto n°

³⁹ Art. 17. À Controladoria-Geral da União compete assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições quanto aos assuntos e providências que, no âmbito do Poder Executivo, sejam atinentes à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal.

§ 1º A Controladoria-Geral da União tem como titular o Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União, e sua estrutura básica é constituída por: Gabinete, Assessoria Jurídica, Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção, Comissão de Coordenação de Controle Interno, Secretaria-Executiva, Corregedoria-Geral da União, Ouvidora-Geral da União e 2 (duas) Secretarias, sendo 1 (uma) a Secretaria Federal de Controle Interno.

§ 2º O Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção será composto paritariamente por representantes da sociedade civil organizada e representantes do Governo Federal.

4.923/2003⁴⁰ y su primera reunión ocurrió en el 17 de noviembre del 2004. Entre las competencias del CTPCC, de acuerdo con el apartado I del artículo 2º de aquél Decreto, está la de contribuir para la formulación de directrices de la política de transparencia de la gestión de recursos públicos y de combate a la corrupción y a la impunidad.

Regístrese que forman parte del CTPCC 20 (veinte) consejeros, entre los cuales 10 (diez) son representantes invitados de la sociedad civil, o sea, que no tienen vínculo con la Administración. Es decir, el Consejo de Transparencia tiene legitimidad para aprobar las directrices y los parámetros de evaluación del enriquecimiento ilícito de los empleados públicos brasileños.

De otra parte, como he dicho en el apartado 3 anterior, para que la RFB pueda compartir los datos fiscales con el órgano de control, es esencial que quede claro que no habrá quiebra del sigilo fiscal de los empleados públicos, para que no haya riesgo de interrupción del flujo de informaciones entre los órganos comentados.

Por lo tanto, en segundo lugar, es necesario recordar lo que está establecido por la ley del sigilo fiscal –Ley nº 5.172, de 25 de octubre de 1966, en su artículo 198– en donde queda claro que está prohibido la divulgación de los datos fiscales de los contribuyentes por los empleados públicos que tienen acceso a ellos, en razón de su oficio. Esto está tipificado en nuestro Código Penal

⁴⁰ Art. 1º O Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção, órgão colegiado e consultivo vinculado à Controladoria-Geral da União, tem como finalidade sugerir e debater medidas de aperfeiçoamento dos métodos e sistemas de controle e incremento da transparência na gestão da administração pública, e estratégias de combate à corrupção e à impunidade.

Art. 2º Compete ao Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção:

I - contribuir para a formulação das diretrizes da política de transparência da gestão de recursos públicos e de combate à corrupção e à impunidade, a ser implementada pela Controladoria-Geral da União e pelos demais órgãos e entidades da administração pública federal;

[...]

– artículo 325⁴¹. Así es que el órgano de control hay que actuar para que los datos fiscales que reciba de la RFB queden protegidos y sus empleados tengan conocimiento de los riesgos de la quiebra del sigilo fiscal de los empleados públicos que siguen bajo investigación.

De otra parte, un punto a ser considerado es que la definición de parámetros hoy no garantiza que mañana los mismos aún sean útiles, toda vez que ellos pueden quedar desfasados en su dimensión temporal o económica. Es decir, una situación futura puede no ser explicada cuando nos basamos en los parámetros habituales de hoy.

Así es que, en tercer lugar, se hace necesario que las reglas y parámetros de evaluación patrimonial sean revisadas periódicamente, por lo menos a cada año, como forma de que se mantengan coherentes con la realidad legal y económica del país, además de ser sometidas a la aprobación final del *Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção (CTPCC)*.

Creo que estas directrices son básicas y han de ser respetadas por el órgano encargado de evaluar el enriquecimiento ilícito, de manera que el proceso quede transparente y sea legítimo. Sin embargo, otras directrices pueden ser añadidas al proceso, a criterio del órgano de control o del mismo CTPCC.

⁴¹ Art. 325 - Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1o Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

§ 2o Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

CAPÍTULO III. LA APLICACIÓN DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y PENALES

Para empezar un procedimiento de evaluación de enriquecimiento ilícito, es importante decir que algunos procedimientos preparatorios se hacen necesarios. Inicialmente, basado en la experiencia del órgano de control interno, propongo por lo menos tres alternativas, que pueden ser independientes o complementarias. La primera es la que el procedimiento empiece desde la base de datos fiscales recibida, conforme explico más adelante. La segunda es desde el recibimiento de una denuncia en contra el empleado público, o bien de la sociedad o bien de la prensa. La tercera es cuando la demanda para una investigación, viene de algún órgano de la Administración pública.

Desde cualquiera de las alternativas, el área encargada de las investigaciones y pesquisas generará un informe estándar de investigación preliminar con su manifestación explícita de la formación del juicio de que existen indicios de enriquecimiento ilícito. Este informe es la base, para que sea iniciado entonces el procedimiento de investigación patrimonial desde la autorización formal del encargado del área de investigación.

El informe generado por la investigación patrimonial será enviado al Corregidor, a quien toca abrir el procedimiento administrativo disciplinario adecuado, para la adopción de las providencias debidas, incluso el envío a la Abogacía de la Unión de una solicitud de bloqueo de bienes del investigado, en un primer momento, y de una solicitud del decomiso de aquellos bienes, en otro momento. Además, el Corregidor podrá enviar también el proceso para la fiscalía, a quien competen las acciones con fines de instauración del proceso penal. Todo esto será detallado más adelante.

1. Procedimientos preparatorios

La base de datos fiscales recibida, debe ser inmediatamente objeto del procesamiento de los datos, de acuerdo con un programa de computadora a ser desarrollado por el órgano de control

con aquella finalidad, observados los parámetros propuestos en el estudio de los expertos del órgano de control y debidamente aprobado por el CTPCC.

Después del procesamiento de las bases de datos, el sistema deberá generar automáticamente un informe estándar en medio digital, donde consten las informaciones básicas necesarias para empezar el análisis sobre los indicios de enriquecimiento ilícito⁴². El informe deberá traer los datos señalados y disponerlos en un *ranking* decreciente del volumen de recursos que se quedó bajo sospecha de enriquecimiento ilícito, cuya orden decreciente es importante para definir las prioridades de investigación, que serán tratadas más adelante.

En relación a las informaciones básicas, es necesario decir que todas –con excepción de una, que será calculada en la forma que será adelante explicada– serán extraídas de las propias declaraciones de los empleados, toda vez que sus datos fiscales ya son objeto de validación por la RFB. Es decir, el proceso de evaluación del enriquecimiento ilícito, en su primera y más importante parte, empieza con los datos informados por el propio empleado. Desde aquellos datos se hace una evaluación para que se pueda identificar si el crecimiento patrimonial fue soportado por los recursos financieros recibidos, de manera que, sí se apura que no hubo soporte para tanto, quedan presentes

⁴² Las informaciones básicas deberán ser las siguientes:

- a) CPF (Registro de Personas Físicas) – equivalente al NIF de España
- b) [1] volumen de recursos financieros recibidos en el período bajo análisis
- c) [2] volumen de gastos realizados que deben ser disminuido de los valores recibidos
- d) [3] volumen de recursos disponibles para inversiones/adquisiciones de bienes
- e) [4] volumen de recursos invertidos en la adquisición de bienes en el período bajo análisis
- f) [5] volumen de recursos de deudas contratadas en el período bajo análisis
- g) [6] volumen de recursos bajo sospecha de enriquecimiento ilícito
- h) [7] porcentual de [6] en relación a [1]

los indicios de enriquecimiento por arriba de la capacidad económica del investigado.

El cálculo para que se pueda llegar al resultado es muy sencillo. El volumen de recursos bajo sospecha de enriquecimiento ilícito es el resultado de las siguientes cuentas:

$$[3] = [1] - [2]$$

$$[6] = [3] + [5] - [4]$$

$$[7] = [6] / [1]$$

Si el valor porcentual de [7] resulta negativo, significa que el volumen de recursos invertidos en la adquisición de bienes fue por arriba de la capacidad financiera del investigado. Es decir, o bien él investigado ha dejado de informar alguna fuente de recursos financieros lícita o bien ha adquirido bienes con recursos financieros de origen ilícito, por lo tanto no declarados.

Desde entonces la identificación de valor apurado por el sistema informático, el órgano de control adoptará una de las siguientes alternativas:

- a) cuando el porcentual apurado para [7] resulta positivo o, aún que negativo, pero dentro de un margen de seguridad a ser propuesto por los expertos del órgano de control, los datos fiscales seguirán guardados en la base para eventuales investigaciones futuras; o
- b) cuando el porcentual apurado para [7] resulta negativo por arriba del margen de seguridad, el jefe encargado deberá autorizar el comienzo de una investigación preliminar, en la forma propuesta más adelante.

Este procedimiento, aunque parezca sencillo, es necesario para que se pueda elegir un criterio para empezar el proceso de evaluación de indicios de enriquecimiento ilícito, bajo pena de que pueda haber “elecciones” indebidas de empleados a ser investigados, lo que podría quebrantar el principio constitucional de la impersonalidad y traer desconfianza de la sociedad sobre el sistema de control interno de la Administración. Es decir, sin un criterio claro, transparente y legítimo, podrá

haber espacio para uso político e indebido de los datos fiscales de los empleados públicos.

Así es que este procedimiento debe ser básico para empezar una investigación por la Administración Pública, toda vez que desde la base de datos es posible cumplir con la tarea de evaluar los indicios de enriquecimiento ilícito para todos los empleados públicos. La evaluación desde la base de datos fiscales es de largo alcance, pero su asertividad va a depender de los datos declarados. La base de datos es importante pues, aunque no queden identificados indicios de enriquecimiento ilícito, los datos allí guardados podrán servir como soporte para complementar otras investigaciones llevadas a cabo para atender demandas internas y externas, es decir, por áreas del propio órgano de control o por otros órganos de la Administración Pública. Es necesario afirmar que la investigación va a considerar no sólo el empleado público, sino también sus dependientes económicos, de acuerdo con sus declaraciones de renta. Es decir, los datos de todos los involucrados –el investigado y sus dependientes económicos– van a constar en el informe preliminar.

Además de la apertura del procedimiento de investigación preliminar desde el procesamiento de la base de datos fiscales, como he dicho, la segunda alternativa es desde la existencia de denuncia de la sociedad en general o de algún órgano de prensa. Sin embargo, una actuación preventiva o a posteriori con eficiencia y eficacia requiere muchas veces una capacidad operacional, de la que no suelen disponer los órganos de control, toda vez que son muchas las formas encontradas por los corruptos para intentar desviar fondos públicos.

Así es que el control social ha sido estimulado por organismos internacionales e implementados por diversos países como una manera inteligente para combatir la corrupción, puesto que presenta un amplio alcance social y un bajo coste.

Como ejemplo, se puede destacar la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, mientras dedica el art. 13 de aquella Convención al tema de participación de la sociedad. La Convención estimula a que los Estados signatarios adopten medidas adecuadas para fomentar la

participación de personas e instituciones ajenas a la Administración en la prevención y la lucha contra la corrupción. Destaca, además, que la participación debería ser reforzada con el aumento de la transparencia, la garantía de acceso a la información pública, la realización de actividades de información pública, incluso programas de educación pública en escuelas y universidades, entre otras.

En este mismo sentido, FERNÁNDEZ AJENJO (2011) ejemplifica que los controles sociales son aquellos ejercidos por ciudadanos y por los medios de comunicación, es decir, por quien no forma parte de la Administración. Además, el autor de manera asertiva ataca la actividad política al afirmar que el control social tiene por objeto vigilar valores sociales alejados de la política, como la ética o la cultura.

Hechas las consideraciones anteriores, es oportuno decir que el órgano de control interno brasileño ofrece a la sociedad un canal propio, accesible por la *web*, para quien quiera presentar denuncias en general⁴³, que es acompañado por técnicos que las revisan y, a condición de que atiendan los requisitos mínimos de admisibilidad establecidos, puedan ser encaminadas para el área debida para que se pueda empezar un proceso de investigación preliminar.

Además del control social, es decir, aquel ejercido por las personas de manera individual o en grupo, hay otro control que suele ser de mucha utilidad para la agencia anticorrupción, que son las denuncias presentadas por la prensa en general, cuya actividad investigadora en paralelo con los órganos públicos actúa de forma más libre, sin las amarras legales y reglamentarias que se le imponen, a la vez que la libertad de prensa es un derecho irrenunciable por cualquiera sociedad moderna.

Así es que, o bien a través del canal de recibimiento de denuncias o bien a través de la prensa, las denuncias de corrupción han de ser investigadas por el órgano de control, que hace un análisis inicial y, en el caso que concluya que ellas merecen credibilidad, empieza una investigación

⁴³ El canal abierto para la sociedad está disponible en la página *web* del órgano.

preliminar, en cuanto van a ser analizados con más profundidad todos los datos que puedan llevar a formación de un juicio de que hubo enriquecimiento ilícito, incluso haciendo uso de la base de datos fiscales ahora custodiada por el órgano de control.

Así que, es importante dejar claro que esta alternativa es de mucha utilidad, puesto que su grado de asertividad es muy elevado, o sea, cuando hay una denuncia es porque hay una gran probabilidad de que se llegue a una comprobación de los hechos de corrupción. Pero ello es de baja amplitud, a la vez que las denuncias suelen ser puntuales y en pequeña cantidad.

La tercera alternativa es cuando se recibe una demanda de investigación desde otra área del propio órgano de control o de algún órgano de gobierno, que suele ser también de gran utilidad. Los órganos de control de todo país, tanto los internos como los externos, tienen sus competencias constitucionales muy bien establecidas, pues es a ellos a los que les tocan las acciones de lucha contra la corrupción. Ellos adoptan acciones de auditoría e investigación sobre el desvío de fondos públicos, actividad propia de todo el órgano de control interno, además también de acciones de carácter preventivo, estando reconocida por los expertos como la más importante actividad que pueda ser emprendida por una agencia anticorrupción, toda vez que su objetivo es el de evitar que ocurran los desvíos, o sea, actuar para que la corrupción no ocurra.

Otra vez más la afirmación anterior puede ser corroborada por las directrices de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en cuanto en su primer artículo destaca la importancia del carácter preventivo en las acciones que deben ser implementadas por los Estados partícipes de aquella Convención. En otras palabras, la finalidad perseguida por aquella Convención es la de estimular que los países adopten medidas preventivas,⁴⁴ que suelen ser más eficaces en la

⁴⁴Art. 1. La finalidad de la presente Convención es:

a) Promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción;

lucha contra la corrupción, a la vez que se busca evitar que los desvíos de fondos ocurran.

Así es que la CGU, además del área de la investigación, que está vinculada directamente a la *Secretaría-Executiva*, tiene otras cuatro grandes áreas, cuáles sean: *Auditoria*, *Corregedoria*, *Ouvidoria* e *Prevenção da Corrupção*. Cualquiera de estas áreas puede demandar alguna investigación específica, a condición de que tenga un proceso debidamente instaurado.

El área que más tiene demandas es la de *Auditoria*, a la vez que es el área responsable de la fiscalización de todos los programas de gobierno, con alcance en todo el territorio nacional y tiene la más grande cantidad de auditores a su disposición. Así es que, cuando hace una fiscalización en un programa del gobierno e identifica cualquier indicio de participación de empleado del órgano investigado, el área de investigación es demandada por la *Auditoria* para empezar un procedimiento de investigación preliminar.

Además, la CGU también recibe demandas de otros órganos de combate a la corrupción, independientemente de la esfera de poder a la cual quedan sometidos. En este sentido, la CGU ha alcanzado buenos resultados desde la realización de trabajos conjuntos con algunos órganos, como por ejemplo la Fiscalía, la Policía Federal y el Poder Judicial en general. Estos órganos, a ejemplo de otros, suelen necesitar de su apoyo para investigar la evolución patrimonial de un empleado público específico, por ejemplo, cuyo informe va a suministrar decisiones bajo su competencia. En estos casos, cuando recibe la solicitud formal, la CGU busca en sus bases de datos las informaciones necesarias para que pueda realizar una investigación con seguridad y atender la petición con eficiencia y oportunidad, contribuyendo así para que los procesos conducidos por aquellos órganos puedan ser instruidos con todas las informaciones posibles y tenga un buen éxito.

[...]

Sin embargo, aunque estos procesos no queden bajo la responsabilidad directa, pero indirectamente el órgano de control interno está cumpliendo con su competencia constitucional, a la vez que les toca a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, la integración de los sistemas de control interno de cada poder⁴⁵. Después de concluidas las pesquisas e investigaciones, se genera un informe conteniendo las informaciones solicitadas y se lo envía al órgano que lo ha solicitado, manteniendo copia de los registros para suministrar eventual apertura de un proceso de investigación preliminar interna.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, por lo tanto, la apertura de una investigación preliminar basada en cualquiera de las tres alternativas, como he dicho antes, será formalmente autorizada por la autoridad encargada del área de investigación y permitirá a los auditores que se hagan búsquedas en todas las otras bases de datos custodiadas, en sistemas del propio gobierno a las cuales los auditores tienen acceso y en fuentes abiertas, con el fin de añadir nuevas informaciones que puedan ayudar a formar juicio sobre el enriquecimiento ilícito del investigado.

Para desempeñar bien esta tarea, el órgano de control hace uso de las bases de datos internas a las cuales tiene acceso, como el registro personal de todos los empleados públicos, el registro de personas jurídicas, el registro de personas físicas, el registro nacional de vehículos, el registro de compras gubernamentales y el registro de informaciones sociales de las empresas privadas, entre otras. Además, existen fuentes abiertas en la *web* a través de las cuales podrán ser buscadas informaciones que puedan agregar datos útiles para la generación del informe final.

A manera de resumen final, desde el informe de la investigación preliminar, si no hay

⁴⁵ Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de...

[...]

indicios de enriquecimiento ilícito, el proceso deberá ser archivado con una manifestación formal del encargado del área. Sin embargo, siempre que queden comprobados los indicios, entonces el jefe encargado del área hace una manifestación formal y autoriza la apertura de un procedimiento de investigación patrimonial, cuando se podrán buscar otras fuentes de información para ayudar a formar juicio de la existencia de posible enriquecimiento ilícito del empleado público.

2. Investigación patrimonial

La investigación patrimonial para apuración conocer si hubo enriquecimiento ilícito, , empieza con la autorización formal del jefe del área de investigación, basada en el informe de investigación preliminar en dónde quedó claro la formación de un juicio técnico sobre la existencia de indicios de que el crecimiento patrimonial del investigado no se corresponde f con sus ingresos financieros lícitos.

Así es que, teniendo en cuenta el informe preliminar, el objetivo de informe patrimonial es agregar nuevas informaciones patrimoniales de los investigados, sabiendo que algunas informaciones solo pueden ser requeridas a condición de que se haga un procedimiento de investigación instaurado, como es el caso de la investigación patrimonial.

En el sentido de las consideraciones anteriores, es oportuno destacar aquí las competencias que tiene la CGU para llevar a cabo las investigaciones y pesquisas comentadas, con el fin de evaluar el enriquecimiento ilícito del empleado público.

Según el Decreto 8109/2013, de 17 de septiembre, que aprobó la estructura regimental de la CGU, en su Anexo I, art. 8^o⁴⁶, están relacionadas las competencias de la *Diretoria de Pesquisas e*

⁴⁶Art. 8o À Diretoria de Pesquisas e Informações Estratégicas compete:

[...]

VIII - proceder ao exame sistemático das declarações de bens e renda dos servidores públicos federais, e

Informações Estratégicas, entre las cuáles destaco las de los apartados VIII y IX, donde queda claro que la CGU puede promover al examen sistemático de las declaraciones de bienes y rentas de los empleados públicos federales, además de constatar los indicios de evolución patrimonial, sin causa, y el procedimiento de pesquisa e investigación preliminar para descubrir el eventual enriquecimiento ilícito.

Así es que, con la regular instauración del procedimiento, el control interno puede acceder a otras bases de datos y puede requerir a otros órganos e instituciones informaciones que se crean necesarias para ayudar en la formación del juicio –ahora más complejo, toda vez que existen más informaciones agregadas– sobre el enriquecimiento ilícito.

Un ejemplo muy bueno de informaciones que son agregadas en esta fase, es el resultado de pesquisas e investigaciones realizadas junto a los notarios sobre los registros de adquisiciones de inmuebles en nombre de los investigados. En principio, todos los bienes del empleado público y sus dependientes económicos deberán estar registrados en sus declaraciones de renta, de acuerdo con la legislación fiscal vigente a la época de la declaración. Así es que, si en las pesquisas de bienes inmuebles, a ejemplo de lo que ocurre con otros bienes patrimoniales que suelen constar en las declaraciones de renta entregadas al fisco, apareciera algún bien que no figuren aquellas declaraciones, por sí solo ya es un fuerte indicio de que existen otras fuentes de recursos no declaradas, que podrán venir exactamente de la corrupción.

En el marco de las observaciones anteriores tenemos que, cruzando los datos de las

instaurar, quando verificados indícios de evolução patrimonial sem causa, procedimento de investigação preliminar para apurar eventual enriquecimento ilícito;

IX - acompanhar e analisar a evolução patrimonial dos agentes públicos do Poder Executivo federal, na forma do Decreto nº 5.483, de 30 de junho de 2005;

[...]

diversas bases, el auditor puede identificar que el inmueble en dónde vive el investigado no está registrado como siendo de su propiedad o de sus dependientes, por ejemplo. En este caso, sería necesario que contase en sus declaraciones el pago del alquiler, por lo menos. Es decir, hace falta que el investigado no pague alquiler de un inmueble en dónde vive no siendo de su propiedad o de sus dependientes. Eso puede significar que él vive en un inmueble que queda registrado en nombre de un testaferro.

En este mismo orden y dirección, otras informaciones disponibles para el auditor –aunque solamente de forma agregada– son aquellas referentes a los gastos con tarjeta de crédito y a los movimientos financieros en bancos. Desde estas informaciones se pueden hacer cálculos para que se identifique si los movimientos financieros están muy por encima de la capacidad económica de los investigados. Si ocurre esto, puede que exista algún soborno, algún pago indirecto a los investigados, o bien una empresa deposita los recursos en sus cuentas en bancos o bien las facturas de sus tarjetas de crédito pueden estar siendo pagadas por aquellas empresas.

En ese mismo sentido, un ejemplo muy emblemático de indicios de corrupción es cuando se identifican viajes internacionales por búsquedas en el control de inmigración de la policía de frontera, toda vez que quedan registradas por la policía federal las salidas del país en función de viajes realizados por los investigados, con excepción de aquellas para las cuales el pasaporte no hace falta. Por ejemplo, para los brasileños que viajan a los destinos de América del Sur no es necesario presentar el pasaporte y por lo tanto estos viajes no quedan registrados.

Ante la situación planteada, en la que las informaciones de viajes no constaren en las declaraciones de renta, el auditor puede tratar de identificar gastos con las tarjetas de crédito en los períodos coincidentes. Si no fuera posible identificar alguna factura en dónde puedan constar aquellos tipos de gastos, es posible que el investigado haya pagado los gastos con dinero en metálico, que sería un gran indicio de la existencia de recursos financieros no declarados, claro ejemplo de cuando

el soborno es pagado en efectivo al empleado público.

Aquí resulta oportuno indicar que existen otros tipos de datos que, aunque consten en las declaraciones de renta, su existencia ya indica la probabilidad de indicios de corrupción, a la vez que algunos tipos de ganancias realizadas son de difícil comprobación por parte del control interno. Ejemplo muy común de eso es cuando existen operaciones involucrando obras de arte, ganado, filatelia, y principalmente, cuando el empleado declara que mantiene recursos financieros en efectivo guardados en su casa. Estos tipos de operaciones, cuando involucran gran cantidad de dinero, son atípicas para una persona que suele tener como su dedicación profesional más importante la de empleado público.

El ejemplo anteriormente descrito, analizado de manera aislada, no es suficiente, para que se pueda afirmar que el empleado pueda estar involucrado en la corrupción, pero requiere por parte del auditor un análisis más profundo. Por ejemplo, si un investigado declaró que recibió en un determinado período sueldos de €\$100 mil, pero que ha obtenido ganancias con operaciones atípicas en volumen superior, es el momento de preguntar: ¿Por qué el empleado no va a dedicarse exclusivamente a las actividades atípicas, toda vez que ellas posibilitan ganancias más grandes que sus sueldos?

Por las consideraciones anteriores y después de analizar todas las informaciones y de realizar todos los cruces de datos disponibles, si el auditor queda convencido de que existen fuertes indicios de enriquecimiento ilícito, generará un informe patrimonial, donde quede expreso la manifestación de todos los responsables por el análisis –auditor y jefes responsables por el área de investigación– de manera que pueda ser la base para la toma de una importante decisión.

Sin embargo, me toca proponer un importante cambio en la legislación brasileña que trata

del tema de enriquecimiento ilícito. La legislación actual ya prevé la adopción de medidas cautelares⁴⁷ que tienen por objetivo garantizar que los bienes adquiridos con dinero de origen ilícito no sean alienados para terceros de buena fe o incluso para personas involucradas con los investigados.

En general, la petición de bloqueo de los bienes de los investigados suele ocurrir solamente al final del procedimiento administrativo disciplinario, es decir, cuando la medida va a ser adoptada ya ha pasado un tiempo suficiente para que los investigados hayan intentado de alguna forma transferir a terceros aquellos bienes identificados durante la fase de investigación preliminar. O sea, los bienes que podrían resarcir los daños al Erario pueden haber sido negociados antes del final del procedimiento disciplinario, dificultando su arresto por la Administración. Por lo tanto, hay que buscar una forma de garantizar que aquellos bienes identificados no sean transferidos a terceros.

En este orden de ideas se puede citar a KREBS (2011)⁴⁸, cuando trata de la percepción de la corrupción alrededor del mundo, analizando datos de la Transparencia Internacional. Este autor demuestra que los números comprueban la magnitud de los beneficios de la corrupción, que se retroalimenta y se hace más fuerte, además de afirmar que la única manera de combatirla es a través del embargo de los bienes adquiridos ilícitamente y promover la recuperación de aquellos activos. Destaca que las medidas cautelares de embargo preventivo o incautación de bienes son esenciales para la realización del decomiso, sin las cuáles ello sería imposible. En fin, concluye que, para garantizar el decomiso de los bienes, el embargo debe ser hecho a lo largo de la investigación. En

⁴⁷La propia Ley 8429/92, cuando trata del procedimiento administrativo, da un ejemplo de medida cautelar a ser adoptada durante la investigación instaurada para evaluar eventual hecho de improbidad, destacando en el § 2º del art. 16 que puede ser requerido al juez competente el bloqueo de bienes del investigado – vide el Anexo I

⁴⁸ El estudio fue objeto de una disertación para conclusión del Máster de Corrupción y Estado de Derecho, promovido por la Universidad de Salamanca, en el año de 2011.

realidad, la propuesta del autor es todavía más conservadora, toda vez que defiende el embargo antes mismo de la conclusión de la investigación preliminar.

Hechas las consideraciones anteriores, lo que propongo ahora es una anticipación de la medida cautelar para la fase inicial de la apertura del procedimiento administrativo disciplinario reglamentado en la Ley 8112/90, por lo tanto, se debe realizar dicha medida, antes de que el empleado sepa que va a ser objeto de un procedimiento disciplinario. El objetivo es tan sólo garantizar el embargo preventivo de los bienes y la medida cautelar sería válida hasta que el proceso llegara al final, cuando entonces debería ser revisada para que se adoptas en las medidas definitivas.

Así es que, al final de las investigaciones preliminar y patrimonial, a condición de que haya un pleno convencimiento de que quedaran presentes los indicios de enriquecimiento ilícito, el informe patrimonial debe ser enviado al Corregidor, para la apertura de un procedimiento administrativo y adopción de las medidas adecuadas, proponiendo también, como primer medida, el bloqueo de los bienes identificados como de origen ilícito.

Sin embargo, creo que es necesario una aclaración importante en relación a la Ley 8112/90, conocida como la "Ley del Empleado Público Brasileño". Aquella Ley, aunque esté ya aceptada por la comunidad del Derecho brasileño, con la llegada de la Ley 8429/92, que es la Ley de Improbidad Administrativa, muchas definiciones de una quedaran haciendo referencia a directrices dispuestas en la otra, o sea, no se puede conocer todo lo que trata de enriquecimiento ilícito sin analizar las dos Leyes en conjunto. Esto puede traer confusión a los aplicadores del Derecho, a la vez que las dos fueron publicadas en momentos distintos.

Además, existen también otras leyes que suelen tratar del tema de lucha contra la

corrupción que están dispersas en nuestra legislación⁴⁹. Así es que creo ser necesario una revisión de toda la legislación brasileña que pueda tratar del tema ‘corrupción’ e intentar crear una especie de Código Anticorrupción⁵⁰, donde quedarían reunidas todas las directrices sobre el tema, de manera más organizada y clara.

El Estatuto Anticorrupción de Colombia establece directrices para toda la sociedad, a la vez que trata tanto de la corrupción pública como de la corrupción privada, pero con especial dedicación para los empleados públicos, además de incluir medidas penales en la lucha contra la corrupción para prevenir e incentivar la intolerancia hacia la corrupción. Ello todavía aumenta los términos de prescripción para las investigaciones de los delitos de corrupción y en los procesos fiscales y disciplinarios, sanciona el tráfico de influencias de particulares y el cohecho transnacional, que produce distorsión en la competencia del comercio internacional. Además, ello refuerza la importancia de los órganos de control mientras se fortalecen los procedimientos junto con las instancias judiciales para facilitar el avance de las investigaciones.

En un artículo dónde aborda este tema, PÉREZ CEPEDA (2012) comenta los puntos claves del Estatuto⁵¹, entre los cuáles destaco la prohibición para quién financie campañas políticas

⁴⁹ Además de las Leyes 8112/90 y 8429/92, tenemos aún: la Ley 5172/1966, que es Código Tributario Nacional, en dónde está reglamentado el sigilo fiscal; la Ley Complementar 105/2001, que trata del sigilo bancario; la Ley 9613/98, que trata del lavado de dinero; y la Ley 12846/2013, que trata de imponer la responsabilidad civil y administrativa a las personas jurídicas por la práctica de hechos en contra la Administración pública. Esto sólo para citar algunas.

⁵⁰ Como referencia para la creación de un Código Anticorrupción, podríamos tener en cuenta el modelo colombiano, en cuanto fue aprobado el Estatuto Anticorrupción, a través de la Ley 1474, de 12/07/2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública de aquél país.

⁵¹ El artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación SA033A101, financiado por la Junta de Castilla y León.

de ser contratista del Estado, por el período para el cual haya sido elegido el candidato, siempre que el apoyador haya contribuido con aportes superiores al dos puntos cinco por ciento (2,5%) de las sumas máximas invertidas por el candidato.

Esto es sólo un ejemplo de una directriz que puede ser adoptada en un Código Anticorrupción Brasileño, además de varias otras que forman parte del modelo colombiano. Al final de este trabajo volveremos al tema.

Después de las consideraciones anteriores, el informe de la investigación patrimonial generado, donde conste la proposición del embargo preventivo o bloqueo de los bienes identificados como de origen ilícito, deberá ser enviado al Corregidor para que sea iniciado el correspondiente procedimiento administrativo disciplinario.

3. Proceso Administrativo Disciplinario

Al recibir el informe patrimonial con la propuesta de bloqueo de los bienes, el Corregidor tendría total independencia para decidir y, si quedara convencido de que estarían presentes los indicios de enriquecimiento ilícito, como medida previa a la apertura del procedimiento administrativo le enviaría una solicitud formal para la AGU, para que aquél órgano pudiera solicitar en la justicia una medida cautelar de bloqueo de los bienes indicados. Creo necesario que el pedido sea a través de la AGU, a la vez que el *juspostulandi*, del Estado brasileño es de competencia exclusiva de aquél órgano, de acuerdo con el art. 131 de nuestra Constitución Federal⁵².

Dadas las condiciones que anteceden y desde la confirmación de la instauración del

⁵² Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

proceso judicial con el pedido del bloqueo de los bienes, el Corregidor empezaría entonces el regular proceso administrativo, teniendo en cuenta lo que está establecido en la Ley 8.112/90⁵³. El procedimiento administrativo está muy bien aclarado en la Ley y ya está consolidado y aceptado por el Poder Judicial, aunque la legislación pueda ser revisada y actualizada, como veremos más adelante.

Resulta oportuno aclarar que la Ley 8429/92, que reglamenta el enriquecimiento ilícito en Brasil, dice en su Capítulo V, art. 14⁵⁴, que trata del procedimiento administrativo, que cualquiera persona podrá representar a la autoridad administrativa que tiene la competencia debida para que sea instaurada la investigación con el fin de investigar la práctica de acto de improbidad. Además, añade en su § 3º que, a condición de que sean atendidos los requisitos de la representación, la autoridad determinará la inmediata investigación de los hechos que, en caso de involucrar empleados públicos federales, serán apurados en la forma prevista en la Ley 8112/90. Así es que la Ley de Improbidad se refiere a la Ley del Empleado Público cuando trata del modelo de procedimiento administrativo a ser seguido. Por lo tanto, voy desde ahora a mantener la atención en la Ley 8112/90.

El procedimiento administrativo al ser abierto por el Corregidor tiene dos etapas muy distintas previstas en la Ley. El artículo 143⁵⁵ de la Ley 8112/90 dice que la autoridad que tuviere conocimiento de alguna irregularidad en la Administración queda obligada a promover su apertura inmediata, a través de una investigación o del Proceso Administrativo Disciplinario (PAD), garantizando al investigado su amplia defensa. Además, también queda caracterizado que el

⁵³ La Ley 8.112, de 11 de diciembre de 1990, dispone de todo el Título IV para tratar del régimen disciplinario, compuesto desde los artículos 143 hasta 182.

⁵⁴ Artículo 14 de la Ley 8429/1992 – vide Anexo I

⁵⁵ Lei 8112/90 - Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

procedimiento puede empezar con una investigación o iniciarse directamente por el PAD.

De forma complementaria, el art. 145 de la Ley 8112/90⁵⁶ dice que de la investigación podrá determinar el archivamiento del proceso o la instauración de proceso disciplinario. Solamente a título de aclaración, queda claro que la opción de aplicación de una penalidad de advertencia o suspensión por hasta 30 (treinta) días, como está previsto en el apartado II del artículo, no se aplica en el caso de enriquecimiento ilícito, por lo que no será considerado para los presentes planteamientos.

Hecha la observación anterior, aquí me toca hacer otra propuesta de cambio en la Ley 8112/90, a la vez que fue publicada antes de la publicación de la Ley 8429/92 y es aplicable a todos los casos de infracción funcional de menor gravedad. Es que, para los casos de enriquecimiento ilícito, como el área de investigación ya ha hecho una investigación preliminar, creo necesario dejar claro que el Corregidor puede irse directo para la etapa del PAD sin que sea necesario repetir todo el proceso de investigación. Sin embargo, así mismo la medida cautelar de bloqueo de bienes antes del inicio del proceso no ataca el derecho fundamental de amplia defensa, a la vez que eso está garantizado en todas las fases del PAD.

En efecto, de acuerdo con el art. 151 de la Ley 8112/90⁵⁷, el PAD se desarrolla en tres

⁵⁶ Art. 145. Da sindicância poderá resultar:

I arquivamento do processo;

II aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 (trinta) dias;

III instauração de processo disciplinar.

⁵⁷ Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases:

I instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão;

II inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório;

III julgamento.

fases distintas: a) la instauración del proceso, desde la publicación del acto administrativo que formar la comisión que va a conducir el PAD; b) la investigación, que comprende la instrucción, la defensa y el informe; y c) el juzgamiento por parte de la autoridad administrativa.

En referencia a la clasificación anterior así es que, todavía de una manera más amplia, queda claro la garantía del principio del contradictorio y garantizada al investigado la amplia defensa –un refuerzo al que fue dicho antes– desde la utilización de todos los medios admitidos en el Derecho, de acuerdo con el art. 153 de la Ley 8112/90⁵⁸. Además, a lo largo de todo el procedimiento, garantizado por la Ley, el investigado puede presentar pruebas y testimonios con el fin de promover su defensa, incluso con el apoyo de un abogado, de acuerdo con el art. 156⁵⁹

De acuerdo con los razonamientos expuestos, al final del procedimiento administrativo disciplinario, analizando las informaciones que forman parte del proceso y teniendo en cuenta las pruebas producidas por la acusación y por la defensa, la autoridad competente deberá hacer su enjuiciamiento, siendo este considerado válido en la esfera administrativa, cuya decisión deberá ser una de las siguientes opciones: a) si la autoridad queda convencida de que las pruebas presentadas no son suficientes para caracterizar las infracciones por las cuales el investigado fue acusado, solo puede decidir el archivamiento del proceso y solicitar en la justicia, a través de la AGU, el desbloqueo de los bienes que han sido bloqueados al inicio del procedimiento; o b) si las pruebas presentadas son suficientes para caracterizar las infracciones, le toca a la autoridad aplicar las penas administrativas coherentes, vinculándose al informe final producido por la comisión responsable por la conducción

⁵⁸ Art. 153. O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito.

⁵⁹ Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

del procedimiento, salvo si el informe se posicionara en contra de las pruebas producidas. En este caso, el Corregidor puede adoptar medidas distintas de las propuestas por la comisión responsable, a condición de que el acto administrativo que se posicione en contra sea claro en relación a los motivos de su discordancia.

Resulta oportuno aquí volver a la Ley 8429/92 para entender cuál sería la pena adecuada, a la vez que allí están relacionados los delitos de improbidad administrativa, según sus arts. 9⁶⁰, 10⁶¹ y 11⁶².

El artículo 9° trata dos actos de improbidad administrativa que implican el enriquecimiento ilícito mientras el empleado recibe cualquier tipo de ventaja patrimonial indebida en razón del ejercicio del cargo, mandato, función, empleo o actividad en las entidades relacionadas en el art. 1° de la Ley y, por lo tanto, los apartados de I a XII detallan las situaciones en las cuáles puede ser encuadrado el investigado, en especial las situaciones de recibimiento de ventajas económicas, en efectivo o en inmuebles, de cualquier naturaleza.

De otra parte, el artículo 10 trata dos actos de improbidad administrativa que causan perjuicios al erario por acción u omisión, dolosa o culposa, que implique pérdida patrimonial, desvío, apropiación o dilapidación de los bienes o haberes de las entidades relacionadas en el art. 1° de la Ley y, por tanto, los apartados I a XXI detallan las situaciones en las cuáles el empleado público favorece que terceros puedan recibir ventajas económicas en detrimento de la Administración pública.

Por otra parte, el artículo 11 trata dos actos de improbidad administrativa que atacan los principios de la Administración pública y, por tanto, los apartados I a IX detallan las situaciones en

⁶⁰ Artículo 9° de la Ley 8429/1992 – vide Anexo I

⁶¹ Artículo 10 de la Ley 8429/1992 – vide Anexo I

⁶² Artículo 11 de la Ley 8429/1992 – vide Anexo I

las cuales el empleado público practica actos que atacan los principios de la Administración pública.

Hechas las consideraciones anteriores y además de conocer cuáles son las situaciones de encuadramiento del empleado en hechos de improbidad administrativa, tenemos que conocer ahora cuales son las penas aplicables a cada una de las situaciones relacionadas en los arts. 9º, 10 y 11 de la Ley 8429/92.

Precisando de una vez, es que el art. 12⁶³ de la Ley 8429/92 relaciona las penas administrativas –desde que sus apartados I, II y III– que se imponen al sujeto responsable por el hecho de improbidad, independientemente de otras sanciones penales, civiles y administrativas previstas en otra legislación específica. Además, las sanciones relacionadas pueden ser aplicadas aisladas o acumuladas.

En el caso de encuadramiento del empleado en el art. 9º, las penas relacionadas en el apartado I son: a) la pérdida de los bienes o valores añadidos ilícitamente al patrimonio; b) el resarcimiento integral del daño, cuando haber; c) la pérdida de la función pública; d) la suspensión de los derechos políticos desde ocho hasta diez años; e) el pago de multa civil de hasta tres veces el valor del patrimonio añadido; y f) la prohibición de contratar con el poder público o recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios, directa o indirectamente, a través de persona jurídica de la cual sea socio mayoritario, por el plazo de diez años.

En resumen, estas son las sanciones más graves y objeto de este estudio, mientras dicen respecto al delito de enriquecimiento ilícito, en cuanto las demás se relacionan con hechos de improbidad pero en que no ha sido comprobado el enriquecimiento ilícito. Más adelante hay una comparación de las sanciones para cada caso.

Cabe agregar que en el párrafo único del art. 12 hay una directriz para la fijación de la

⁶³ Artículo 12 de la Ley 8429/1992 – vide Anexo I

pena por el juez, que deberá tener en cuenta la extensión del daño causado, así como el provecho obtenido por el agente. Es decir, de manera expresa el legislador dijo que el juez deberá observar el principio de la razonabilidad y de la proporcionalidad al fijar las sanciones.

CUADRO II
Comparación de las sanciones aplicables en casos de Improbidad Administrativa
Ley 8429/92

SANCIONES de acuerdo con el art. 12 de la Ley 8429/92) BIEN JURÍDICO AFECTADO	ENCUADRAMIENTO		
	Artículo 9° - actos de improbidad – resultan en enriquecimiento ilícito del empleado	Art. 10 – actos de improbidad – resultan en perjuicios al erario	Art. 11 – actos improbidad – atacan los principios de la Administración pública
Bienes o valores	Pérdida de los bienes o valores añadidos ilícitamente al patrimonio;	Pérdida de los bienes o valores añadidos ilícitamente al patrimonio;	No se aplica
Daño	Resarcimiento integral	Resarcimiento integral	Resarcimiento integral
Función pública	Pérdida	Pérdida	Pérdida
Derechos políticos	Suspensión desde 8 hasta 10 años	Suspensión desde 5 hasta 8 años	Suspensión desde 3 hasta 5 años
Multa (civil)	Pagamento de hasta 3 veces el valor del patrimonio añadido	Pagamento de hasta 2 veces el valor del daño	Pagamento de hasta 100 veces el valor del sueldo recibido por el agente
Contratar con la Administración	Prohibición de contratar o recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios, directa o indirectamente, aún que a través de persona jurídica de la cual sea socio mayoritario, por el plazo de 10 años.	Prohibición de contratar o recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios, directa o indirectamente, aún que a través de persona jurídica de la cual sea socio mayoritario, por el plazo de 5 años.	Prohibición de contratar o recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios, directa o indirectamente, aún que a través de persona jurídica de la cual sea socio mayoritario, por el plazo de 3 años.

Hechas las consideraciones anteriores, desde el análisis del Cuadro II, se puede inferir

que el legislador ha definido por aplicar las mismas sanciones⁶⁴ a todos los casos encuadrados en el delito de improbidad administrativa. Las diferencias dicen respeto tan sólo a la graduación de la sanción en relación a la gravedad del delito identificado.

En efecto, ahora que hemos entendido cuáles son las sanciones para los casos de improbidad administrativa, volveremos a la Ley del Empleado Público para entender que, en el caso del PAD haber concluido que quedó caracterizado el delito de enriquecimiento ilícito, relacionado como crimen de improbidad administrativa, la pena administrativa sólo puede ser la de dimisión del empleado público, si él ocupa un cargo efectivo, o de destitución para el caso de cargo de confianza, segundo el art. 132 de la Ley 8112/90⁶⁵

Aquí resulta oportuno abrir otro paréntesis para explicar las diferencias entre las dos leyes, principalmente en cuanto se trata de la autoridad competente para aplicar las sanciones. En este propósito, como he dicho antes, el art. 12⁶⁶ de la Ley 8429/92 destaca que las sanciones allí previstas son independientes de otras que pueden ser aplicadas en función de alguna legislación específica.

Hecha la observación anterior, así es que las sanciones previstas en la Ley 8429/92 son de competencia de un juez, aunque todo el proceso administrativo disciplinario haya sido conducido por la autoridad administrativa, teniendo por base el proceso definido en la Ley 8112/90.

Sin embargo, en la Ley 8112/90, la competencia para sancionar con el despido es de la

⁶⁴ La excepción está en relación al art. 11. Es que en esto caso no hubo bienes o valores añadidos al patrimonio.

⁶⁵ Lei 8112/90 - Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

[...]

IV - improbidade administrativa;

⁶⁶ Artículo 12 de la Ley 8429/1992 – vide Anexo I

autoridad administrativa, de acuerdo con el art. 167⁶⁷. En el § 3º de aquel artículo está previsto que si la sanción fuera la dimisión o casación de la jubilación, el juzgamiento correspondería a una autoridad administrativa, refiriéndose a las autoridades relacionadas en el art. 141, quedando claro en el apartado I, que la competencia para dimisión de un empleado público federal, vinculado al poder ejecutivo es del Presidente de la República⁶⁸. Además, hay una delegación de esta competencia para el Jefe del órgano de control interno.

Se observa claramente que, por esta superposición de competencias, el procedimiento sigue confuso, a la vez que la autoridad administrativa tiene competencia para hacer la dimisión del empleado, solamente, mientras en la esfera judicial se puede proponer otras sanciones, además de la dimisión, conforme se puede ver en el Cuadro I. Es decir, se aplica una sanción administrativa teniendo en cuenta la Ley 8112/90 y se propone a la justicia la aplicación de las demás sanciones previstas en la Ley 8429/92. Por lo tanto, cabe de nuevo reforzar la necesidad de hacer una revisión en la legislación comentada, con el fin de unificarse las competencias y dejar que el proceso sea más transparente y confiable para la sociedad.

En ese mismo sentido, resulta oportuno indicar lo que el art. 171 de la Ley 8112/90 dice: cuando la infracción apurada estuviera tipificada como crimen, el proceso disciplinar deberá ser

⁶⁷ Lei 8112/90 - Art. 167. No prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão.

[...]

§ 3º Se a penalidade prevista for a demissão ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade, o julgamento caberá às autoridades de que trata o inciso I do art. 141.

⁶⁸ Lei 8112/90 - Art. 141. As penalidades disciplinares serão aplicadas:

I - pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, quando se tratar de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidor vinculado ao respectivo Poder, órgão, ou entidade.

enviado a la Fiscalía para la instauración del proceso penal debido⁶⁹.

Hechas las consideraciones anteriores, cabe decir, que actualmente el enriquecimiento ilícito no está tipificado en nuestro Código Penal. Es decir, aunque las sanciones previstas en la Ley 8429/92 sean de competencia de un juez, en el caso del empleado que esté siendo juzgado por enriquecimiento ilícito, no podrá ser llevado a la cárcel, toda vez que haría falta la tipificación penal.

A lo largo de los planteamientos hechos, esa es la justificación adecuada para que la legislación brasileña sea cambiada para que se introduzca en nuestro Código Penal la previsión de sanción para aquél tipo de crimen, llevando a Brasil a cumplir con la directriz de la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Es decir, la tipificación del enriquecimiento ilícito serviría para inhibir otros casos de corrupción, a la vez que a sabiendas de que podría ser llevado a la cárcel pudiera frenar las actitudes corruptas del empleado público.

En resumen, esta fase empieza con la petición a la justicia del bloqueo de los bienes del investigado que tengan origen ilícito, sigue con el Proceso Administrativo Disciplinario y su juzgamiento por la autoridad administrativa, a quién cabe decidir por la dimisión del empleado involucrado, de acuerdo con la Ley 8112/90. Además, el Corregidor envía el proceso a la AGU para que si pueda someter a la justicia el pedido de aplicación de las sanciones previstas en la Ley 8429/92, incluso el decomiso de los bienes ya bloqueados y, finalmente, el proceso también es enviado por el Corregidor a la Fiscalía, a quién tocaría someter a la justicia la aplicación de las sanciones penales.

4. Proposición del decomiso de los bienes y del proceso penal

En el orden de las ideas anteriores, la AGU haría pedido a la justicia para el bloqueo de los bienes del empleado público bajo investigación, basado en un informe de investigación

⁶⁹ Lei 8112/90 - Art. 171. Quando a infração estiver capitulada como crime, o processo disciplinar será remetido ao Ministério Público para instauração da ação penal, ficando trasladado na repartição.

patrimonial en donde quedaron registrados los indicios de enriquecimiento ilícito evaluados por el área propia del órgano de control interno y corroborados por el Corregidor.

En este mismo orden y dirección, después de concluido el procedimiento administrativo, la autoridad competente juzgaría el PAD y adoptaría las acciones bajo su competencia, entre ellas la decisión de hacer el despido del investigado y el envío del proceso para la AGU para la proposición a la justicia para la aplicación de las demás sanciones legales previstas.

Las sanciones previstas para el delito de enriquecimiento ilícito, objeto del estudio, son aquellas relacionadas en el artículo 12 –apartado I– de la Ley 8429/92, conforme ya hemos aclarado anteriormente. Entre aquellas sanciones, aquí resulta oportuno indicar, que no hace falta proponer a la justicia el despido del empleado público, toda vez que esa sanción ya fue aplicada por la autoridad administrativa basada en la Ley 8112/90. En este caso, cabría a la AGU tan sólo proponer la ratificación de la decisión de despido adoptada por la autoridad administrativa.

Sin embargo, entre las demás sanciones aplicables por la justicia algunas quedan muy claras y ya pueden constar del proceso enviado por el órgano de control debidamente valorados, cuáles sean: a) el resarcimiento integral del daño, cuando tenga sido cuantificado; b) la suspensión de los derechos políticos desde 8 hasta 10 años; c) el pago de una multa civil de hasta 3 veces el valor de los bienes de origen ilícito añadido al patrimonio; y d) la prohibición de contratar con la Administración pública o recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios, directa o indirectamente, aún que a través de persona jurídica de la cual sea socio mayoritario, por el plazo de 10 años. Se observa claramente, una vez más, que aquellas sanciones son objetivas y ya deben constar en el proceso enviado a la AGU.

Hechas las consideraciones anteriores, es necesario aclarar que hay una sanción prevista en aquel mismo apartado I del art. 12 de la Ley 8429/92 para la cual la AGU necesita incluir entre las sanciones arriba relacionadas. Precisando de una vez, se hace necesario proponer todavía la pérdida

de los bienes o valores añadidos ilícitamente al patrimonio. Haciéndose una comparación con la legislación de España, la pérdida de bienes es equivalente a la aplicación del procedimiento de decomiso.

En ese sentido, después de lo anterior expuesto, tenemos que el decomiso o confiscación, según CONGIL DÍEZ (2011)⁷⁰, “consiste en la privación definitiva de un bien o derecho padecida por su titular y derivada de su vinculación con un hecho antijurídico. Esta privación y desplazamiento de la titularidad del bien o derecho que pasa a ser titularidad del Estado, se justifica en nuestro ordenamiento jurídico penal por la comisión de un delito o falta”. Es importante aclarar que la autora hace referencia a la legislación española mientras comenta del ordenamiento jurídico penal.

En la legislación brasileña esta sanción está reglamentada en el Código Penal, art. 91, apartado II, que aclara que es efecto de la condena, la pérdida en favor de la Unión, excepto el derecho de la persona engañada o de tercero de buena fe, del producto del crimen o de cualquier bien o valor que constituya provecho recibido por el agente con la práctica del hecho criminal⁷¹.

En efecto, la medida cautelar de bloqueo de los bienes del investigado adoptada antes del comienzo del procedimiento disciplinario, es que va a garantizar que las sanciones de carácter financieras propuestas a la justicia –de acuerdo con en el apartado I del art. 12 de la Ley 8429/92–

⁷⁰ La autora es Magistrada de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cantabria y actualmente con destino en un Juzgado de lo Penal nº 4 de Santander

⁷¹Art. 91 - São efeitos da condenação:

[...]

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

[...]

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

sean factibles, es decir, que en realidad el Erario pueda ser resarcido por los perjuicios causados por el agente público corrupto.

De otra parte, teniendo en cuenta la competencia de la Fiscalía para evaluar la ocurrencia de algún crimen tipificado en nuestra legislación, el Corregidor deberá enviar copia del procedimiento administrativo disciplinario para que aquel órgano pueda adoptar las acciones que juzgue adecuadas.

Como consecuencia, podrá la fiscalía proponer una sanción de restricción de libertad por el enriquecimiento ilícito evaluado en el procedimiento disciplinario, a condición de que el cambio en la legislación haya sido aprobado, como he propuesto. Sin embargo, a criterio de aquel órgano y a condición de que esté convencido de algún otro crimen cometido por el agente público, podrá aún la Fiscalía proponer otra sanción penal prevista en la legislación.

En resumen, después de la constatación del crimen de enriquecimiento ilícito evaluado por el órgano de control interno, corroborado por el Corregidor, aceptado por la Abogacía de la Unión y por la Fiscalía, las sanciones aplicadas por la Administración y por la justicia, sean las que sean de carácter financiero o de restricción de libertad, servirán como herramientas de persecución al crimen de corrupción.

5. El monitoreo de los resultados

A lo largo de los planteamientos hechos, creo que es oportuno destacar que este proceso debe merecer toda la transparencia posible, como he afirmado antes, de suerte que la sociedad perciba que, en primer lugar, la lucha contra la corrupción no es solo una cuestión de retórica, sino que hay una política pública con el objetivo claro de combatirla. En efecto, solo el cambio en la legislación, como he propuesto, con el fin de poder compartir la base de datos y la actuación integrada de los órganos y entidades, seguro que son más que señales para todos que hay voluntad política y total disposición para luchar contra la corrupción.

De otra parte, es necesario que los ciudadanos en general, en especial los aplicadores del

Derecho, sepan que existe un regular proceso de evaluación de enriquecimiento ilícito y lo conozcan en profundidad, cómo se desarrolla y cuáles son las sanciones a las que todos estamos sometidos, a la vez que tan solo el conocimiento de que es posible la aplicación de una sanción de restricción de la libertad, debería, de alguna manera, inhibir a la ocurrencia de hechos de corrupción, como suele ser uno de los objetivos del Derecho Penal.

En efecto, interpretar la eficacia del Derecho Penal solamente por las estadísticas de la cantidad de causas pendientes, por la falta de medios de trabajo o por el tiempo que se tarda para la publicación de la sentencia, no suele ser la única alternativa, como defiende ARÓSTEGUI MORENO (2009). El autor afirma que hay una labor interpretativa cuando el Derecho Penal gana en eficacia como herramienta más adecuada en cuanto establece normas o reglas para los ciudadanos.

En este mismo sentido, hay un autor (BECCARIA, 1985) considerado un clásico del Derecho Penal, que defiende que el principal fin de toda buena legislación penal debe ser prevenir y no solo castigar los delitos. En su obra señala: “Y, sin embargo, ésta es la quimera de los limitados hombres, cuando tienen el poder en la mano. Prohibir una multitud de acciones indiferentes no es prevenir los delitos que de ellas pueden nacer, sino crear otros nuevos: es definir caprichosamente la virtud y el vicio, que nos han sido predicados como eternos e inmutables.”

En tercer lugar, es esencial que el gobierno, a través de sus órganos involucrados en esta actividad, haga con la regularidad necesaria su rendición de cuentas, de manera que la sociedad pueda conocer y acompañar los resultados alcanzados, manifestarse sobre la actuación de los órganos públicos, evaluar y juzgar si efectivamente la legislación se ha cumplido o ha sido eficaz.

En los marcos de las observaciones anteriores, algunas medidas han de ser adoptadas por el órgano de control interno para atender al anhelo de la sociedad. Es esencial, por lo tanto, la creación e implementación de instrumentos de monitoreo y control, que sean de fácil entendimiento por el conjunto de la sociedad y que tengan un acceso garantizado a todos por todos los canales

posibles.

Para empezar, es necesario reforzar lo que he dicho anteriormente sobre la necesaria revisión periódica de las reglas y parámetros de evaluación patrimonial, de manera que queden siempre de acuerdo con la realidad legal y económica del país, además de los resultados alcanzados, sometiéndolas todavía al conocimiento y la aprobación de *Conselho de Transparência e Combate à Corrupção (CTPCC)* y, muy importante, dando conocimiento a la sociedad de la existencia de un severo control de esta actividad.

Por otra parte, han de ser creados indicadores de eficiencia y eficacia de la actuación del gobierno en la lucha contra la corrupción, cuando cada órgano publique en su página *web* un conjunto de informaciones que pueden interesar a la sociedad, al igual que a ejemplo del portal de la transparencia, página que es mantenida por la CGU⁷². Allí ya se puede encontrar algunas informaciones e indicadores que sirven al propósito planteado. Sin embargo, además de que los indicadores que ya existen puedan ser revisados y actualizados, otros pueden ser creados y añadidos en la *web*, para atender a las demandas de la sociedad.

En este orden de ideas, el órgano de control puede hacer publicar los datos estadísticos sobre los procesos de pesquisas e investigaciones que están en trámite, como por ejemplo: a) cantidad de informes generados con indicios de enriquecimiento ilícito y valores involucrados; b) cantidad procesos de investigaciones preliminares instaurados y volumen de recursos bajo sospecha; c)

⁷² En la ubicación www.portaldatransparencia.gov.br están publicadas informaciones sobre el presupuesto público, sus ingresos y gastos realizado, los gastos con los programas sociales, los convenios realizados y las transferencias financieras desde la esfera federal para los Estados y Municipios, las sanciones aplicadas a las empresas privadas que se han involucrado en casos de corrupción o hasta mismo por incumplimiento en las rendición de cuentas, además de los sueldos pagos a los empleados públicos federales, entre otras informaciones.

cantidad de procesos de investigación patrimonial instaurados y volumen de recursos ilícitos evaluados; d) cantidad de procesos enviados al Corregidor y volumen de recursos ilícitos evaluados; y otros más. Aquí es oportuno destacar que debe ser observada la legislación que trata de mantener sigilo sobre algunas informaciones, como por ejemplo sobre el nombre de los involucrados, que no se puede divulgar hasta cuando se concluya el procedimiento disciplinario que venga a ser instaurado.

En este mismo orden y dirección, se pueden publicar los datos estadísticos en relación a los procedimientos administrativos disciplinarios, como por ejemplo: a) cantidad de procesos recibidos del área de investigación; b) cantidad de bienes que tuvieron su bloqueo solicitado en la justicia y sus valores estimados; c) cantidad de procedimientos disciplinarios instaurados, en trámite y concluidos; d) cantidad de sanciones aplicadas; e) cantidad y valor de las multas aplicadas; y otros más.

Por las consideraciones anteriores, tal como se observa, la participación de la sociedad civil es de fundamental importancia para la legitimidad del proceso de evaluación de enriquecimiento ilícito, tanto sea de manera indirecta, a través de sus consejos representantes o mandatarios, o tanto sea de manera directa, acompañando los gastos públicos y las informaciones disponibles, o incluso realizando denuncias de casos de corrupción que sean de su conocimiento.

Tal como se ha visto, la publicidad de los resultados alcanzados es importante como forma de prevención de la corrupción, al mismo tiempo que motiva y moviliza a los ciudadanos a participar, cada vez más, en la lucha contra la corrupción. En otras palabras, los ciudadanos tienen el derecho y el deber de ejercer su papel en el control social y por lo tanto deben tener en cuenta la voluntad de sus representantes políticos en cuanto promueven la rendición de cuentas de sus actividades.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El presente trabajo tiene por objetivo proponer la implementación de una metodología de evaluación de enriquecimiento ilícito de los empleados públicos brasileños, cuyo procedimiento le corresponde al órgano de control interno brasileño, de forma que se permita la aplicación de sanciones administrativas y judiciales, contribuyendo a disminuir la corrupción en Brasil.

Resulta oportuno decir que, para que el objetivo sea alcanzado plenamente, hay tres puntos principales que son esenciales para eso. Si hace falta cualquiera de uno de ellos, el modelo propuesto no será de todo eficaz, reduciendo las chances de éxito.

Primero: la necesidad de compartir los datos fiscales de los empleados públicos, que se encuentran bajo custodia del fisco brasileño (RFB), con el órgano de control del poder ejecutivo federal (CGU). Esta base de datos permitirá a la CGU la realización de los cruces de datos con otras bases disponibles, de manera que se generen informes sobre los eventuales indicios de enriquecimiento ilícito y, desde allí, se pueda profundizar las investigaciones con el fin de identificar hechos de corrupción y a sus responsables. Todo eso servirá de suministro para que sean instaurados los debidos procedimientos disciplinarios en contra de los investigados, que podrán resultar en la aplicación de sanciones administrativas y judiciales que alcancen a los empleados públicos corruptos.

Como refuerzo a esta propuesta, puedo hacer referencia a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC) que propone a los Estados la reglamentación de la obligación de que los empleados públicos presenten sus declaraciones patrimoniales mediante una firma electrónica, lo que seguro facilitaría las investigaciones por parte de los órganos de control.

Por las consideraciones anteriores, es oportuno decir que hace falta la aprobación de un cambio en la legislación que trata del tema, de forma que permita compartir la base de datos antes referida entre los órganos públicos comentados, además de reglamentar el acceso por parte de la CGU

a los datos fiscales y a otras bases disponibles, como manera de garantizar el derecho fundamental de los ciudadanos a sus datos personales, conforme se encuentra consagrado en la Constitución Federal de Brasil.

Segundo: en relación a la metodología empleada para la evaluación del enriquecimiento ilícito, también es necesario decir que la CGU ya tiene experiencia exitosa en este sentido. Lo que hace falta es, para que el procedimiento sea más transparente y legítimo, la revisión de la actual metodología utilizada, de forma que se agregue nuevos criterios y conceptos, para promover un proceso más transparente, y que aquellas reglas sean periódicamente revisadas y aprobadas por el Consejo de Transparencia vinculado a la CGU.

Cabe agregar la necesidad de un cambio en la legislación con el fin de permitir el bloqueo anticipado de los bienes adquiridos bajo sospecha con ganancias de la corrupción, de tal manera que se minimice el riesgo de que los mismos sean transferidos a terceros durante el procedimiento disciplinario.

Otro cambio que ahora se propone es la revisión de toda la legislación que trate el tema de corrupción, como forma de unificar las directrices a ser observadas por los empleados y la sociedad en general, a la vez que la existencia de reglas dispersas dificultan la aplicación de las sanciones debidas para la práctica de hechos de corrupción. En este sentido, destaco el modelo del Código Anticorrupción de Colombia, que ha conseguido reunir en un mismo documento diversas directrices para la lucha contra la corrupción, demostrando que una legislación clara, transparente e inteligente puede ser útil para alcanzar su objetivo.

La unificación propuesta también tendría el propósito de contribuir la actuación conjunta y coordinada de los órganos públicos involucrados en la lucha contra la corrupción, a la vez que se podría establecer fronteras en sus competencias de cada uno de ellos, maximizando de esfuerzos y la utilización de recursos, con ganancias en la eficiencia del sector público.

Es importante destacar todavía que todos los procedimientos deberán llevar en cuenta el necesario monitoreo de los resultados alcanzados, incluso con la revisión de parámetros y reglas anteriormente definidas, siempre teniendo como objetivo la transparencia en el proceso de evaluación del enriquecimiento ilícito, como forma de legitimar el proceso ante la sociedad.

Tercero: el presente estudio propositivo alcanzará éxito en la medida de que sea incluida en la legislación brasileña la tipificación penal del delito de enriquecimiento ilícito con el establecimiento de pena privativa de libertad, no obstante la legislación brasileña ya regula otras sanciones administrativas y judiciales para aquel delito, conforme la Ley de Improbidad Administrativa. Esta es una medida necesaria, por cuanto los casos de corrupción que son evidenciados por los órganos de control suelen ser encuadrados como cualquier otro tipo penal.

En este orden de ideas, creo que el legislador puede basarse en la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), a la vez que ella trata especialmente del tema de enriquecimiento ilícito y soborno transnacional con la finalidad de combatir la corrupción, por lo que todos los países de América Latina, con excepción de Brasil y Uruguay, ya han atendido sus orientaciones y han incluido en sus legislaciones la tipificación del delito.

Además, hay que tener en cuenta que existe un conjunto de medidas para combatir la corrupción que ha sido propuesto por voluntad del gobierno brasileño, entre ellas la que prevé el decomiso de los bienes de los empleados públicos que presenten enriquecimiento ilícito. De la misma forma, la Fiscalía brasileña ha propuesto la tipificación penal del enriquecimiento ilícito y la consecuente pérdida de los bienes de propiedad de los involucrados en actos de corrupción.

Considerando lo expuesto anteriormente, se hace necesario cambiar la realidad actual, dónde queda claro que los Estados están perdiendo la guerra frente a la corrupción, es por ello que definiendo la revisión de la legislación penal brasileña para incluir en el cuerpo normativo penal la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, siempre con el fin de desincentivar la práctica de

nuevos hechos de corrupción por parte de los empleados públicos.

Consecuentemente, podemos tomar como referencia la técnica legislativa adoptada por el ordenamiento jurídico penal del hermano país de Perú, que establece en su Código Penal la sanción de privación de libertad y el pago de multa civil⁷³.

Por tanto, propongo que el gobierno brasileño adopte la propuesta de sancionar al agente público que, abusando de su cargo, incremente ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos, a quien se lo debe reprimir con pena privativa de libertad no menor de 5 (cinco) ni mayor de 10 (diez años). Mientras que para el caso del agente público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o esté sometido a la prerrogativa de foro de privilegios, la pena privativa de libertad sería no menor de 10 (diez) ni mayor de 15 (quince) años.

A manera de resumen final y desde los anteriores planteamientos se deduce que son muy importantes los cambios en la voluntad política de nuestros representantes, que nos permitan introducir en la legislación las herramientas que serán base para la implementación del proceso de evaluación de enriquecimiento ilícito y de eficaces sanciones administrativas, civiles y penales, para

⁷³ Artículo 401. Enriquecimiento ilícito

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.

que el índice de corrupción en el país se reduzca de manera razonable y, de esta forma, se fomenten las inversiones necesarias en el campo social y económico, contribuyendo para el bienestar de los brasileños.

En este mismo orden y dirección, si fuéramos eficaces en su implementación, quizá esta metodología pudiera servir de modelo para otros países de Latinoamérica, por guardar similitudes con nuestro país, o incluso sirva como modelo para naciones de otros continentes.

Hechas las consideraciones anteriores, es pertinente señalar que la participación conjunta de la sociedad, el gobierno, los órganos públicos, las entidades civiles, las entidades no gubernamentales y principalmente la ciudadanía en general, despierte el interés de lucha contra el más grande mal de la sociedad moderna. Las acciones aisladas de unos u otros no serán suficientes para poner un fin a la corrupción.

Todo lo anterior me permite tener una expectativa de haber contribuido para el desarrollo de una metodología de evaluación de enriquecimiento ilícito de los empleados públicos brasileños que sea efectiva y que permita a la CGU de acuerdo con las directrices de las convenciones y tratados internacionales que tratan el tema, reprimir estas conductas de enriquecimiento ilícito. El desafío no es solo inmenso, sino que va a exigir la participación de todos en apoyar las acciones de los órganos de control con aquella finalidad. Un paso importante está siendo ahora propuesto a través de este humilde trabajo, como punto de partida esencial para todo el proceso de combate contra el fenómeno de la corrupción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. (2015). *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Barcelona. Ediciones Deusto.
- ARÓSTEGUI MORENO, José. (2009). *La eficacia de la justicia penal*. En DÍAZ-SANTOS, María del R. D; MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria P.; CAPARRÓS, Eduardo A. F (coord) en *De los delitos y de las penas, hoy: la nueva reforma del código penal*. Salamanca. Ratio Legis.
- BACELLAR FILHO, Romeu F. (2002). *Profissionalização da função pública: a experiência brasileira*. En MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana (coord) en *La profesionalización de la función pública en Iberoamérica*. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública.
- BALDUTTI, Evandro A.; MONTEIRO, Fernando M.; SALES, Leonardo J.; PAIVA, Thiago A. (2014). *Produção de Informações Estratégicas na CGU*. MENDES, Gilson Libório de O.; GÓMEZ de LIAÑO, Gonzalo (coord). En *Fortalecimento das Gestão de Informações Estratégicas para a Prevenção da Corrupção*. Brasília. IABS.
- BECCARIA, Cesare. (1985). *De los delitos y de las penas*. Barcelona. Ediciones Orbis S.A.
- CASABIANCA-ZULETA, Paola. (2012). *Relación entre la corrupción y el crimen organizado*. SINTURA VARELA, Francisco J.; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás (coord) en *El Estado de Derecho Colombiano frente a la corrupción*. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario.
- CLAUSEN, B.; KRAAY, A.; NYIRI, Z. (2009). *Corruption and confidence in public institutions: evidence from a global survey*. Washington. Banco Mundial.
- CONGIL DÍEZ, Almudena. (2011). *El comiso como consecuencia accesoria de la infracción penal*. Revista de Jurisprudencia, Número 4, septiembre 2011. Madrid. Lefebvre.

- FABIÁN CAPARRÓS, E. A. (2003). *La corrupción del agente público extranjero e internacional*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ AJENJO, José Antonio (2007). *La intervención general de la administración del estado y el deber de colaboración con la justicia*. Madrid. Ministerio de Hacienda y Economía, Centro de Publicaciones.
- FERNÁNDEZ AJENJO, José Antonio. (2011). *El control de las Administraciones Públicas y la lucha contra la corrupción*. Navarra. Civitas.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio. (2007). *Los delitos de terrorismo, su financiación y consecuencias jurídicas*. SANZ MULAS, Nieves (coord) en *El Derecho penal y la nueva sociedad*. Granada. Editorial Comares.
- GORJÓN BARRANCO, María Concepción. (2010). *Apuntes sobre la investigación y la respuesta penal a la corrupción*. CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián; PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (coord) en *Estudios sobre corrupción*. Salamanca. Ratio Legis.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Fernando. (2016). *Los efectos de la corrupción sobre la desafección y el cambio político en España*. En *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Barcelona, Atelier, pp. 49 - 67.
- HINOJO GONZÁLEZ, Pedro. (2016). *Una aproximación económica a la corrupción*. Revista *Jueces para la democracia*. Número 85, marzo 2016, p. 35. Madrid. Asociación Jueces para la Democracia.
- KREBS, Fernando A. S. (2011). *La importancia del embargo de bienes y del comiso en la lucha contra la corrupción: especial referencia a la ley de improbidad administrativa en Brasil*. Salamanca. Universidad de Salamanca.

- MONTOYA, Mario D. (2007). *Máfia e crime organizado. Aspectos legais. Autoria mediata. Responsabilidade penal das estruturas organizadas de poder. Atividades criminosas*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. (2003). *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*. 2ª ed. Buenos Aires, Hammurabi.
- MURIEL PATINO, María V. (2008). *El fenómeno de la corrupción: consideraciones desde la macroeconomía*. RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; CAPARRÓS, Eduardo A. F. (coord) en *Corrupción y delincuencia económica*. Bogotá. Grupo Editorial Ibañez.
- ORSI, Omar G. (2007). *Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto – 1ª ed.* Buenos Aires. Del Punto.
- PEREIRA, Flávio Cardoso. (2015). *Crime organizado e suas infiltrações nas instituições governamentais*. São Paulo. Editora Atlas.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. (2012). *Corrupción y administración pública*. SINTURA VARELA, Francisco J.; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás (coord) en *El Estado de Derecho Colombiano frente a la corrupción*. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario.
- ROCHA, Henrique A.; HOLANDA, José Ilo R.; YIN FILHO, Nelton M. (2014). *Estudo comparativo Brasil-Espanha acerca do uso de tecnologia da informação para prevenção e combate à corrupção*. MENDES, Gilson Libório de O.; GÓMEZ de LIAÑO, Gonzalo (coord). En *Fortalecimento das Gestão de Informações Estratégicas para a Prevenção da Corrupção*. Brasília. IABS.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. (2015). *Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso en España*. Salamanca. Universidad d Salamanca.

- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; ORSI, Omar Gabriel. (2015). *El delito de enriquecimiento ilícito en América Latina: tendencias y perspectivas*. Revista *Cuadernos de Política Criminal*. Número 116, II, Época II, septiembre 2015, pp. 201-260. Madrid. Editorial Dykinson.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Fernando. (2008). *El conflicto entre proporcionalidad y eficacia en las sanciones por corrupción*. RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; CAPARRÓS, Eduardo A. F. (coord) en *Corrupción y delincuencia económica*. Bogotá. Grupo Editorial Ibañez.
- ZARZALEJOS, J. A. (1996). *Descripción del fenómeno de la corrupción. La pena en un Estado social y Democrático de Derecho*. En *Cuadernos de Teología Deusto*. Número 9 – Corrupción y ética. Bilbao. Universidad de Deusto.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. (2010). *La pena en un Estado social y Democrático de Derecho*. GÓMEZ de la TORRE, Ignacio Berdugo (coord) en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal*. Madrid. Iustel.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AEAT – Agencia Estatal de Administración Tributaria

AGU – *Advocacia-Geral da União*

BM – Banco Mundial

CGU – *Controladoria-Geral da União*

CICC – Convención Interamericana contra la Corrupción

CIS – Centro de Investigaciones Sociológicas

CNPJ – *Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas*

COAF – *Conselho de Controle de Atividades Financeiras*

CPF – *Cadastro de Pessoa Física*

CTN – *Código Tributário Nacional*

CTPCC – *Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção*

DIRPF – *Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física*

FIEL – Firma Avanzada Electrónica

FMI – Fondo Monetario Internacional

IGAE – Intervención General de la Administración del Estado

IPC – Índice de Percepción de la Corrupción

LOPJ – Ley Orgánica del Poder Judicial

LOPSC – Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana

MPF – *Ministério Público Federal*

MPOG – *Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão*

NIF – Número de Identificación Fiscal

OCDE – Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

OEA – Organización de los Estados Americanos

ONU – Organización de las Naciones Unidas

PAD – Proceso Administrativo Disciplinario

PETROBRAS – *Petróleo Brasileiro S/A*

PF – *Polícia Federal*

PIB – *Producto Interno Bruto*

RFB – *Receita Federal do Brasil*

SIAPE – *Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos*

TCU – *Tribunal de Contas da União*

TFM – *Trabajo del fin de máster*

TI – *Transparencia Internacional*

UNCAC – *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*

UNODC – *Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito*

ANEXOS

I – Ley 8429/1992 – Ley de Improbidad Administrativa