



MASTER UNIVERSITARIO
**ESTRATEGIAS ANTICORRUPCIÓN Y
POLÍTICAS DE INTEGRIDAD**



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

TRABAJO FIN DE MASTER

**ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN BRASIL: ESCENARIO ACTUAL Y
PERSPECTIVAS FUTURAS**

**ILLCIT ENRICHMENT IN BRAZIL: CURRENT SCENARIO AND FUTURE
PERSPECTIVES**

REALIZADO POR
CAMILO SOARES GUIMARÃES

DIRIGIDO POR
NURIA PILAR MATELLANES RODRÍGUEZ

Salamanca, 2022

Dedicatoria

A mi abuela *Olga Guimarães de Ávila (in memoriam)*, que un día me confesó,
con los ojos mojados, que le gustaría haber podido seguir
sus estudios cuando jovencita, en una época en
que la tradición cultural vigente
no le permitió hacerlo.

A mis padres, *Arnaldo y Mercedes* (más conocida como *Mércia*), por
siempre enseñarme la importancia del trabajo y del estudio y por
estar siempre orgullosos de mis conquistas, algo que me
motiva a seguir persiguiendo
nuevos logros.

Agradecimientos

Agradezco a mi esposa *Camilla*, por el cuidado y cariño durante el tiempo que duró el curso, en el que cambió por completo su rutina de reportera y periodista para dedicarse casi exclusivamente a la familia. A mi *Felipe*, por entender que papá necesitaba quedarse en la “escuela” todo el día y que siempre me recibió con gran alegría por la noche con un sonoro “*Papaaai!*”. Sin la alegre sonrisa cotidiana de estos dos no sería posible seguir adelante.

A mis maestros por todas las lecciones brindadas de manera eficiente, cada uno a su manera, en especial a mi tutora, Profesora Dra. *Nuria Pilar Matellanes Rodríguez*, por el importante apoyo ofrecido para culminar con éxito este Trabajo de Fin de Máster.

A los profesores *Andréa Akemi Okino Yoshikai* y Dr. *Delson Fernando Barcellos Xavier*, por haberme proporcionado cada uno de ellos, con mucha prontitud, las cartas de presentación que yo necesitaba para ser elegido para una de las vacantes del Máster, sin las cuales, quizás, ni siquiera lo hubiera iniciado.

A mi exjefe inmediato *Luciano Clemente*, que no puso ningún obstáculo a mi intención de participar en este curso, y a la dirección regional (1^a SPRF-GO) y general de la *Polícia Rodoviária Federal* de Brasil, en las personas de *Vinicius Veiga Fleury* y *Silvinei Vasques*, respectivamente, quienes supieron ver en este proyecto la posibilidad real de ganancia institucional además de mi beneficio personal. Estoy seguro de que, en nombre del interés público, no decepcionaré a la *Gloriosa* ni a ninguno de los contribuyentes brasileños que tornaron posible la realización de este Máster.

“La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana”.

Kofi A. Annan,
Exsecretario General de
las Naciones Unidas.

**Primer párrafo del prefacio de la Convención
de las Naciones Unidas Contra
la Corrupción.**

“(…) A nossa indignação é uma mosca sem asas, não ultrapassa as janelas de nossas casas. Indignação indigna. Indigna inação (…)”.

*Francisco E. F. Amaral y
Samuel Rosa de Alvarenga,*
Compositores.

**Estrofa y refrán de la canción
In(dig)nação.**

RESUMEN

En la lucha contra la corrupción, han cobrado protagonismo diversos mecanismos con el fin de prevenir/minimizar el daño a las arcas públicas y a los principios que rigen la buena Administración Pública. Uno de ellos, del cual hacen hincapié dos de los más significativos convenios internacionales sobre el tema, es la criminalización del enriquecimiento ilícito de los agentes públicos. Brasil, aunque de forma no penal, ya sancionaba el enriquecimiento ilícito como acto de improbidad administrativa autónomo desde 1992 a través de la Ley de Improbidad Administrativa – LIA, y lo hacía de manera eficaz, al menos en cuanto a la sencillez procesal implicada en la producción y análisis probatoria. Sin embargo, tras la reforma promovida por la Ley n° 14.230/2021, se produjo una transformación en la LIA que conllevó a su debilitamiento y a la derogación del enriquecimiento ilícito en Brasil. Una pérdida que, más que representar una herramienta menos en la lucha contra la corrupción y colocar a Brasil en deuda con la comunidad internacional, significa desde entonces una peligrosa brecha que, si se queda sin la debida reparación, por cierto, dará espacio a nuevos ataques. En el escenario político actual, las perspectivas pueden no ser animadoras, empero hay caminos posibles para que se revierta esta situación.

Palabras-clave: agentes públicos, combate a la corrupción, improbidad administrativa, enriquecimiento ilícito, derogación.

ABSTRACT

In the fight against corruption, various mechanisms have gained prominence in order to prevent/minimize damage to public funds and to the principles that govern good Public Administration. One of them, which two of the most significant international agreements on the subject emphasize, is the criminalization of the illicit enrichment of public agents. Brazil, although in a non-criminal way, has already sanctioned illicit enrichment as an autonomous act of administrative improbity since 1992 through the Administrative Improbity Law – LIA, and has done it so effectively, at least in terms of the procedural simplicity involved in the evidentiary production and analysis. However, after the reform

promoted by Law No. 14,230/2021, there was a transformation in the LIA that led to its weakening and the possible repeal of illicit enrichment in Brazil. A loss that, more than representing a lesser tool in the fight against corruption and placing Brazil in debt to the international community, means a dangerous gap that, if left without repair, will certainly give way to new attacks. In the current politic scenario, the prospects may not be encouraging, but there are possible ways to reverse that situation.

Keywords: public agents, fight against corruption, administrative improbity, illicit enrichment, repeal.

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN BRASIL: ESCENARIO ACTUAL Y PERSPECTIVAS FUTURAS

ÍNDICE

RESUMEN	1
ABSTRACT	1
ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO 1. La estructuración del enriquecimiento ilícito según los convenios internacionales y las normas nacionales existentes	11
1.1 La definición de enriquecimiento ilícito, sus elementos estructurales en las convenciones internacionales y su reflejo en algunas legislaciones nacionales ...	13
1.2 Elementos clave del enriquecimiento ilícito	15
1.2.1 Las personas de interés	15
1.2.2 El período de interés	16
1.2.3 La conducta de enriquecimiento.....	17
1.2.4 La intención de enriquecerse y la ausencia de justificación legítima.....	21
1.3 Las categorías de leyes contra el enriquecimiento ilícito	25
CAPÍTULO 2. La incriminación del enriquecimiento ilícito y sus justificaciones. 32	
2.1 Argumentos favorables	32
2.1.1 La existencia de un bien jurídico que merece protección.....	32
2.1.2 La prohibición de protección deficiente y la existencia de un mandato constitucional de incriminación	39
2.2 Contrapunto a los argumentos contrarios	44
2.2.1 El principio de presunción de inocencia no es absoluto	44
2.2.2 La protección contra la autoinculpación nos es un derecho absoluto.....	49
CAPÍTULO 3. El enriquecimiento ilícito del agente público en Brasil antes y después de la Ley n ° 14.230/2021	52
3.1 Improbidad administrativa en Brasil: la moralidad administrativa como principio constitucional y como bien jurídico	54
3.1.1 La moralidad administrativa como principio constitucional	54
3.1.2 La moralidad administrativa como bien jurídico.....	59
3.2 El enriquecimiento ilícito en la Ley de Improbidad Administrativa antes de la reforma	61

3.3 La novedosa Ley de Improbidad Administrativa y la “muerte” del enriquecimiento ilícito en Brasil.....	76
3.3.1 La necesidad expresa de probar el vínculo entre el ejercicio irregular de la función pública y el enriquecimiento sin origen lícito y de probar el dolo específico.....	77
3.3.2 La mención expresa a los principios del Derecho Administrativo Sancionador como regentes de la Acción de Improbidad Administrativa y la prohibición expresa de aplicar la distribución dinámica de la carga de la prueba en acciones de improbidad.....	81
CAPÍTULO 4: Las perspectivas futuras para el enriquecimiento ilícito en Brasil.	92
4.1 El camino de la confiscación civil: por una ley civil de enriquecimiento ilícito.....	94
4.2 El camino de la <i>ultima ratio</i>: por la criminalización del enriquecimiento ilícito.....	99
4.3 El camino del contrataque judicial: por la defensa del enriquecimiento ilícito en cuanto ilícito autónomo de improbidad administrativa	111
CONCLUSIONES	124
BIBLIOGRAFIA	129

ABREVIATURAS

ADI: *Ação Direta de Inconstitucionalidade* (Acción Directa de Inconstitucionalidad)

AI: *Agravo de instrumento*

AIA: *Ação de Improbidade Administrativa* (Acción de Improbidad Administrativa)

ACP: *Ação Civil Pública* (Acción Civil Pública)

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos

CP: Código Penal

CPC: *Código de Processo Civil* (Código Procesal Civil)

CCR: *Câmara de Coordenação e Revisão (do MPF)*

CIDH: Comisión Interamericana de Derechos Humanos

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CFB: *Constituição Federal Brasileira* (Constitución Federal Brasileña)

CGU: *Controladoria Geral da União*

CICC: Convención Interamericana de Combate a la Corrupción

CLT: *Consolidação das Leis do Trabalho*

CNUCC: Convención de las Naciones Unidas de Combate a la Corrupción

Corte IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

CUAPCC: Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción

DAS: Derecho Administrativo Sancionador

DUDH: Declaración Universal de los Derechos del Hombre

EE.UU.: Estados Unidos de América

ENCCLA: Estrategia Nacional de Lucha contra la Corrupción y el Lavado de Activos

LIA: *Lei de Improbidade Administrativa* (Ley de Improbidad Administrativa)

MPF: *Ministério Público Federal* (Fiscalía federal)

NU/UN: Naciones Unidas/*United Nations*

OCDE: Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico

OEA/OAS: Organización de los Estados Americanos/*Organization of the American States*

PAD: *Processo Administrativo Disciplinar* (Procedimiento Administrativo Disciplinario)

PEC: *Proposta de Emenda Constitucional* (Propuesta de Enmienda a la Constitución)

Pet-AgR: *Petição em Agravo Regimental*

PL: *Projeto de Lei (da Câmara dos Deputados)* (Proyecto de Ley [de la Cámara de los Diputados])

PLS: *Projeto de Lei do Senado Federal* (Proyecto de Ley del Senado Federal)

RE: *Recurso Extraordinário*

MS: *Mandado de Segurança*

RMS: *Recurso em Mandado de Segurança*

SINPA: *Sindicância Patrimonial Prévia*

STF: *Supremo Tribunal Federal*

STJ: *Superior Tribunal de Justiça* (Superior Tribunal de Justicia)

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TFM: Trabajo de fin de máster.

TJ-PR: *Tribunal de Justiça do Estado do Paraná* (Tribunal de Justicia del Estado del Paraná)

INTRODUCCIÓN

En la lucha contra la corrupción¹ – bandera que se iza en todos los países democráticos, ya que se ha demostrado lo nocivo que pueden ser los actos de corrupción para el desarrollo económico y social de un país² y para la garantía de los derechos humanos en sus territorios³ –, han cobrado protagonismo diversos mecanismos con el fin de prevenir/minimizar el daño a las arcas públicas y a los principios que rigen el buen funcionamiento de la Administración Pública y de mantener la confianza de los administrados.

Identificar y recuperar el producto del delito es un gran desafío para los organismos encargados de hacer cumplir la ley. En la economía moderna y globalizada, el producto de un acto delictivo puede blanquearse casi instantáneamente, por varios medios, y transferirse fácilmente a otros países. Este desafío en relación con la recuperación del producto del delito se exagera en el contexto de la corrupción, ya que los delitos en este escenario representan una dificultad en términos de identificación e investigación⁴.

¹ Existen varios conceptos de corrupción, que pueden abarcar tanto la corrupción privada como la pública. En el presente trabajo, me circunscribiré al concepto en el ámbito de la Administración Pública, definiéndolo como *el acto omisivo o comisivo del agente público y del particular que con él pacta, que, en su propio beneficio o de terceros, transgrede normas y principios éticos y jurídicos con el fin de obtener ganancias para sí o para terceros, en perjuicio de alguien, de la comunidad y/o de la Administración Pública y/o de sus principios, aunque los daños materiales puedan no tener víctimas individualizadas o individualizables*. Así delimitado, se trata de un género que engloba una serie de actos que pueden ser tipificados como infracciones penales, civiles y/o administrativas, según el país en el que se practiquen. En Brasil, el tema se trata tanto en el ámbito penal como en el civil y administrativo, según el caso. Cito como ejemplo el fraude de licitación, una especie del género de corrupción. Si ocurre en perjuicio de la Administración Pública, puede dar lugar a persecución penal por el delito de fraude en licitaciones y contratos (art. 377 - L, del Código Penal Brasileño), así como a sanciones civiles/administrativas por acto transgresor u omisivo que cause perjuicio al fisco (art. 10, Ley de Improbidad Administrativa y art. 132 de la Ley n° 8.112/1990 – Estatuto de los Servidores Públicos Civiles de la Unión), o civil/administrativo a la persona jurídica involucrada en actos dolosos, en los términos de la Ley n° 12.846/2013, conocida como Ley Anticorrupción de Empresas.

² MURIEL-PATINO, María Victoria. **Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción**. In: GALGO PECO *et al.* *Prevención y represión de la corrupción en el Estado de Decreto*. Santiago: Legal Chile, 2005, p. 27-39. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/344720543_Aproximacion_macroeconomica_al_fenomeno_de_la_corrupcion. Acceso en 20 de junio de 2022.

³ Transparência Internacional Brasil. **Índice de Percepção da Corrupção 2021**, enero de 2022, p. 8-10. Disponible en <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acceso en 20 de junio de 2022.

⁴ DORNBIERER, Andrew. **Enriquecimiento ilícito: una guía sobre las leyes que abordan los activos de procedencia inexplicable**. Basilea: Basel Institute on Governance, 2021, p. 11. Disponible en: <https://learn.baselgovernance.org/course/view.php?id=65&lang=es> (versión en español de la introducción y primera parte). Acceso en 20 de junio de 2022.

Un impedimento considerable para la restitución del producto de la corrupción es la dificultad de llevar los actos de corrupción ante la justicia, lo que a veces requiere pruebas que son difíciles de obtener y que además requieren de conocimientos técnicos con precios elevados que los países no pueden costear. En cuanto a la detección de actos de corrupción, tanto las víctimas de estos actos (que suelen ser indeterminadas), como la sociedad, pueden no ser conscientes de que se está cometiendo el delito, lo que significa que la corrupción muchas veces no se denuncia. Además, a menudo sucede que las personas con acceso a la información que permite la detección de actos de corrupción son cómplices, y que los involucrados en dichos actos pueden usar su poder e influencia para intimidar a los testigos y destruir cualquier evidencia de sus delitos ⁵. En las palabras de MUZILA y colaboradores, “a menudo, la única prueba tangible de que un delito ha ocurrido es el dinero que cambia de manos entre el funcionario corrupto y su socio en el delito, por lo que el enriquecimiento del funcionario corrupto se convierte en la manifestación más visible de la corrupción” ⁶. En este escenario, una de las herramientas que se nos presenta es la posibilidad de considerar como hecho ilícito autónomo la tenencia, por parte de los agentes del Estado, de bienes sin origen en medios legalmente conocidos, lo que se conoce como “enriquecimiento ilícito”, ya sea como ilícito penal, civil o administrativo, una herramienta que ganó gran protagonismo luego de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC) y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC), ambas ratificadas por Brasil y ya incorporadas al ordenamiento jurídico brasileño.

Brasil, incluso antes de los tratados mencionados, aunque de forma no penal, al mismo tiempo que impulsaba la recuperación de los activos legalmente inexplicados del agente público, ya castigaba el enriquecimiento ilícito como acto de improbidad administrativa autónomo a través de la Ley n° 8.429/1992 (conocida como LIA – Ley de Improbidad Administrativa) y lo hacía de manera eficaz, al menos en cuanto a la sencillez procesal implicada en la producción y análisis de la prueba en el curso del juicio tendiente a punir dicho hecho ilícito. Sin embargo, tras la reciente reforma promovida por la Ley n° 14.230 del 25 de octubre de 2021, se produjo una completa transformación en la LIA que

⁵ MUZILA, Lindy *et al.* **Dispuestos a Recibir Sobornos. Penalizando el Enriquecimiento Ilícito para Luchar contra la Corrupción.** Serie Recuperación de Activos Robados (StAR). Banco Mundial. UNDOC. Washington, DC: World Bank, 2012, p. 7. Disponible en https://star.worldbank.org/sites/default/files/on_the_take_spanish_web.pdf. Acceso en 20 de junio de 2022.

⁶ Ibidem.

conllevo a su consecuente debilitamiento y la posible “muerte” del enriquecimiento ilícito en Brasil como ilícito autónomo en el ámbito de la improbidad administrativa.

El intento de este trabajo de fin de máster (TFM) es llamar la atención sobre los cambios que sufrieron la LIA, específicamente en lo que concierne al enriquecimiento ilícito, toda vez que aparentemente ha causado daños severos en cuanto herramienta de combate a la corrupción. Una posible pérdida que, más que representar una herramienta menos en la lucha contra la corrupción y colocar a Brasil en deuda con los convenios internacionales supra citados, significa una peligrosa brecha que, de quedarse sin el debido reparo, por cierto, dará espacio a nuevos ataques. Así que, lo que se pretende con este TFM es: *a)* demostrar que, tras los cambios legislativos perpetrados por la Ley n° 14.230/2021, el ilícito civil/administrativo de enriquecimiento ilícito, por vía interpretativa, no encuentra más espacio en la legislación brasileña y *b)* hacer un pronóstico y apuntar los posibles caminos que le puedan revertir su situación actual y darle sobrevida futura en Brasil.

La metodología empleada en la confección de este TFM tuvo por base la recolección de datos bibliográficos a partir de artículos científicos, teniendo en consideración de que se trata de un tema reciente. También ha contado con la participación de una bibliografía formada por manuales y libros de más cuerpo, impresos y digitales, principalmente en lo que concierne a los principios básicos de Derecho Administrativo relativos la probidad administrativa y a la dogmática constitucional involucrada con la potestad sancionatoria del Estado. Asimismo, han colaborado con este TFM los datos obtenidos de los barómetros internacionales sobre la corrupción, producidos por instituciones no gubernamentales.

De inicio, se ha trazado un panorama general a partir de los principales tratados internacionales y modelos legislativos de diferentes naciones con respecto al enriquecimiento ilícito y sus categorías en cuanto leyes penales y civiles. Posteriormente, en consideración de la importancia del tema para las discusiones con respecto a los referidos cambios legislativos, se ha hecho una incursión en la dogmática constitucional involucrada con del binomio poder/deber sancionatorio del Estado, con énfasis en la incriminación del enriquecimiento ilícito y sus justificaciones, para luego focalizar la atención en el modelo brasileño de combate al enriquecimiento ilícito de los agentes públicos antes y después de los cambios legislativos de 2021, con vistas a mostrar la posible derogación que ha sufrido el enriquecimiento ilícito como hecho ilícito autónomo.

Por fin, se han trazado algunas posibles soluciones legislativas y judiciales con vistas a la necesaria supervivencia de esta herramienta de lucha contra la corrupción en tierras brasileñas.

CAPÍTULO 1. La estructuración del enriquecimiento ilícito según los convenios internacionales y las normas nacionales existentes

El delito de enriquecimiento ilícito en el sector público, según PICHLER, se da por la incapacidad financiera de un funcionario público para justificar los excesivos aumentos producidos en su patrimonio por la ganancia de bienes o introducción de activos que no guardan una relación económica razonable con sus ingresos legítimos⁷.

Como delito autónomo, el enriquecimiento ilícito apareció por primera vez en Argentina e India en 1965. En India, el delito está legalmente definido como la posesión de recursos “de los que el servidor público no puede dar cuentas satisfactoriamente”, mientras que Argentina lo define como la incapacidad “para justificar el origen de cualquier enriquecimiento apreciable para sí mismo o para un tercero.” Hasta 1990, el enriquecimiento ilícito había sido tipificado como delito en al menos 10 países y 20 años después, en 2010, ya era considerado crimen en 40 estados⁸.

En Brasil, como actividad ilícita autónoma que puede ser imputada a los agentes públicos, apareció por primera vez en 1992, con la Ley n° 8.429 en su art. 9 °, inciso VII, aunque no como delito, sino como ilícito administrativo y civil, especie del género improbidad administrativa punida tanto en el ámbito administrativo, como el ámbito judicial civil, instancias que tramitan con una cierta simbiosis y que resultan sancionable en ambas esferas.

La inclusión del enriquecimiento ilícito en las más diversas legislaciones penales del mundo fue impulsada por su incorporación como hecho delictivo en tres convenciones internacionales elaboradas para trazar los rumbos de la lucha contra la corrupción. La primera de ellas en la que se incluyó el enriquecimiento ilícito fue la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), adoptada por la Organización de los Estados Americanos – OEA en 1996, convenio firmado en la ciudad de Caracas, Venezuela.

⁷ PICHLER, Pablo Andrés Rojas. **El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción.** *Revista Penal México*, Ciudad de México, n ° 7, p. 217-240, feb. 2015, 220. Disponible en <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/203>. Acceso en 20 de junio de 2022.

⁸ MUZILA, Lindy *et al.* **Dispuestos a Recibir Sobornos. Penalizando el Enriquecimiento Ilícito para Luchar contra la Corrupción.** *Serie Recuperación de Activos Robados (StAR)*. Banco Mundial. UNDOC. Washington, DC: World Bank, 2012, p. 9-10. Disponible en https://star.worldbank.org/sites/default/files/on_the_take_spanish_web.pdf. Acceso en 20 de junio de 2022.

Enseguida, apareció en la Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción (CUAPCC), aprobada en 2003, y por fin en el Convenio de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC), también aprobado en 2003, en la ciudad de Mérida, México, y que entró en vigor en 2005⁹.

Sobre el tema, DORNBIERE escribe que:

“Si bien la CICC fue la única convención internacional que empleó cláusulas de carácter obligatorio al describir el enriquecimiento ilícito, la inclusión de dicho concepto en estas tres convenciones desencadenó un aumento exponencial en la prevalencia de leyes sobre enriquecimiento ilícito en todo el mundo. A medida que más jurisdicciones iban introduciendo este tipo de leyes, lo hacían de forma cada vez más variada. Hasta principios del nuevo siglo gran parte de las leyes sobre enriquecimiento ilícito se redactaron desde el punto de vista del derecho penal; no obstante, una variedad de países empezó a implementar leyes sobre enriquecimiento ilícito basadas en el derecho civil, según las cuales el acto de enriquecimiento ilícito ya no se consideraba un delito sino un motivo para emitir un ordenamiento civil contra una persona por el valor del enriquecimiento probado”¹⁰.

A pesar de las controversias en torno a la tipificación del enriquecimiento ilícito – sea como delito, como preconizan las citadas convenciones, sea como ilícito civil o administrativo, principalmente las que gravitan alrededor del principio de la presunción de inocencia, tema que permeará algunos puntos de este trabajo – , en todo el mundo ya se suman casi una centena de países al grupo de los que, sea con leyes civiles o penales, encontraron en el combate al enriquecimiento ilícito¹¹ un arma eficaz en la lucha contra

⁹ Ibidem, p. 11. A lo largo de este Trabajo de fin de Máster, me delimitaré a la CICC y la CNUCC.

¹⁰ DORNBIERER, Andrew. Op. cit., p. 23.

¹¹ Ibidem, p. 24. Según el autor, durante la investigación que resultó en su obra, se identificaron un total de 98 leyes civiles y penales sobre enriquecimiento ilícito que actualmente están en vigor en diversas partes del mundo. En cuanto a los países que optaron por criminalizar el enriquecimiento ilícito, Pablo Pichler así escribe: “Según constan en las fuentes de la OEA, la CICC fue firmada por 34 países, siendo ratificada posteriormente por 33. En desarrollo de la obligación de considerar la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito dispuesta en el art. IX del citado convenio, se tiene constancia de que la mayoría de los países latinoamericanos de raíz jurídica continental ya lo tenían tipificado en su legislación penal antes de la convención. Actualmente los países que cuentan con esta figura penal son: Antigua y Bermuda, Argentina, Belice, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, República Dominicana y Venezuela. Por otra parte, la CNUCC ha sido firmada por 140 países y ratificada en la actualidad por 169. En relación a lo dispuesto en el art. 20 del citado documento internacional se tiene constancia de que los mismos países latinoamericanos citados anteriormente, más 35 países situados en otros continentes han introducido el

la corrupción, un camino más corto, y muchas veces el único que existe, hacia el corazón de los ilícitos de esta naturaleza, es decir, sus ganancias, sin descuidar de del imprescindible carácter disuasorio.

1.1 La definición de enriquecimiento ilícito, sus elementos estructurales en las convenciones internacionales y su reflejo en algunas legislaciones nacionales

De las convenciones citadas, la CICC es la única donde hay una obligación dirigida a los estados miembros hacia la conversión del enriquecimiento ilícito en un hecho delictivo. La Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita el 29 de marzo de 1996 en Caracas, Venezuela, así prescribe en su artículo IX:

“Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Parte 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. Entre aquellos Estados Parte que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención. Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan”¹².

Aun así, en su precepto trae una salvaguardia – *Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico* – a la que Canadá y los Estados Unidos de América expresamente mencionaron cuando ratificaron la CICC, “en cuanto a la tipificación como delito del enriquecimiento ilícito, citando su incompatibilidad con

enriquecimiento ilícito como delito dentro de sus legislaciones penales: En África, Argelia, Angola, Benín, Botswana, Burundi, Etiopía, Egipto, Lesoto, Madagascar, Malawi, Nigeria, Ruanda, Senegal, Sierra Leona, Gabón, Uganda y Zambia; en Asia, Bangladesh, Bután, Brunei, China (continental, Hong-Kong y Macao), Camboya, India, Malasia, Nepal, Pakistán, Yemen, Jordania, Filipinas y Cisjordania; y en Europa, Albania, Chipre y Macedonia” (PICHLER, Pablo Andrés Rojas. Op. cit. p. 220).

¹² OEA/OAS. Organización de los Estados Americanos. Departamento de Derecho Internacional. **Convención Interamericana contra la Corrupción**. Disponible en https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corruptcion.asp. Acceso en 20 de junio de 2022.

los principios constitucionales y de derechos humanos, en particular la presunción de inocencia”¹³.

Las mismas reservas hechas por Canadá y EE.UU. fueran la base de las controversias durante las negociaciones de la CNUCC (Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, suscrita el 9 de diciembre de 2003 en la ciudad de Mérida, México). Allí, algunas autoridades argumentaron que la disposición de enriquecimiento ilícito debería dejarse, y otros propusieron que se le debiese prever apenas sanciones administrativas, hechos que, por fin, culminaron con la adopción de una redacción en la que se requirió a los estados que considerasen la penalización del enriquecimiento ilícito en los siguientes términos¹⁴:

“Art. 20. Enriquecimiento ilícito. Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”¹⁵

Aparte de Canadá y EE. UU., los demás estados suscriptores de la CICC vienen criminalizando el enriquecimiento ilícito, el mismo con oposición por parte de ciertos doctrinantes nacionales¹⁶. Aunque la salvaguardia de ambos convenios citados se basaba en la presunción de inocencia, un derecho fundamental en todos los países fundados en el concepto de Estado Democrático de Derecho, aquello, como a cualquier otro derecho

¹³ MUZILA, Lindy *et al.* Op. cit. p. 11.

¹⁴ MUZILA, Lindy *et al.* Op. cit. p. 11.

¹⁵ NU/UN. Naciones Unidas. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.** Nueva York, 2004, p. 25. Disponible en www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de_las_NU_contra_la_Corruptcion.pdf. Acceso en 20 de junio de 2022.

¹⁶ DELGADO, Juana del Carpio. **El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional.** *Iustel: Revista General de Derecho Penal*, n.º 23, may. 2015, p. 28. Disponible en www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=8&numero=23. Acceso en 20 de junio de 2022. Otra excepción (no mencionada por la autora) es Brasil, país que, aunque no tenga expresamente rechazado la criminalización del enriquecimiento ilícito, si bien posee proyectos de ley en este sentido, todavía no lo ha hecho, y lo pune, como se ha dicho, con sanciones civiles y administrativas.

fundamental, no se le debe dar el status de derecho absoluto, bajo pena de herir otros derechos del mismísimo rango, como se verá a lo largo de este trabajo.

En consideración con las definiciones que se encuentran en los documentos internacionales citados, son cinco los elementos clave del enriquecimiento ilícito: las personas de interés; el período de interés; la conducta de enriquecimiento (es decir, el aumento significativo de activos); la intención (incluyendo la conciencia o conocimiento); y la ausencia de justificación.

1.2 Elementos clave del enriquecimiento ilícito

1.2.1 Las personas de interés

Las convenciones internacionales y la gran mole de leyes nacionales de enriquecimiento ilícito apuntan a los funcionarios públicos como las personas de interés, es decir, las personas pasibles de ser enjuiciadas. Aunque tanto en la CNUCC como en la CICC el enriquecimiento ilícito se configura como un delito especial propio en el que se exige la condición de funcionario público al sujeto activo, algunos estados han extendido sus leyes hacia el sector privado, en el caso de Colombia y Pakistán, y otros países han tratado de incluir a los miembros de la familia del funcionario público como posibles beneficiarios o cómplices implicados en la ocultación del producto de la corrupción, como El Salvador y la República Árabe de Egipto, por ejemplo¹⁷.

Sin embargo, como se ha dicho, gran parte de los países han direccionado sus leyes hacia la punición de los funcionarios públicos, que, en los términos de ambas convenciones, sigue conceptuado de modo bastante amplio como para “abarcar a los funcionarios públicos propiamente dichos, a particulares que ejercen función pública, y a los trabajadores de empresas del Estado o de sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado”¹⁸, además de cualquier persona que participe en

¹⁷ MUZILA, Lindy *et al.* Op. cit. p. 15-18.

¹⁸ DELGADO, Juana del Carpio. Op. cit. p. 40.

las funciones públicas de los poderes legislativo, ejecutivo o judicial independientemente de su nivel jerárquico y de su forma de ingreso en el puesto o cargo público que ocupa¹⁹.

Al tenor del hecho de que la gran corrupción suele implicar a los agentes públicos (definición que en Brasil, para fines de enriquecimiento ilícito, abarca servidores públicos y autoridades políticas) de mayor categoría, la Legislación Modelo sobre enriquecimiento ilícito del Comité de Expertos de la Organización de los Estados Americanos – OEA recomienda que las leyes nacionales observen la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales puedan agravar las penas del enriquecimiento ilícito cuando sea cometido por funcionarios de mayor rango. En este sentido, por ejemplo, el Código Penal peruano prevé un tipo cualificado de enriquecimiento ilícito debido a la jerarquía del sujeto activo²⁰.

1.2.2 El período de interés

El período de interés es aquél durante el cual una persona puede ser imputada por haberse enriquecido ilícitamente. Aunque en la CNUCC no haya una recomendación específica sobre cuándo se debe averiguar la existencia del enriquecimiento ilícito (si bien la CICC trae la expresión *durante el ejercicio de sus funciones*), se puede inferir que la referencia al funcionario público implica que, como mínimo, el período de interés coincide con el período en que aquel desempeñaba sus funciones, enfoque que también se adopta en muchas legislaciones nacionales²¹.

¹⁹ Según el párrafo segundo del art. I de la CICC, se entiende por ““Funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”. El art. 2 de la CNUCC define al funcionario público como “i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como “funcionario público” en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por “funcionario público” toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”.

²⁰ DELGADO, Juana del Carpio. Op. cit. 42.

²¹ MUZILA, Lindy *et al.* Op. cit. p. 18. “La clara delimitación de un período de interés tiene por objeto establecer un nexo entre el aumento significativo de la riqueza y la participación de la persona de interés en el sector público (o actividades de interés público). La definición o delimitación de un período de interés también pueden servir a un propósito práctico, que es el de establecer una línea base para los investigadores. Las autoridades nacionales han

“Esta opción (...) ha sido asumida por algunas legislaciones en las que, al no determinarse expresamente el momento del incremento patrimonial, se ha interpretado que sólo tendrá relevancia penal aquel que se haya producido durante el efectivo ejercicio del cargo por parte del funcionario público. Es el caso, por ejemplo, de la regulación del enriquecimiento ilícito en las legislaciones de Bolivia y Ecuador”²².

Mientras algunas legislaciones hacen mención expresa a la comisión del hecho ilícito durante el ejercicio del cargo, estas no mencionan un lapso específico, es decir, no describen explícitamente un nexo causal entre el ejercicio del cargo y el incremento patrimonial – como las leyes penales de México (“con motivo de su empleo, cargo o comisión en el servicio público”) y Chile (“aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la función pública”) –, otras, “precisamente para evitar problemas interpretativos respecto a si cabe apreciar el delito cuando el incremento se ha producido con anterioridad a que el funcionario asuma el cargo e incluso después de que éste haya cesado en sus funciones”, han determinado explícitamente este periodo temporal circunscribiéndolo desde el momento en el que el agente público ocupa sus funciones hasta el cese de las mismas (como ejemplo, Honduras, con el uso de la expresión “durante el ejercicio de sus funciones”), e incluso hay legislaciones donde este período se extiende por cierto tiempo posterior al cese de la actividad laboral del agente (como en Argentina, Colombia, Guatemala y Panamá), con el intuito de sancionar exactamente aquel agente que intente recibir los beneficios después de dejare el cargo²³.

1.2.3 La conducta de enriquecimiento

En cuanto a la conducta de enriquecimiento, las mencionadas convenciones requieren que el ministerio fiscal indique el enriquecimiento en términos de un aumento significativo de activos. A la consideración de la definición de DORNBIERER de lo que viene a ser enriquecimiento ilícito – “el acto de enriquecimiento ilícito se puede definir como el disfrute de una cantidad de activos cuyo monto no se justifica en comparación con los

adoptado tres enfoques para determinar el período de interés: coincidencia con el desempeño de las funciones, un plazo limitado después de salir de sus funciones, y un período indefinido”.

²² DELGADO, Juana del Carpio. Op. cit. 48.

²³ DELGADO, Juana del Carpio. Op. cit. 48-49.

ingresos legítimos”²⁴ –, cabe a la fiscalía demostrar el disfrute de una cantidad significativa de activos por parte del agente público.

Antes de escudriñar en la definición de este elemento, es necesario tener en cuenta que los ingresos de un agente público, además de lo que recibe del Estado, puede componerse de cualquier otro tipo de ingreso no relacionado con el ejercicio de su función pública, como, por ejemplo, lo procedente de una actividad mercantil, de una herencia, de una remuneración oriunda del sector privado, de alquileres, etc.

Para definir este elemento, es necesario aclarar dos puntos: cómo determinar si el aumento de activos o riqueza es significativo y qué activos u otras pruebas se tendrán en cuenta para tenerlo como tal. En cuanto a la definición de significativo, las convenciones internacionales y la legislación nacional lo definen como un término relativo en lugar de absoluto, utilizando términos como "activos desproporcionados", "activos no proporcionales a los ingresos legítimos" o activos "sobre proporcionales", es decir, el aumento de los activos se compara con las fuentes legales de ingresos. La mayoría de los países no definen lo que se considera “desproporcionado” en la ley, dejando que lo determinen los fiscales y los tribunales ²⁵.

DELGADO, al mencionar específicamente la Convención de Mérida, nos dice que:

“En las Sesiones del Comité Especial encargado de negociar la CNUCC, el delegado de Pakistán a fin de hacer frente a toda ambigüedad que pudiera derivar

²⁴ DORNBIERER, Andrew. Op. cit., p. 26. “Partiendo de las definiciones estipuladas en las 98 leyes analizadas, podría afirmarse que el acto de enriquecimiento ilícito puede reducirse a dos componentes fundamentales que de alguna forma están presentes en todas las interpretaciones legislativas, independientemente de la jurisdicción. A grandes rasgos, el acto de enriquecimiento ilícito se puede definir como el disfrute de una cantidad de activos cuyo monto no se justifica en comparación con los ingresos legítimos”.

²⁵ MUZILA, Lindy *et al.* Op. cit. p. 21. “La especificación de un umbral para el enriquecimiento ilícito en los estatutos puede impedir procesamientos donde los importes en cuestión son triviales. Sin embargo, también puede enviar una señal de que se tolerará un cierto nivel de conducta corrupta, a menos que el umbral establezca un nivel muy bajo. En aquellos países en los que el fiscal tiene un margen de discreción, la señales al público se pueden evitar mediante la orientación política a los fiscales indicando los niveles de umbral en los que se espera que enjuicien. Esto tiene la ventaja de proveer cierta flexibilidad a los fiscales para enjuiciar casos en circunstancias excepcionales, si éstas están por debajo del umbral. En Pakistán, la autoridad anticorrupción adopta un enfoque alternativo. Con el fin de enfocar el tiempo y los recursos en la investigación de casos importantes, como política, los pequeños casos de muy pequeñas cantidades de dinero son referidos al departamento en cuestión. El departamento puede tratar con el funcionario público, internamente, o puede remitir el caso a otro organismo de investigación, o puede tratar con cada situación caso por caso. En algunos países, puede haber poca necesidad de orientación política, ya que umbrales más pequeños pueden no ser enjuiciables en virtud del principio de *de minimis non curat pretor* (la ley no se ocupa de minucias), que prohíbe el enjuiciamiento de transgresiones mínimas. Además, los umbrales más pequeños son más difíciles de probar para la fiscalía y, por tanto, pueden proporcionar menos beneficios”.

del uso de la expresión «bienes que sean manifiestamente desproporcionados en relación con su sueldo», sugirió que se matizara la aplicación del texto mediante la fijación de un límite mínimo de bienes por debajo del cual el artículo no sería aplicable, dejando a discreción de los Estados la determinación de ese nivel mínimo. Sin embargo, el Grupo oficioso sólo consideró necesario mantener la palabra «significativo» dado que reflejaba la práctica vigente en una serie de Estados y proporcionaba una mayor garantía en cuanto a evitar que las disposiciones relativas al enriquecimiento ilícito se aplicaran de manera poco razonable”²⁶.

Se critica la amplitud de la expresión “aumento significativo de los activos” en cuanto a que las convenciones y leyes que la utilizan no estarían definiendo el delito de forma específica, esta característica de la expresión enfrenta al principio de la legalidad estricta (*nullum crimen nulla poena sin lege*). Sin embargo, si se interpreta la conducta delictiva del enriquecimiento ilícito como la incapacidad del agente público de justificar sus ingresos, el delito apunta a la omisión y no a la conducta. Según este punto de vista, “un funcionario público tiene la obligación legal de explicar el origen de su riqueza, y el hecho de no hacerlo cuando sea necesario constituye un delito”²⁷, en este caso poco importa la definición que se quiera dar a “significativo”, salvo para la aplicación de las doctrinas de la atipicidad material o del principio de bagatela.

“Como resultado, algunos proponentes argumentan que el enriquecimiento y la posesión de productos cuestionables por funcionarios públicos son de por sí conductas delictivas. La recepción, inversión, y el uso de los ingresos adquiridos por medios cuestionables requieren la participación activa del funcionario público. La propiedad tiene que ser comprada, mantenida y utilizada, y las cuentas bancarias tienen que ser abiertas y utilizadas para las transacciones. Existen paralelos obvios con el delito de lavado de dinero y la posesión de drogas y armas”²⁸.

²⁶ DELGADO, Juana del Carpio. Op. cit. 46-47.

²⁷ MUZILA, Lindy *et al.* Op. cit. p. 23.

²⁸ *Ibidem*, p. 23.

Entretanto, para ser visto de esta forma, seguramente la definición del ilícito debería cambiarse radicalmente, habría de ser redactada así, por ejemplo: poseer o disfrutar de activos de valor significativo sin la legítima declaración de procedencia de ellos. Con esa definición existiría una obediencia a los principios de la legalidad estricta y taxatividad.

Considerando la actual definición, lo importante será, “tal como se establece en los documentos internacionales, que se trate de un incremento (...) de considerable exceso respecto de sus ingresos”, ya que no se puede “perder de vista el hecho de que estamos ante el «enriquecimiento» ilícito y éste no se produce, desde luego, en supuestos de bagatela o en incrementos de cantidades insignificantes del patrimonio”²⁹.

En cuanto a lo que se va a considerar como “disfrute o aumento de una cantidad de activos”, las leyes sobre enriquecimiento ilícito existentes se refieren “a la adquisición, el recibimiento o el uso de cualquier objeto de valor pecuniario”³⁰. Dicho incremento se puede dar tanto por el aumento de los activos del agente, algo que “puede producirse con la incorporación de bienes, muebles o inmuebles, corporales e incorpóreas y los derechos o valores, que sean susceptibles de ser valorados económicamente”, como por disminución de sus pasivos, por medio de “la cancelación de deudas o extinción de obligaciones”³¹.

La mayoría de las jurisdicciones que definen el enriquecimiento ilícito se refieren al simple incremento patrimonial, es decir, consideran únicamente situaciones en las que alguien ha obtenido activos tradicionales, tangibles o no, sin origen en medios legítimos, tales como dinero en efectivo u objetos de valor como obras de arte, coches, joyas o un incremento en su cuenta bancaria, mientras que también consideran el hecho de que alguien se ha beneficiado de elementos intangibles más amplios, como la reducción de pasivos o la prestación de servicios en su favor³².

Aunque la CICC solo hace referencia al aumento de los activos, es decir, el efectivo ingreso de bienes al patrimonio del funcionario público (enriquecimiento positivo), sin

²⁹ DELGADO, Juana del Carpio. Op. cit. 47-48.

³⁰ DORNBIERER, Andrew. Op. cit., p. 25.

³¹ DELGADO, Juana del Carpio. Op. cit. 46.

³² DORNBIERER, Andrew. Op. cit., p. 25-26.

referirse al enriquecimiento negativo (como la cancelación de deudas)³³, en Costa Rica, Guatemala y Paraguay, por ejemplo, han previsto que este enriquecimiento “haya supuesto la adquisición de bienes, el goce de derechos, un incremento en su nivel de gastos, así como la cancelación de cualquier carga, gravámenes, deudas, o la extinción de cualquier obligación que afecte al patrimonio del sujeto activo”³⁴.

Por fin, varios países definen el enriquecimiento ilícito como el “disfrute no justificado de cualquier objeto de valor pecuniario que pueda considerarse una aportación al “nivel de vida” de una persona”³⁵. Según nos aclara MUZILA y colaboradores,

“Algunos países, como Lesotho y Malawi, se refieren en sus leyes de enriquecimiento ilícito a un “estándar de vida” por encima de lo que es acorde con las fuentes conocidas de ingresos, más bien que a riqueza o activos. NEPAL utiliza el término “estilo de vida incompatible o inadecuado.” En ese sentido, los términos “estilo de vida” o “nivel de vida” no son, en sentido estricto, elementos de la delincuencia. No obstante, es importante llamar la atención sobre el “nivel de vida” o “estilo de vida”, porque es la manifestación visible del enriquecimiento ilícito y puede conducir a la presentación de denuncias”³⁶.

1.2.4 La intención de enriquecerse y la ausencia de justificación legítima

Finalmente, los dos últimos elementos: la intención (incluyendo la conciencia o conocimiento), y la ausencia de justificación. El conocimiento del hecho de que se está enriqueciendo de manera lícitamente inexplicable y la voluntariedad en hacerlo no es una exigencia expresa en la definición de enriquecimiento ilícito de la CICC.

Sin embargo, como nos hace recordar PICHLER, las leyes penales de las distintas naciones suelen poseer disposiciones que afirman que todo delito sólo se comete de forma dolosa o imprudente, y que la punibilidad de los hechos delictivos cuando perpetrados imprudentemente debe estar taxativamente explicitada. En lo que dice respecto a la

³³ PICHLER, Pablo Andrés Rojas. Op. cit. 227.

³⁴ DELGADO, Juana del Carpio. Op. cit. 46.

³⁵ DORNBIERER, Andrew. Op. cit., p. 26.

³⁶ MUZILA, Lindy *et al.* Op. cit. p. 22.

CNUCC, dichos *conocimiento* y *voluntariedad* son requisitos expresamente dados en su art. 20 por usar la expresión “cuando se cometa intencionalmente”. De este modo, “todo Estado (*parte*) que decida introducir el delito de enriquecimiento ilícito a su legislación interna sólo lo podrá tipificar en su forma dolosa”³⁷.

Al tenor del artículo 28 de la CNUCC, el estado mental del acusado no tiene que ser demostrado, sino que se puede inferir de las circunstancias fácticas objetivas del caso concreto, es decir, esta deducción, puede realizarse por la constatación de “importantes transferencias de fondos de personas o entidades con las que el funcionario público no tiene ninguna relación de negocios legítima, grandes pagos en efectivo realizados por el funcionario público, o el uso continuado y deliberado de propiedades lujosas adquiridas inexplicablemente”. Además, hay que considerar que la intención que se debe perquirir en el delito de enriquecimiento ilícito está relacionada solamente con el aumento de los activos y no con cualquier otra conducta indebida previa³⁸.

La falta de una justificación razonable para el enriquecimiento es un rasgo común entre la CICC y la CNUCC y un elemento esencial de este ilícito, definiéndose en ambas como un incremento significativo del patrimonio del funcionario público que no pueda ser razonablemente justificado por él. Este es el más controvertido de los elementos, porque muchos consideran que esta formulación pone la carga de la prueba sobre el funcionario público, algo que infringe el principio fundamental de la presunción de inocencia, y entonces esta carga tendría que recaer sobre la fiscalía³⁹.

De hecho, como advierte DORNBIERER, las leyes sobre enriquecimiento ilícito existentes no requieren que el Estado indique que una persona haya sido condenada por alguna actividad delictiva previa, o que al menos demuestre que los activos se deriven probablemente de un delito. Por el contrario, los tribunales han fundamentado una sanción penal o civil únicamente “en la adquisición, obtención o el uso de una cantidad

³⁷ PICHLER, Pablo Andrés Rojas. Op. cit. 230.

³⁸ MUZILA, Lindy *et al.* Op. cit. p. 24-25. El Artículo 28 de la CNUCC establece que “el conocimiento, la intención o el propósito requeridos como elementos de un delito establecido de conformidad con esta Convención podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.”

³⁹ *Ibidem*, p. 26. Véase lo mismo en CARTOLANO, Vicente *apud* DELGADO, Juana del Carpio. Op. cit. 51.

determinada de activos por parte de una persona, que no pueda justificarse, o no se haya justificado, en comparación con sus ingresos legítimos”⁴⁰.

En términos generales, para la configuración del enriquecimiento ilícito, sea en leyes civiles o penales, la fiscalía emprende investigación en contra de una persona que durante cierto tiempo ejerce el encargo de funcionario público y logra demostrar que él ha adquirido la propiedad de activos de valor significativamente mayores que sus ingresos legítimos, además de demostrar que dicho funcionario público tuvo la intención de enriquecerse. Cuando se establezcan estos elementos, surge la presunción relativa (*juris tantum*) de que este enriquecimiento es ilícito, es decir, una presunción refutable que el órgano juzgador considerará verdadera salvo se aporten pruebas en contrario. Si el funcionario logra demostrar la licitud de sus ganancias, será absuelto. De lo contrario, será declarado culpable. De hecho, se nota que, una vez que la fiscalía ha logrado demostrar, más allá de toda duda razonable, que las riquezas acumuladas intencionalmente por el funcionario público durante el ejercicio de su cargo no encuentran origen en medios lícitos, el resultado del caso lo determinará su defensa (véase figura 1.1 abajo).

“En cuanto a la naturaleza precisa de la carga de la fiscalía, los tribunales de Argentina han sostenido repetidamente que “la acusación lleva toda la carga de la prueba.” Esto incluye la presentación de pruebas que demuestren que las fuentes legítimas o ingresos oficiales no pueden dar cuenta de la “desproporción” en la riqueza. Los tribunales de India también han sostenido que la carga de demostrar activos desproporcionados a los ingresos conocidos sin explicación satisfactoria, recae en la fiscalía. En esencia, el acta de acusación debe demostrar la existencia de activos desproporcionados”⁴¹

⁴⁰ DORNBIERER, Andrew. Op. cit., p. 29.

⁴¹ MUZILA, Lindy *et al.* Op. cit., p. 26

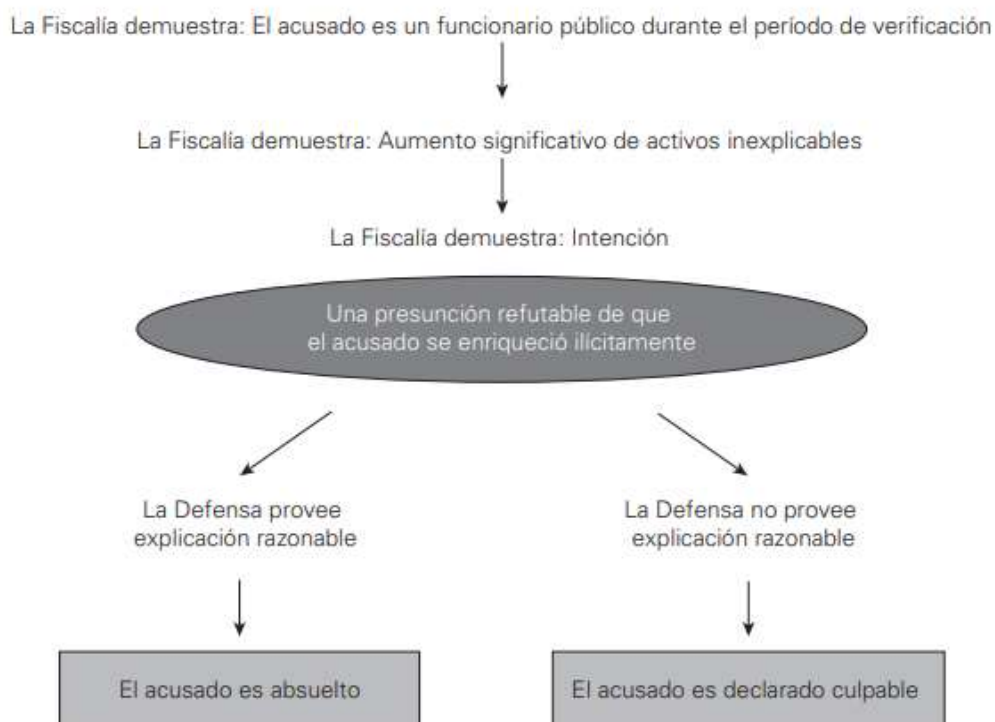


Figura 1.1. Secuencia general de acontecimientos en un caso de enriquecimiento ilícito⁴²

Por el hecho de este elemento en la configuración del enriquecimiento ilícito es lo que ha fundamentado las principales críticas sobre su legitimidad frente al principio de presunción de inocencia y otros que emanan de él, la Guía Legislativa de las NU para la aplicación de la CNUCC hace hincapié en el hecho de que no se está delante de una presunción de culpabilidad, ya “que la carga de la prueba la sigue teniendo el ministerio fiscal, que ha de demostrar que el enriquecimiento del acusado es superior a sus ingresos legítimos”⁴³.

A pesar de todos los intentos de algunas jurisprudencias y de la mismísima NU por explicar que la carga de la prueba y la presunción de inocencia no son afectadas, es imposible no notar que, aunque la fiscalía cumpla con el aporte de las pruebas en las que se demuestre que un agente público ha logrado acumular activos sin origen en medios lícitos, es un hecho innegable que al agente público no le quedará otra solución que renunciar a su derecho a guardar silencio y pronunciarse a su propio favor sobre los

⁴² MUZILA, Lindy *et al.* Op. cit. p. 25, con adaptaciones.

⁴³ NU/UN. Naciones Unidas. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. **Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción**. 2^a ed. Nueva York: Naciones Unidas, 2012, párrafo 297. Disponible en https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Guia_legislativa.pdf. Acceso en 20 de junio de 2022.

elementos de su riqueza ya que no habrá otro modo de rechazar la presunción de que ha logrado enriquecerse por medios ilegítimos. Como se verá a lo largo de este trabajo, asumir esta realidad, es decir, la mitigación al principio de presunción de inocencia y los demás que están relacionados, no es un problema *per se*; se convierte en una situación de acalorado debate doctrinal al momento de tenerlo (el enriquecimiento ilícito) como una herramienta al mismo tiempo equilibrada y legalmente viable, en términos de balance entre derechos fundamentales, y eficaz en el combate a la corrupción⁴⁴.

1.3 Las categorías de leyes contra el enriquecimiento ilícito

Aunque la manera más común de tipificar el enriquecimiento ilícito ha sido como delito, principalmente tras la impulsión de los convenios que fueron analizados, este se ha introducido en las diversas legislaciones como medida de carácter preventivo no penal, con sanciones civiles y administrativas y el decomiso de las ganancias inexplicables, una alternativa ya señalada por la Oficina contra la Droga y el Delito de la ONU, puesto que no sufren las rígidas restricciones del principio de presunción de inocencia y no traen consigo el peso de la pena de prisión⁴⁵.

De modo general, siguiendo la clasificación propuesta por DORNBIERER, las leyes sobre enriquecimiento ilícito existentes pueden ser clasificadas en penales y civiles, además de otras leyes enfocadas en la recuperación de activos a lo largo de procesos

⁴⁴ En España, por ejemplo, un país que todavía no ha cedido a la penalización del enriquecimiento ilícito (como el restante de Europa, con excepción de Francia, aunque con ciertas particularidades, como será visto adelante), hay posiciones diametralmente opuestas. Hay doctrinadores que son fuertemente contrarios a ello, como el Profesor Dr. Eduardo A. Fabián Caparrós, de la Universidad de Salamanca, por no concordar con cualquier mitigación al principio de la presunción de inocencia, al paso que hay otros, como la Profesora Dra. Mercedes Fernández López, de la Universidad de Valencia, que son de la misma opinión expresada por las Naciones Unidas, es decir, de que no hay que hablar en inversión de la carga de la prueba, ya que aportar pruebas de la licitud de sus ganancias es tan solo la forma que tiene el enjuiciado de ejercitar su derecho de defensa. Conf., respectivamente: CAPARRÓS, Eduardo A. Fabian. **Blanqueo de capitales, enriquecimiento ilícito y decomiso de bienes. Debate sobre la presunción de inocencia.** In: OPEZ, Fernando Rodríguez; GARCÍA, Nicolás Rodríguez. *Corrupción y desarrollo*. 1ª ed. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 336-341; LÓPEZ, Mercedes Fernández. **Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de enriquecimiento ilícito.** In: MELLADO, José M^a Asencio; LÓPEZ, Mercedes Fernández. *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*. 1ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 267-298).

⁴⁵ NU/UN. Naciones Unidas. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. **The global programe against corruption. Anti-corruption toolkit.** 2ª ed. Viena: Naciones Unidas, 2004, p. 513. Disponible en https://www.unodc.org/documents/corruption/Toolkit_ed2.pdf. Acceso en 20 de junio de 2022. “*An alternative to criminalization of unexplained wealth could be to provide instead for administrative sanctions that do not require the unconditional presumption of innocence and that do not carry the stigma of conviction or make a person liable to imprisonment. Examples would be loss of office, loss of licences and procurement contracts, and exclusion from certain professions*”.

penales, a la consideración de los estándares probatorios exigibles y las penas que imponen⁴⁶.

El autor antes citado dice que las leyes sobre enriquecimiento ilícito penales son aquellas que le dan un estatus de delito, “se aplican de conformidad con procedimientos penales y conllevan sanciones penales”, como prisión, multa y decomiso. Los estándares probatorios aquí suelen ser más rígidos (más allá de toda duda razonable) y se cobra mayor rigor a la hora de aplicar los principios y garantías fundamentales del enjuiciado, como el principio de presunción de inocencia y su derecho a mantenerse en silencio sin que de ello se puedan sacar conclusiones en su contra⁴⁷.

Como ejemplo de ley de enriquecimiento ilícito penal tenemos el art. 268 (2), del Código Penal de Argentina:

Art. 268 (2): “Será reprimido con **reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.** Se entenderá que hubo enriquecimiento no sólo cuando el patrimonio se hubiese incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se hubiesen cancelado deudas o extinguido obligaciones que lo afectaban. La persona interpuesta para disimular el enriquecimiento será reprimida con la misma pena que el autor del hecho”⁴⁸ (Negrita fuera de texto original).

Otra legislación que ejemplifica una ley penal de enriquecimiento ilícito se encuentra en el Código Penal de Chile, en su art. 241 bis:

⁴⁶ DORNBIERER, Andrew. Op. cit., p. 32.

⁴⁷ DORNBIERER, Andrew. Op. cit., p. 35-36.

⁴⁸ ARGENTINA. Información Legislativa. **Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado)**. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>. Acceso en 20 de junio de 2022.

“El empleado público que durante el ejercicio de su cargo obtenga un incremento patrimonial relevante e injustificado, será sancionado con multa equivalente al monto del incremento patrimonial indebido y con la pena de inhabilitación absoluta temporal para el ejercicio de cargos y oficios públicos en sus grados mínimo a medio.

Lo dispuesto en el inciso precedente no se aplicará si la conducta que dio origen al incremento patrimonial indebido constituye por sí misma alguno de los delitos descritos en el presente Título, caso en el cual se impondrán las penas asignadas al respectivo delito”⁴⁹ (destacado por mí).

Se puede notar que, a pesar de la diferencia en la redacción de ambas, el hecho delictivo básico – el incremento de los activos del agente público a través de medios ilegítimos – es lo mismo. Una observación que me parece importante se encuentra en las penas aplicadas al agente. Aparentemente, por una cuestión de política criminal y respeto al principio de la proporcionalidad de la pena (y quizá una compensación por la mitigación del principio de la presunción de inocencia), no se le aplica al delito de enriquecimiento ilícito en Chile una pena privativa de libertad, ya que expresamente lo toman como delito subsidiario frente a otros delitos más graves que, de llegar a ser comprobados, podrían llevar al incremento patrimonial indebido.

Una redacción interesante tiene el Código Penal francés. En su art. 321-6, cualquier persona que no pueda justificar los recursos correspondientes a su nivel de vida ni a los bienes que posee y que mantenga una relación habitual con una o más personas que se dediquen a la comisión de delitos con pena de prisión de al menos cinco años será sancionada con multa de 75 mil euros y 3 años de prisión⁵⁰. Se nota que, aunque presente la característica de la innecesaria vinculación entre el patrimonio inexplicable y una actividad delictiva previa, a la fiscalía, además de la obligación de probar que hubo un

⁴⁹ CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Ley Chile. **Código Penal**. Disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984&idVersion=2022-04-09&idParte=>. Acceso en 20 de junio de 2022.

⁵⁰ REPUBLIQUE FRANÇAISE. Légifrance. **Code Pénal**. Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070719/>. Acceso en 20 de junio de 2022. Texto original (art. 321-6): “*Le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de ne pas pouvoir justifier de l'origine d'un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect, soit sont les victimes d'une de ces infractions, est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende*”.

incremento patrimonial legalmente inexplicable, se le obliga aportar pruebas de una relación con una tercera persona de la que tiene comprobado que es un criminal, un refuerzo a la presunción de que el acusado se ha enriquecido de manera inexplicada, y que fue de manera ilícita, con fundamento en una señal comportamental.

De otra parte, las leyes civiles sobre enriquecimiento ilícito se aplican de conformidad con procedimientos de la misma especialidad, es decir, son aplicadas de conformidad con un estándar probatorio civil (por ejemplo, el balance de probabilidades, al cual se añade la prueba por presunción y la distribución dinámica de la carga de la prueba) y “pueden dar lugar a una orden de compensación o reparación civil” contra el imputado, es decir, se le exige la entrega de la cantidad equivalente del enriquecimiento ilícito⁵¹, una especie de confiscación sin carácter penal, con la finalidad de volver la situación patrimonial del demandado al *status quo ante* y socializar lo que presuntamente se originó de medios ilícitos, puesto que los lesionados suelen ser toda la sociedad.

Como ejemplo de ley civil de enriquecimiento ilícito tenemos la Ley contra la Corrupción y los Delitos Económicos (*Anti-Corruption and Economic Crimes Act*) de Kenia, que permite al poder judicial decretar una orden de decomiso civil contra una persona (cualquier persona, no solamente un funcionario público) si se considera que posee “activos de procedencia inexplicable” o activos que son “desproporcionales” a las “fuentes de ingresos conocidas” de la persona y esta no puede justificar su origen, desde que los tenga adquirido “durante o al tiempo” que “se sospechaba razonablemente de la comisión de un acto de corrupción o delito económico”⁵².

Otros dos ejemplos de países que hacen uso de este tipo de ley, aunque no el ámbito específico del enriquecimiento ilícito, son Italia y EE.UU. Sobre ellos, la Oficina contra la Droga y el Delito de la ONU informa que:

“Otros estados como Italia también enriquecieron su marco legal con procedimientos administrativos especiales que permiten el decomiso y la confiscación de activos independientemente de la condena penal. El art. 2 ter de la Ley 31 de mayo de 1965/n ° 575 prevé la incautación de bienes que sean

⁵¹ DORNBIERER, Andrew. Op. cit., p. 35-36.

⁵² DORNBIERER, Andrew. Op. cit., p. 34.

propiedad directa o indirecta de cualquier persona sospechosa de participar en asociaciones de tipo mafioso cuando su valor parezca no estar en proporción con sus ingresos o actividades económicas, o cuando pueda argumentarse razonablemente, con base en la prueba disponible, que dichos bienes son producto de actividades ilícitas o del uso de los mismos. En consecuencia, los bienes incautados quedan sujetos a decomiso si no se puede probar su origen lícito. La Ley contra el Abuso de Drogas de los Estados Unidos 31 U.S.C. § 5316 prevé el llamado "decomiso civil". A diferencia del decomiso penal, este tipo de medida no exige prueba más allá de toda duda razonable del origen ilícito de los bienes a decomisar, sino que considera suficiente la causa probable. Las reglas de prueba del proceso penal no son aplicables. Si el origen ilegal es probable, la carga de la prueba pasa al propietario, quien debe probar el origen legal de la propiedad. Sin embargo, la confiscación civil ha sido fuertemente criticada por violar los derechos de defensa y de propiedad privada.”^{53,54}

A diferencia del decomiso sin condena o del decomiso ampliado⁵⁵, que se procesan en el ámbito penal, en las leyes antes citadas no es necesaria la comprobación de un hecho delictivo previo para que los bienes de los sospechosos sean decomisados o confiscados,

⁵³ NU/UN. Naciones Unidas. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. **The global programe against corruption. Anti-corruption toolkit**. Op. cit., p. 515-516.

⁵⁴ En cuanto a la confiscación preventiva antimafia italiana, presente en la Ley de 31 de mayo de 1965/n° 575, Cordero nos informa que “El TEDH ([...] en los asuntos *Marandino*, *Raimondo* y *Priscoadmitte* [...]) que el comiso antimafia se basa en la presunción de que los bienes de la persona acusada de pertenecer a una asociación criminal constituyen el beneficio de actividades ilícitas o de su reutilización; pero considera tal presunción compatible con la presunción de inocencia y con el principio de culpabilidad, porque *las presunciones de hecho o legales están presentes en muchos Estados y no son en principio contrarias al Convenio* (Convenio Europeo de Derechos Humanos – CEDH). Los Estados parte tienen la obligación de permanecer dentro de los límites de lo razonable, han de tener en cuenta la importancia de los intereses en juego y garantizar que el derecho de defensa, la presunción de inocencia y el concepto del juicio justo no resultan violados, dando al sujeto la posibilidad de rebatir la presunción de culpabilidad aportando prueba en contrario”. Conf. CORDERO, Isidoro Blanco. **Comiso ampliado y presunción de inocencia**. *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*. Granada: Comares, 2008, p. 69.

⁵⁵ Sobre el decomiso sin condena, Eduardo Caparrós nos informa que este ocurre “en casos en los que queda acreditada la existencia de una determinada actividad delictiva de la que ha derivado un patrimonio, pero no se puede condenar por razones que derivan de la situación personal del reo: fallecimiento sobrevenido, imposibilidad de juzgarlo por encontrarse en rebeldía, incapacidad física o psíquica para comparecer, etc.”. En cuanto al decomiso ampliado, citado autor nos dice que cuando alguien es condenado por algún delito, además del decomiso aplicable a causa de ello (sobre los bienes utilizados en el delito o provenientes de ello directamente), cabe al magistrado en España extenderlo a aquellos otros bienes que, «a partir de indicios objetivos fundados», considere que proviene de alguna otra actividad delictuosa. Esta es la figura conocida en los países de habla hispana como decomiso ampliado (que en España se regula por el art. 127 *bis* del Código Penal), que incide sobre la totalidad de los bienes del condenado, incluso sobre aquellos que tan sólo se sospecha que proceden de actividades delictivas, una presunción *jures tantum* que debe ser elidida por el acusado, presunción sobre la cual citado autor haz duras críticas (conf. CAPARRÓS, Eduardo A. Fabian. **Blanqueo de capitales, enriquecimiento ilícito y decomiso de bienes. Debate sobre la presunción de inocencia**. In: OPEZ, Fernando Rodríguez; GARCÍA, Nicolás Rodríguez. *Corrupción y desarrollo*. 1ª ed. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017, p. 344-347). Conocido en Brasil como “confisco alargado”, el decomiso ampliado fue incorporado al Código Penal brasileño en 2019, por la Ley n° 13.964, que le introduce el novedoso art. 91-A.

aunque allí sean necesarias pruebas de una sospecha o conjetura justificada de una actividad delictiva anterior.

Dado que las leyes civiles de enriquecimiento ilícito no exigen que el Estado demuestre la existencia de una actividad delictiva (en cambio, a menudo permiten la presunción de que se ha producido un delito), hay considerables inquietudes relacionadas a abusos y posible violación de derechos fundamentales de los involucrados. Así que, en aras de remediar esta problemática, se han escrito varias leyes civiles de enriquecimiento ilícito a las que se incluyeron ciertas salvaguardas para minimizar dicha posibilidad. La ley de enriquecimiento ilícito civil en Australia (a nivel federal) y las dos leyes de enriquecimiento civil en las jurisdicciones estatales australianas de Nueva Gales del Sur y Queensland, por ejemplo, permiten que un magistrado se niegue a dictar una “orden de riqueza inexplicada” si considerare que le hace falta un "interés público". Ya la ley civil de enriquecimiento ilícito de las Bahamas, para alejar una posible autoincriminación, incluye una disposición expresa que especifica que cualquier información divulgada en las declaraciones durante el proceso de enriquecimiento ilícito no puede usarse en un proceso penal contra la persona (excepto en un proceso que se relaciona directamente con la falsedad de la declaración). En Filipinas, la ley de enriquecimiento ilícito, con el intuito de evitar su uso abusivo con fines políticos, trae una disposición que prohíbe iniciar una denuncia contra funcionarios públicos dentro de un año de una elección general y tres meses de una elección especial. Asimismo, prohíbe que se dicten sentencias dentro de los seis meses de una elección general y tres meses de una elección especial⁵⁶.

En este punto, me interesa destacar que, a medio camino entre las leyes penales y las leyes civiles de enriquecimiento ilícito, tenemos el ejemplo *sui generis* de Brasil, que, en el ámbito judicial civil, tiene un procedimiento que comporta elementos originados de un proceso administrativo, al final del cual son aplicadas al infractor del enriquecimiento ilícito, además de la pérdida de los bienes y valores incorporados de manera inexplicables a su patrimonio y de sanciones de naturaleza política, también sanciones de multa, pérdida del cargo e inhabilitación temporal para el ejercicio de cargos públicos.

⁵⁶ DORNBIERER, Andrew. **Illicit Enrichment: A Guide to Laws Targeting Unexplained Wealth**. Basel: Basel Institute on Governance, 2021, p. 70. Disponible en illicitenrichment.baselgovernance.org. Acceso en 20 de junio de 2022.

Por su naturaleza, como se verá con más detalles en las próximas páginas, el modelo brasileño en ocasiones suele ser etiquetado materialmente en el área del Derecho Administrativo, tanto por algunos doctrinantes brasileños (para los cuales ese proceso demandaría la observancia del patrón probatorio que coincide con los principios del Derecho Administrativo Sancionador, en adelante DAS), como por doctrinantes ajenos. En cuanto a estos últimos, destacó DORNBIERER, juntamente con Angola, el país (que, como Brasil, tipifica el enriquecimiento ilícito como un acto de improbidad administrativa)⁵⁷, y PICHLER, cuando a él se refiere como modelo de sanción administrativa alternativo a las sanciones penales al enriquecimiento ilícito de la que habla la Oficina contra la Droga y el Delito de la ONU⁵⁸. Sin embargo, antes de profundizar en el tema, exactamente por la supuesta influencia que ejerce la dogmática constitucional penal y procesal penal en el DAS, paso al análisis de algunos elementos constitucionales involucrados con la pertinencia de la sanción del enriquecimiento ilícito.

⁵⁷ DORNBIERER, Andrew. *Illicit Enrichment*. Op. cit., p. 45. El enriquecimiento ilícito en Angola está regulado por Ley n ° 3/2010, de 29 de marzo, conocida como “Lei da Probidade Pública”.

⁵⁸ PICHLER, Pablo Andrés Rojas. Op. cit. 230.

CAPÍTULO 2. La incriminación del enriquecimiento ilícito y sus justificaciones

Como solución a los problemas relacionados con la dificultad en si identificar y recuperar el producto de los delitos de corrupción, de conformidad con lo que he apuntado en la introducción de este trabajo, en lugar de centrarse en la actividad delictiva en sí misma, decenas de países de todo el mundo han intentado abordar estos desafíos mediante la promulgación de leyes de enriquecimiento ilícito que se centran en los resultados evidentes o demostrables de los actos delictivos o la corrupción, es decir, el incremento de las ganancias. Estas leyes permiten a los investigadores y las fiscalías recuperar activos que claramente no provienen de fuentes lícitas sin tener que probar, mediante una estándar probatorio penal o civil, el hecho delictivo que dio origen a ellos ⁵⁹.

En esa senda, como se ha visto en el capítulo anterior, algunos estados han elegido el Derecho Penal como camino en aras de fortalecer su capacidad para combatir la corrupción y recuperar los activos. Basados en la idea de que la riqueza inexplicable de un funcionario público puede, de hecho, ser el producto visible de la corrupción, algunos países trataron de incriminar el enriquecimiento ilícito de sus agentes públicos, principalmente tras la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC)⁶⁰, no obstante la problemática relacionada a la presunta violación al principio de la presunción de inocencia y derechos individuales correlacionados a ello y otras cuestiones a las que me propongo a contrarrestar en la secuencia.

2.1 Argumentos favorables

2.1.1 La existencia de un bien jurídico que merece protección

El principio de lesividad es el principio fundamental de legitimidad del Derecho Penal en el Estado Democrático de Derecho, por lo que el estado solo tiene legitimidad para ejercer el *jus puniendi* frente a conductas que han lesionado un bien jurídico o lo han expuesto a peligro de lesión. Sobre el tema, FERRAJOLI escribió que “el derecho penal tiene el deber de prevenir los gravísimos costos individuales y sociales que presentan estos

⁵⁹ DORNBIERER, Andrew. Op. cit., p. 11.

⁶⁰ MUZILA, Lindy *et al.* Op. cit., p. 7-8.

efectos nocivos y sólo ellos pueden justificar el costo de las penas y prohibiciones. No podemos ni debemos pedir más al derecho penal”⁶¹. En el Estado Democrático de Derecho, la intervención del Derecho Penal debe ser mínima, dado que la sanción penal, en la mayoría de los casos, a veces coarta el mayor bien del ser humano: su libertad.

Ante la necesidad de elegir un bien jurídico, debemos primero buscar la definición de bien jurídico penal. Habría de ser algo realmente importante, para merecer la tutela del Derecho Penal, considerando que esta área de las Ciencias Jurídicas suele ser la última barrera de protección contra los hechos humanos que se traducen en malezas sociales. En esta senda, en cuanto a la noción de bien jurídico penalmente relevante, actualmente tenemos dos teorías que intentan definirlo: la teoría sociológica, con destaque a la teoría sistémico-funcional, y la teoría constitucionalista.

Para la primera, la teoría sociológica sistémico-funcional:

“el bien jurídico se define y reduce a las condiciones-posibilidades esenciales de participación en el diálogo social (interacción), condiciones que posibilitan la integración en el subsistema respectivo, garantizando así la funcionalidad del sistema social. Correlativamente, el delito es reconocido como un 'hecho socialmente dañino', como una 'violación de las expectativas' de los destinatarios de las normas penales (que, precisamente, tienen la función de proteger las condiciones 'mínimas' de interacción social). Para esta concepción, por tanto, el bien jurídico “se vacía de toda dimensión axiológica, y el delito es indiferente a toda valoración ético-jurídica, agotándose únicamente, en la inadecuación del hecho a la funcionalidad eficiente del sistema (noción sociológico-funcional). La convivencia social sólo es posible cuando cada persona puede razonablemente contar (expectativa) (confianza) con un determinado comportamiento (reacción) por parte del otro receptor de la norma penal (interacción social). Bien, la preservación de esta indispensable confianza en la norma (Normvertrauen) exige que cada incumplimiento de las expectativas (protegido por la respectiva norma penal) corresponda una sanción que restablece y refuerza el sentimiento de vigencia efectiva de la norma. En conclusión, la pena (la punibilidad de un hecho) no se funda en la antijuridicidad de la conducta en sí ni en la culpabilidad ético-

⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 372.

personal del infractor, sino, por el contrario, se basa en la 'nocividad social del hecho' (violación de la norma como patrón regulador del contacto social) y su función es restaurar la confianza en la ley (Rechtstreue - prevención general positiva de la integración), i. es garantizar en última instancia la funcionalidad del sistema social”⁶².

En resumen, “el Derecho es visto como un subsistema del sistema social general. Y el crimen se convierte en un comportamiento disfuncional, es decir, un obstáculo para el funcionamiento del sistema social. El Derecho Penal tiene por objeto proteger el citado funcionamiento, frente a de un evento socialmente dañino”⁶³.

Se nota que, como se ha dicho, en esta teoría no se persigue una noción objetiva de bien jurídico, puesto que cualquier efecto de carácter dañino al funcionamiento social puede ser considerado para la actuación del Derecho Penal. Por lo tanto, por la teoría sociológica, el legislador ordinario no estaría obligado a ninguna especie de vínculo al elegir los tipos incriminatorios y sus respectivas sanciones, y tampoco habría posibilidad de impedir o dificultar la discrecionalidad del intérprete en la búsqueda de los específicos objetos de protección, algo que podría abrir espacio a racionamientos sin cualquier origen normativo concreto, lo que, por consiguiente, podría dar paso a la arbitrariedad. Además, no basta con que un bien jurídico ostente “importancia social suficiente” para alcanzar el estatus de protección penal. También es fundamental que otros medios de defensa menos lesivos no sean suficientes para su protección: si la intervención administrativa, civil o de cualquier otra rama del derecho es suficiente, un bien no debe ser elevado a la categoría de “bien jurídico-penal”.

Por una parte, si la teoría sociológica sistémico-funcional puede parecer demasiado amplia, las teorías constitucionales del bien jurídico se concentran en las normas constitucionales como dirección a ser seguida por el legislador penal a la hora de delimitar un bien jurídico. Pueden ser agrupadas en teorías de carácter general o amplio y teorías estrictas. Las primeras se refieren al texto constitucional de manera genérica y amplia,

⁶² TAIPA DE CARVALHO, Américo A. **Condicionalidade sociocultural do Direito Penal**. Coimbra: Faculdade de Direito, 1985. *apud* PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 48.

⁶³ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 49.

con referencia a la forma de Estado constitucionalmente establecida, a los principios que inspiran la norma fundamental y sobre los que se construye el sistema punitivo ⁶⁴.

Ejemplo de ello está en las lecciones de RUDOLPHI, para quien los valores fundamentales deben tener referencia constitucional y el legislador ordinario se vincula obligatoriamente a la protección de los bienes jurídicos anteriores al orden penal, cuyo contenido se determina de conformidad con los valores antes señalados. Señala que el Estado de Derecho es más que un simple estado de legalidad, puesto que solamente encuentra su verdadera legitimidad en la idea de justicia material. En este contexto, el bien jurídico se concibe como una valiosa unidad de función social, indispensable para la supervivencia de la comunidad y que tiene como parámetro básico la norma constitucional ⁶⁵.

Por otra parte, las teorías constitucionales estrictas se orientan primordialmente por el texto constitucional, a nivel de sus prescripciones específicas (explícitas o implícitas), a partir de las cuales se encuentran los objetos de protección y la forma en que deben ser cubiertos, ciñendo las actividades del legislador infraconstitucional dentro de márgenes más precisos ⁶⁶.

GONZÁLES RUS, al recordar las enseñanzas del maestro italiano BRICOLA, nos dice que:

“los criterios de determinación del ilícito penal se derivarían del papel preferente otorgado a la libertad personal en la norma fundamental italiana, cuya preeminencia exigiría que su privación sólo se produjera cuando se trata de atentados a bienes equiparables a la misma, o por lo menos dotados de relieve constitucional. No bastaría, por eso, con la simple incompatibilidad de la Constitución y el bien a tutelar, sino que será preciso que el mismo se encuentre

⁶⁴ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 63.

⁶⁵ RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs. Festschrift für Richard M. Honig*. Göttingen: Verlag, 1970 *apud* PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 64-65.

⁶⁶ GONZÁLES RUS, Juan José. *Bien jurídico y Constitución*. Madrid: Mach, Serie Univ. 201, s. f., p. 24.

entre los que expresa o implícita-- mente se encuentran contemplados por la propia Constitución”⁶⁷.

En vista de los dos conceptos de bien jurídico-penal presentados en las teorías sociológica sistémico-funcional y constitucional, SANTIAGO MIR PUIG muestra que, aunque aparentemente resultan siendo excluyentes, no se anulan, sino que ambos conceptos son complementarios, diciendo que:

“debe quedar claro el sentido en que se alude a este aspecto funcional: no como exclusión de los concretos objetos existenciales del concepto de bien jurídico, sino como análisis del sentido funcional en que dichos objetos merecen protección como bienes jurídicos. Sólo así podrá cumplir el concepto de bien jurídico la función política liberal que se considera esencial en él: la de ofrecer una concreción material – y no sólo formal como la literalidad de los tipos penales – de los distintos estados valiosos que por su importancia reclamen la tutela penal”⁶⁸.

De esta forma, la concepción que debe tenerse en cuenta en la configuración del bien jurídico se fundamenta en la experiencia social, así como en la orientación constitucional vigente. Se funda, por tanto, en la realidad social y en bases constitucionales, en una relación de complementariedad basada en la razonabilidad y proporcionalidad.

Así que, por todo lo que fuera expuesto en cuanto a la definición de bien jurídico y a la consideración de que: *a)* la lesividad de los actos de corrupción al desarrollo económico y social de un país y a la garantía de los derechos humanos dentro de su territorio es una amenaza real; *b)* las constituciones de la gran mole de los países basados en el Estado Democrático de Derecho traen en su texto la preocupación por garantizar los medios para promover dicho desarrollo socioeconómico y la defensa de los derechos humanos; y *c)* mantener el buen funcionamiento de las instituciones públicas es algo imprescindible para lograr los citados intentos, no hay otra conclusión de que entonces tenemos la base constitucional y social para elegir el correcto funcionamiento de la Administración

⁶⁷ Ibidem, p. 27.

⁶⁸ PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal. Parte General**. 8ª ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006, p. 163.

Pública o el regular desarrollo de la actividad del Estado como bien jurídico penalmente relevante, al menos genérico.

De hecho, en sentido restringido, la Administración Pública se traduce como actividad del poder ejecutivo. En un sentido amplio, la Administración Pública comprende las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, y puede ser considerada como el conjunto de funciones que desempeñan los órganos del Estado, en la consecución del bien colectivo. Ello porque, según MORAES, la Administración Pública puede definirse, objetivamente, como la actividad concreta e inmediata que desarrolla el Estado para la consecución de los intereses colectivos y, subjetivamente, como el conjunto de órganos y personas jurídicas a los que la ley asigna el ejercicio de la función administrativa de Estado ⁶⁹.

Y es que, para desarrollar regularmente su labor, la Administración Pública en sentido amplio con cada uno de sus agentes públicos deben basar sus acciones en los principios constitucionales, con especial atención a los principios que la vinculan: legalidad, imparcialidad, moralidad pública, eficacia y publicidad (que, en la CFB, se encuentran explicitados en el art. 37). Exactamente en este último principio, la publicidad, es que reside el bien jurídico específico que se quiere proteger al criminalizarse el enriquecimiento ilícito: el subprincipio de la transparencia.

Es lo que afirma SUSANO, jueza portuguesa:

“El deber de transparencia de los titulares de los organismos públicos y de determinados funcionarios públicos, con funciones de decisión política, de comunicar con verdad las causas de su enriquecimiento es una circunstancia que confiere credibilidad y legitima el Estado democrático de derecho, valor constitucionalmente protegido.

Por tanto, son evidentes los elementos objetivos del tipo que debe consagrarse: la omisión de la declaración y la disconformidad del enriquecimiento con los ingresos lícitos conocidos” ⁷⁰.

⁶⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 305.

⁷⁰ SUSANO, Helena. **Criminalização do Enriquecimento Ilícito (dentro dos limites da CRP)**. *Julgar on line*, Lisboa, feb. 2013, p. 11. Disponible en <http://julgar.pt/da-criminalizacao-do-enriquecimento-ilicito-dentro/>. Acceso en 20 de junio de 2022.

A la misma conclusión llega RONCAL al final de su tesis magíster, con respecto a la identificación del bien jurídico del delito de enriquecimiento ilícito en Perú:

“El bien jurídico específico en el delito de enriquecimiento ilícito son los principios de transparencia y de probidad que rigen el ejercicio de las funciones públicas. En tal medida, en base al principio de transparencia, se ve plenamente justificada la exigencia de la obligación impuesta al funcionario de rendir cuentas al Estado respecto de su patrimonio. Lo último representa una forma de controlar la probidad con la que debe conducirse en el marco del ejercicio de su posición jurídico-institucional. Así también, en virtud del principio de transparencia, le es exigible al funcionario público mantener un status patrimonial acorde a los ingresos que de acuerdo a ley le corresponden”⁷¹

En el caso brasileño, por el hecho de que texto constitucional lo trae como principio expreso, se puede afirmar que existe otro bien específicamente protegido, al que también hacen hincapié las autoras portuguesa y peruana: la moralidad (probidad) administrativa, concebida como un deber de actuación más allá de la legalidad, una actuación íntegra y honesta.

Como bien enfatiza la exposición de motivos del Proyecto de Ley (PL) 5586/2005, con miras a acrecentar el delito de enriquecimiento ilícito al Código Penal brasileño, “lo que fundamentalmente se pretende proteger es el concepto de una Administración honesta y honrada, a la que tienen derecho todos los ciudadanos, y la imagen de transparencia y probidad de la Administración y de sus miembros”⁷².

En este punto, con referencia a la definición de los bienes jurídicos merecedores de la tutela penal, ganan destaque otras dos teorías complementarias entre sí y que refuerzan la necesidad del uso del Derecho Penal en la protección de determinados bienes jurídicos, como es el caso de la transparencia y la probidad administrativa, puesto que juntas

⁷¹ RONCAL, Cecilia Alexandra Pezo. **El bien jurídico específico en el delito de Enriquecimiento Ilícito**. Lima, 2015, p. 160 (Maestría con mención en Derecho Penal). Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible en <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5824>. Acceso en 20 de junio de 2022.

⁷² BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Lei e Outras Proposições. **Projeto de Lei 5586/2005**. Disponible en <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/292771>. Acceso en 20 de junio de 2022.

informan la obligación que tiene el legislador de proteger con la máxima efectividad lo que se define por bienes, derechos y garantías fundamentales. Vamos por ellas.

2.1.2 La prohibición de protección deficiente y la existencia de un mandato constitucional de incriminación

Hace tiempo que la doctrina constitucional se percató de que los derechos y garantías fundamentales traen más que posiciones jurídicas subjetivas de ventaja y protección de la persona frente a una eventual postura invasiva e ilegítima del Estado, especialmente en su ámbito existencial y de libertad. Más aún, encarnan un orden objetivo de valores, basado en el libre desarrollo de la personalidad y en el valor intrínseco de la persona humana, que impone no sólo una postura de abstención, sino también una actitud proactiva por parte de los poderes públicos y la sociedad en la implementación de medidas que conduzcan a la justicia social y garanticen las condiciones de igualdad material ⁷³.

Por ello, la obligación de observar, respetar y hacer efectivos los derechos fundamentales, implica un deber perenne del Estado, no sólo de acto y no omisión para materializar los valores sociales consagrados en la Constitución, sino también de descartar la posibilidad de ataques a bienes jurídicos fundamentales que pueden provenir sea de las autoridades públicas, sea de los particulares. Es decir, el Estado de cara a estos derechos y garantías fundamentales está obligado a protegerlos de la forma más eficiente posible o, en otros términos, se le prohíbe darles una protección deficiente. Para lograr éxito en esta labor, tenemos los mandatos de incriminación, los instrumentos para implementar la prohibición de la protección insuficiente en el ámbito del Derecho Penal.

La teoría de los mandatos de incriminación, que apareció por primera vez en Alemania, señala que las constituciones consignan materias sobre las que el legislador ordinario no tiene la facultad de legislar, pero sí la obligación de hacerlo, para proteger de forma adecuada y, en lo posible, integral determinados bienes o intereses. Podemos definir tales mandatos como instrumentos de la Constitución para brindar una adecuada y suficiente protección para algunos derechos fundamentales frente a lesiones o amenazas. Por lo tanto, crean un nuevo rol para las sanciones penales y para la relación entre el Derecho

⁷³ LIMA, Ricardo Alves de; DIAS JUNIOR, Eteócles Brito Mendonça. **Indicativos ou Mandados Constitucionais de Criminalização**. *Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito*, v. 2, n° 1, p. 176-207, nov. 2020, p. 183. Disponible en <https://revistas.pucsp.br/index.php/fid/article/view/176>. Acceso en 20 de junio de 2022.

Penal y la Constitución: se constituyen en uno de los aspectos de la protección de los derechos fundamentales, en la medida en que lo que se intenta con la incriminación de ciertos actos es prevenir que tales derechos sean limitados indebidamente ⁷⁴.

Procedentes del texto constitucional o del bloque de constitucionalidad, los mandamientos de tipificación penal imponen deberes al legislador ordinario de tipificar determinadas conductas que atenten contra los bienes jurídicos, o de no despenalizarlas o, aún, de no establecer una sanción irrazonable en atención a la esencialidad del bien jurídico protegido, y su carácter último ⁷⁵.

Dichos mandatos constitucionales de penalización se encuentran en algunas Constituciones europeas como la italiana, la alemana, la francesa y la española. En esta última, existe una orden de tipificación explícita en relación con el medio ambiente, delitos contra el patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España, entre otros. En Brasil, la Constitución de 1988 indica manifiestamente, en sus artículos 1º y 3º, la base para las órdenes de incriminación en el ordenamiento jurídico brasileño: es necesario que el bien o interés a ser protegido se derive de los fundamentos u objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil ⁷⁶.

A su vez, son los derechos fundamentales que dejan ver esos fundamentos y objetivos. Una vez consagrados explícita o implícitamente en el ordenamiento jurídico constitucional, aquellos derechos, individuales o supraindividuales (colectivos o transindividuales), imponen al poder público el deber de protegerlos, ya sea administrativa, legislativa o judicialmente, deber que se materializa en acciones de hecho y de derecho con el fin de evitar el vaciamiento de sus funciones constitucionales en la realidad concreta. En esa senda, se nos presentan las dos ramas de los mandatos de incriminación: los mandatos expresos y los mandatos tácitos. Antes de proceder con la

⁷⁴ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A teoria dos Mandados de Criminalização e o Combate Efetivo à Corrupção**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*. v. 5, p. 43-68, nov. 2014. Disponible en https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/issue/view/10. Acceso en 20 de junio de 2022.

⁷⁵ LIMA, Ricardo Alves de; DIAS JUNIOR, Eteócles Brito Mendonça. Op. cit. 194.

⁷⁶ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Op. cit., p. 59. “Art. 1º *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”.

diferenciación entre ellos, cabe una afirmación de pronto: sean ellos expresos o tácitos, los mandatos de incriminación se vuelven a la protección de derechos y garantías, los más importantes y por ello, al hablar de derechos y garantías fundamentales estamos hablando, necesariamente, de bienes jurídicos.

En lo que concierne a los mandatos expresos, la doctrina penal propugna por la existencia de criterios que se clasifican en amplios y restringidos de identificación de dichas ordenes en el texto constitucional. Para los partidarios de la primera, la existencia de la obligación legislativa en el derecho penal quedaría identificada aun cuando la norma constitucional utilizara términos suaves, no expresos, como la expresión “en los términos de la ley” u otra expresión similar ⁷⁷.

Para los partidarios de la segunda, el criterio restrictivo para identificar las órdenes de tipificación penal tendría que ser visto desde la perspectiva de los principios de mínima intervención, lesividad y proporcionalidad del derecho penal. De esta forma, tendrían que estar presentes otros indicios lingüísticos que hagan inequívoca la opción del poder constituyente por el uso del derecho penal. En estos términos, GONÇALVES niega el reconocimiento del carácter de órdenes de penalización a aquellas menciones constitucionales de las penas de la ley, sin otros elementos que hagan inequívoca la opción expresa por las sanciones penales y excluye del concepto aquellas normas constitucionales en las que se ordena la responsabilidad civil o administrativa, por lo que quedaría clara la inaplicabilidad de la responsabilidad penal ⁷⁸.

Al hablar sobre el tema, específicamente en el caso de Brasil, MORAES afirma que:

“estaría explícito en la Constitución Federal el deber del legislador de sancionar cualquier discriminación que viole los derechos y libertades fundamentales (Artículo 5 °, XLI y Artículo 3 °, IV) y la práctica del racismo (Artículo 5 °, XLII, parcialmente atendido por la Ley n ° 7.716/89, que olvidaron su orientación sexual, personas con enfermedades graves o minusválidas, etc.). Una importante

⁷⁷ TURESSI, Flávio Eduardo. **Bens jurídicos coletivos. Proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização.** Curitiba: Juruá, 2015 *apud* LIMA, Ricardo Alves de; DIAS JUNIOR, Eteócles Brito Mendonça. Op. cit. 198.

⁷⁸ GONÇALVES, Luis Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e proteção dos direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988.** Belo Horizonte: Fórum, 2007 *apud* LIMA, Ricardo Alves de; DIAS JUNIOR, Eteócles Brito Mendonça. Op. cit. 198.

orden de tipificación explícita está contenida en el art. 5 º, XLIII, al determinar el poder constituyente originario que la ley considerará como delitos no sujetos a fianza y no susceptibles de gracia o amnistía la práctica de la tortura, el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas conexas, el terrorismo y los tipificados como delitos atroces, por los cuales responden los mandantes, los ejecutores y los que, pudiendo evitarlos, se omiten” ⁷⁹.

En cuanto al tema de los mandatos de incriminación tácitos, serían aquellos que, aunque no expuestos manifiestamente, pueden extraerse de la valoración del texto constitucional en su conjunto, es decir, de la valoración de los valores difundidos a lo largo de la Constitución. Esto incluiría la protección penal de aquellos considerados como derechos y garantías individuales expresos, aunque no protegidos expresamente, así como de aquellos derechos supraindividuales o de tercera generación.

Es en ese sentido que CARBONELL MATEU aclara que no debe entenderse que el bien jurídico debe ser concreta y explícitamente proclamado por la norma constitucional. En cambio, la Constitución contiene un sistema de valores integrado por los derechos fundamentales, los derechos de los ciudadanos, los valores que emanan de ellos, los que son necesario y conveniente para hacer efectivos esos mismos derechos fundamentales y otros que simplemente surjan como desarrollo de aquéllos. Si a esto le sumamos la afirmación de que la interpretación que se haga de la norma fundamental no debe ser estática, sino dinámica, se puede concluir que el Derecho Penal se desarrolla protegiendo los valores proclamados a lo largo de la Constitución y los que de ella proceden ⁸⁰.

En esa senda, dentro de los derechos fundamentales supraindividuales está “el regular desarrollo de la actividad de la Administración Pública”. Sobre ello, FERRAJOLI ya aseveró que:

“Entre los bienes ajenos al derecho penal, cuyo perjuicio es necesario, aunque no suficiente, para la justificación de las prohibiciones penales, se encuentran, por razones obvias, todos los "derechos fundamentales", es decir, no sólo los clásicos derechos individuales y liberales, pero también colectivos y/o sociales, como el

⁷⁹ MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. Op. cit., p. 60.

⁸⁰ CARBONELL MATEU, Juan Carlos. **Derecho penal: concepto y principios constitucionales**. 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 37.

derecho al medio ambiente o a la salud. Pero también deben incluirse aquí bienes que no son derechos, como el interés colectivo, y ciertamente fundamental, de una administración pública no corrupta”⁸¹.

FREITAS, por ejemplo, afirma que el derecho fundamental a la buena administración pública es el

“derecho fundamental a la administración pública eficiente y eficaz, proporcionada a sus funciones, con transparencia, motivación, imparcialidad y respeto a la moral, participación social y plena responsabilidad por sus omisiones y comisiones. A este derecho corresponde el deber de la administración pública de observar, en las relaciones administrativas, la vigencia de la totalidad de los principios constitucionales que la rigen”⁸².

Refiriéndose específicamente a la tipificación del enriquecimiento ilícito, LIMA sostiene que existe un deber de probidad de los agentes públicos que les obliga a ser transparentes al declarar sus ingresos, deber inherente al ejercicio de la función estatal y consecuente de lo legal y del compromiso ético-social en la gestión de los asuntos públicos. Teniendo en cuenta esta obligación, a su vez, existe un derecho fundamental a la buena administración pública (al que, más adelante en este trabajo, se verá que otros autores denominan derecho difuso fundamental a la probidad administrativa o derecho fundamental anticorrupción), un derecho de tercera generación con un claro perfil difuso o transindividual⁸³.

La conclusión a la que se llega es que, con el intuito de obrar para proporcionar la máxima protección al derecho fundamental de una buena administración ética y transparente,

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 378.

⁸² FREITAS, Juarez. **Discrecionariade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007 *apud* LIMA, Vinicius de Melo. **Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro**. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n.º 71, p. 201-234, ene./abr. 2012, p. 213. Disponible en http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo_arquivo_1342125789.pdf. Acceso en 20 de junio de 2022.

⁸³ LIMA, Vinicius de Melo. **Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro**. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n.º 71, p. 201-234, ene./abr. 2012, p. 231. Disponible en http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo_arquivo_1342125789.pdf. Acceso en 20 de junio de 2022.

exenta de la corrupción, se le impone al legislador la creación de tipos penales eficaces a dicha finalidad, un ejemplo de esto es el delito de enriquecimiento ilícito.

2.2 Contrapunto a los argumentos contrarios

2.2.1 El principio de presunción de inocencia no es absoluto

Para obtener una condena por enriquecimiento ilícito, la fiscalía debe demostrar que el enriquecimiento del funcionario público no puede justificarse con fuentes de ingresos lícitas, suscitando la presunción de que proviene, por tanto, de fuentes ilícitas. El funcionario público puede rebatir esta presunción aportando prueba del origen legítimo de su patrimonio. De lo contrario, estará sujeto a una condena e imposición de sanciones.

Para algunos, aceptar la presunción en que se basa el enriquecimiento ilícito significaría aceptar la reversión parcial de la carga de la prueba y la relajación de la presunción de inocencia, ambos considerados principios fundamentales en todos los ordenamientos jurídicos basados en el Estado Democrático de Derecho, por lo que la tipificación del enriquecimiento ilícito vulnera el derecho a la no autoinculpación y otros derechos al debido proceso.

“Las impugnaciones sobre esta base generalmente incluyen una línea de argumentación similar: que la redacción de la disposición sobre enriquecimiento ilícito puede dar lugar a la presunción de que ciertos bienes se obtuvieron a través de fuentes ilícitas, y que esto invierte injustamente la carga de la prueba sobre una persona acusada, exigiéndoles que presenten pruebas, hasta cierto punto, que establezcan las fuentes no delictivas de su riqueza.

Argumentan que estas obligaciones expresas contravienen uno de los requisitos fundamentales de la presunción del principio de inocencia, a saber, que la responsabilidad de probar los elementos clave de un delito debe ser de la parte acusadora”⁸⁴.

En los mismos términos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas afirma: “La carga de la prueba de lo alegado está en la fiscalía y el acusado tiene el beneficio de

⁸⁴ DORNBIERER, Andrew. *Illicit Enrichment*. Op. cit., p. 123.

la duda. No se presume la culpabilidad hasta que la acusación se ha probado más allá de toda duda razonable [o convicción íntima]”⁸⁵.

Sin embargo, en el caso del enriquecimiento ilícito, la reversión de la carga de la prueba no es total, sino mitigada, puesto que le corresponde a la fiscalía probar, al menos, que los ingresos del funcionario no pueden ser explicados por los medios legítimos. Sobre el tema, SUSANO nos dice que:

“(…) la acusación estará obligada a probar que la evolución de los bienes del imputado no tiene un origen lícito, tales como rendimientos del trabajo, fruto de inversiones, herencias, donaciones, préstamos, juegos de azar, o cualquier otro similar. Es decir, se alega y prueba la inexistencia de legalidad en cuanto a la forma de adquisición. El sospechoso, en cambio, aportará la contraprueba de la licitud de la adquisición. La carga de probar el hecho positivo recae sobre el sospechoso, mientras que la carga de probar el hecho negativo es, por su propia naturaleza, inconsistente e incompleta. Admitimos, en esta perspectiva, evidencia de un atenuante en la división de la carga de la prueba que soporta la acusación, aunque, sin embargo, tenemos la certeza de que la conducta castigará la adquisición, posesión o retención de bienes sin un origen lícito conocido y, en tal medida, la prueba de este elemento objetivo del tipo recae, dentro de los límites de los actos típicos de adquisición comúnmente aceptados, en el MP”⁸⁶.

La autora reconoce que parte de la carga probatoria recae sobre el sospechoso. En ese punto, hay quienes lo consideran plenamente compatible con los principios de los derechos humanos, ya que existen presunciones similares en el Derecho Penal y es plenamente válido el principio general de que ningún derecho fundamental es absoluto.

La mayoría de los tribunales de los países que tipifican como delito el enriquecimiento ilícito registra que la ley de su jurisdicción puede dar lugar a la presunción de que ciertos bienes no se adquirieron lícitamente y que la carga de impugnar esa presunción puede recaer en el acusado, además de reconocer que esta presunción y la consiguiente reversión

⁸⁵ Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1984, p. 124, párr. *apud* MUZILA, Lindy *et al.* Op. cit., p. 35.

⁸⁶ SUSANO, Helena. Op. cit., p. 9.

de la carga de la prueba son contrarias al principio de presunción de inocencia⁸⁷. Sin embargo, la gran mayoría de estos tribunales también son de la opinión de que el principio de presunción de inocencia no tiene carácter absoluto, y que la desviación de este principio que prevalece en las leyes de enriquecimiento ilícito es aceptable, ya que estaría de acuerdo con la jurisprudencia más reciente sobre la materia (aunque fuera de un contexto de enriquecimiento ilícito), que establece que pueden imponerse limitaciones al principio de presunción de inocencia en determinadas circunstancias⁸⁸.

De hecho, el principio de presunción de inocencia no impide que los legisladores creen tipos penales que contengan presunción legal, siempre que se respeten los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo menos, fue lo que se decidió en el precedente establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Salabiaku c. Francia*, sobre narcotráfico.

En dicho caso, el TEDH evaluó una disposición del Código Aduanero Francés que presupone que una persona en posesión de una maleta importada es legalmente responsable de su contenido no declarado, y evaluó si la presunción contenida en esta ley era incompatible con el principio de la presunción de inocencia contenida en el artículo 6(2) de la CEDH. Al establecer que la presunción legal era compatible, el tribunal sostuvo que el principio de la presunción de inocencia no es un derecho absoluto y no debe verse como un obstáculo para que los sistemas legales de cada país implementen legislación que contenga presunciones refutables de hecho o de derecho, siempre que tales supuestos estén dentro de ‘límites razonables’ y ‘respeten los derechos de defensa’⁸⁹.

⁸⁷ De manera diversa, La Cámara Nacional de Casación Penal de Argentina **ha rechazado reiteradamente la acusación de que el delito de enriquecimiento ilícito de Argentina viola la presunción de inocencia**. El tribunal ha explicado sistemáticamente que la carga de la prueba nunca se invierte realmente en los procedimientos de derecho, **porque el delito de enriquecimiento ilícito es en sí mismo un delito de comisión -el acusado se ha enriquecido de forma apreciable e injustificada- y no un delito de omisión**. Como tal, la fiscalía conserva la responsabilidad exclusiva de probar la culpabilidad del acusado probando más allá de toda duda razonable un enriquecimiento apreciable de los ingresos del acusado que no está justificado por sus ingresos legítimos. En consecuencia, la presunción de inocencia nunca se ve realmente socavada (STEPHENSON, Matthew. (27/07/2021). **Guest Post: Illicit Enrichment Laws and the Presumption of Innocence**. GAB – The Global Anticorrupción Blog. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://globalanticorruptionblog.com/2021/07/27/guest-post-illicit-enrichment-laws-and-the-presumption-of-innocence/>). Es decir, lo que se pune es el hecho del funcionario público acumular riqueza sin hacer los debidos registros de ello.

⁸⁸ DORNBIERER, Andrew. **Illicit Enrichment**. Op. cit. p. 124.

⁸⁹ DORNBIERER, Andrew. **Illicit Enrichment**. Op. cit. p. 124.

De ese modo, al mantener las presunciones dentro de límites razonables, la corte equilibró el interés del Estado en el enjuiciamiento con los derechos del acusado. “Esta posición se ha visto reforzada por las decisiones más recientes del TEDH de *Phillips c. el Reino Unido*, *Falk c. los Países Bajos* y *Krumpholz c. Austria*, facto que ha hecho eco repetidamente en los tribunales nacionales de todo el mundo”⁹⁰.

Sin embargo, DORNBIERER nos informa que, en el contexto específico del enriquecimiento ilícito, al determinar si la inversión de la carga probatoria contenida específicamente en las leyes que a él se refieren son una excepción justificable al principio de presunción de inocencia, los tribunales usualmente han considerado otros criterios, de los cuales destaco tres: que la carga primaria de la prueba sea de la acusación, que la carga de la prueba recaiga en asuntos que están dentro de la esfera de conocimiento del acusado y que esté presente un interés público a ser protegido ⁹¹.

De acuerdo con lo expuesto por SUSANO, aunque quede al acusado de enriquecimiento ilícito enseñar los medios por los cuales adquirió su patrimonio para elidir la presunción de la acusación, la carga primaria de la prueba siempre cabe a aquella. Antes de todo, la parte acusadora está obligada a probar los hechos fundamentales de su acusación, es decir, el incremento patrimonial del sospechoso y la inexistencia de medios lícitos que lo explique, además de demostrar que el valor de esa riqueza es desproporcionado a los ingresos obtenidos legalmente por la persona (aquí reside la carga primaria), todo ello en procedimientos conforme a la ley, con respeto al contradictorio y la amplia defensa, aunque mitigados en este punto.

Como ejemplo de ello, DORNBIERER muestra una parte de un proceso en el caso *Fiscal General c. Hui Kin-hong*, de 1995, en Hong Kong:

“Probado el monto de los recursos pecuniarios y otros bienes en poder del imputado a la fecha [del cargo], la fiscalía deberá pasar a probar la totalidad de sus emolumentos oficiales hasta la misma fecha, y finalmente deberá establecer una desproporción entre ambos. Las palabras “desproporcionado a” transmiten la idea de que la adquisición de la totalidad de los activos bajo el control del acusado

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ Ibidem.

no podría razonablemente, en todas las circunstancias, haberse realizado de los emolumentos oficiales totales hasta esa fecha”⁹².

Por supuesto que los hechos que deben probarse por la defensa para refutar la presunción imputada por la acusación han de estar dentro del ámbito de conocimiento del acusado. Lo normal es que así sea, ya que normalmente uno siempre conoce de donde proceden sus bienes.

En este sentido se posicionó la Corte Suprema de India cuando evaluó la legitimidad de las cargas invertidas contenidas en las disposiciones sobre enriquecimiento ilícito de la Ley de Prevención de la Corrupción en el caso *K. Veeraswami c. Union Of India And Others*:

“Este procedimiento puede ser contrario al bien conocido principio de la jurisprudencia penal establecido en *Woolmington c. Director of Public Prosecution*, [1935] A.C. 462 de que la carga de la prueba siempre recae sobre la acusación y nunca pasa a la persona acusada. Pero el Parlamento también es competente para colocar la carga sobre ciertos aspectos en el acusado y particularmente en asuntos "especialmente dentro de su conocimiento"... Hábilmente... no se puede esperar que la acusación, por la naturaleza misma de las cosas, conozca los asuntos de un servidor público encontrado en posesión de recursos de propiedad desproporcionados a sus fuentes conocidas de ingresos. A él le toca explicar. Tal estatuto que imponga una carga al acusado no puede considerarse irrazonable, injusto o inequitativo”⁹³

Por fin, la cuestión de si la mitigación del principio de la presunción de inocencia sirve o no para proteger un interés social más amplio. Los tribunales de todo el mundo han tratado de considerar si el objetivo subyacente detrás de la reversión de la carga de la prueba sería lo suficientemente "convinciente" y si sirviera al interés público lo suficiente como para justificar una infracción a dicho principio. En el ámbito de las leyes de enriquecimiento ilícito, en especial aquellas dirigidas a funcionarios públicos, los tribunales han considerado si la inversión de la carga probatoria contenida en estas leyes está justificada

⁹² DORNBIERER, Andrew. *Illicit Enrichment*. Op. cit., p. 127-128.

⁹³ *Ibidem*, p. 134.

por un interés público de lucha contra la corrupción, les considerando admisibles si así lo es⁹⁴.

Así que, dentro de un Estado Democrático de Derecho, en lo que las demás garantías procesales están presentes, como los derechos a la amplia defensa y al contradictorio, donde los jueces tienen los medios necesarios para una actuación imparcial libre de injerencias políticas, me parece razonable que, si respetadas las premisas que han sido referidas por los tribunales en el mundo, según los estudios de DORNBIERER aquí presentados, se pueda mitigar el principio de la presunción de inocencia en los casos de enriquecimiento ilícito.

2.2.2 La protección contra la autoinculpación nos es un derecho absoluto

El principio de no autoinculpación (*nemo tenetur se detegere, nemo tenetur ipsum accusare*), inherente a la presunción de inocencia, asegura al presunto autor de un delito el derecho a no producir prueba contra sí mismo. Es decir, el posible imputado de un delito puede colaborar o no con la investigación (de hecho, él/ella debe ser considerado/a como sujeto de derecho y no simplemente objeto de prueba). Sin embargo, si no quiere cooperar, nadie puede obligarlo a ello, por lo que, cuando haya coacción ilegal, la prueba así obtenida será, por ende, ilegal.

Al igual que con la presunción de inocencia, se ha argumentado que la legislación sobre enriquecimiento ilícito potencialmente viola el derecho al silencio y el principio de protección contra la autoincriminación al permitirle trasladar la carga de la prueba a la persona del acusado, quitándole la capacidad de permanecer en silencio y haciéndolo vulnerable a más procedimientos legales basados en las pruebas que debe proporcionar⁹⁵.

Aunque es un derecho fundamental, existen precedentes que recalcan que el derecho contra la autoincriminación no es absoluto. En *O'Hallaran y Francis c. El Reino Unido*, los acusados fueron declarados culpables de negarse a presentar documentos que indicaran que estaban conduciendo un taxi al momento en que se cometió el delito. El TEDH concluyó: “Todos los que posean o conduzcan automóviles saben que, al hacerlo,

⁹⁴ DORNBIERER, Andrew. *Illicit Enrichment*. Op. cit., p. 132.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 142.

se someten a un régimen regulador. Este régimen es impuesto no por qué ser dueño o conductor de vehículos sea un privilegio o indulgencia concedido por el Estado, sino porque se reconoce que la posesión y uso de automóviles (al igual que, por ejemplo, escopetas) tienen el potencial de causar lesiones graves”⁹⁶.

“Este razonamiento se puede extender a los funcionarios públicos, que están sujetos a un régimen regulatorio específico. Al asumir una posición de confianza, los funcionarios públicos se someten a los requisitos legales y las sanciones administrativas y penales que surgen del abuso de esa confianza. Además, cuando los países tienen un régimen establecido de declaración de ingresos y activos, también tienen establecido el principio de que los funcionarios públicos pueden proveer información personal que puede ser autoincriminatoria. En este contexto, proporcionar pruebas con respecto a las fuentes de ingresos y activos a la corte no parece una carga adicional significativa”⁹⁷.

Para COSTA, el delito de enriquecimiento ilícito, tal como ha sido previsto en diferentes proyectos de ley, se caracteriza por estar dirigido a los servidores públicos que, en Brasil, tienen un deber extrapenal (funcional) de declarar sus bienes. Por tanto, al prevalecer el derecho sustantivo (es decir, la obligación antes mencionada) sobre el principio procesal *nemo tenetur se detegere*, los servidores públicos están obligados a prestar una declaración que puede ser utilizada en el proceso penal⁹⁸.

Al abordar el tema, dentro de la realidad brasileña, el autor arriba citado dice que “el juez no puede fundamentar válidamente sus decisiones sobre la base de que la inacción de prueba del agente pesa a su favor o en su contra. Sin embargo, si la fiscalía obtiene pruebas más allá de toda duda razonable para la condena, corresponde al imputado oponerlas: se trata de distribuir la carga de la prueba, de conformidad con el artículo 156 del Código Procesal Penal”⁹⁹. Si se considera que la fiscalía logró con éxito determinar

⁹⁶ MUZILA, Lindy *et al.* Op. cit., p. 37.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ COSTA, Pedro Jorge do Nascimento (23/06/2016). **Pelo MP: o crime de enriquecimento ilícito. A compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.** Jota. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://www.jota.info/justica/pelo-mp-o-crime-de-enriquecimento-ilicito-23022016>.

⁹⁹ *Ibidem*. El Código Procesal Penal brasileño, en su art. 157, *caput*, nos dice que “*a prova da alegação incumbirá a quem a fizer*” (la prueba de la alegación corresponderá a quien la haga).

que los ingresos legítimos del funcionario no son suficientes para garantizarle la posesión de la riqueza que posee, puede verse perjudicado por el silencio cuando, por él, no se conocen los hechos que le sean favorables, por si acaso existen.

En el caso *John Murray c. Reino Unido*, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos aceptó que el juez pudiera sacar conclusiones desfavorables del silencio del acusado cuando las circunstancias de hecho le permitieran hacerlo ¹⁰⁰.

¹⁰⁰ MUZILA, Lindy *et al.* Op. cit., p. 38.

CAPÍTULO 3. El enriquecimiento ilícito del agente público en Brasil antes y después de la Ley n ° 14.230/2021

Como quedó demostrado en el apartado 2 de este TFM, son variadas las normas alrededor del mundo con vistas a combatir una de las expresiones de la corrupción, el enriquecimiento ilícito, sea a través de medidas meramente de decomiso (simple imposición de la devolución de las ganancias que se obtuvieron de forma inexplicable)¹⁰¹, sea por medio de sanciones, hecho que ha ganado protagonismo tras una serie de acuerdos y tratados internacionales sobre la materia. En este sentido, son relevantes dos de las convenciones que ya he mencionado en el inicio de este trabajo: la Convención Interamericana contra la Corrupción, y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

En cuanto a la primera, conocida como Convención de Caracas, internalizada en Brasil por el Decreto n° 4.410/2002, su inciso IX informa que:

“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”¹⁰²

Ya la segunda, Convención de Mérida, incorporada al ordenamiento jurídico brasileño por el Decreto n ° 5.687, de 31 de enero de 2006, en su art. 20, dice que:

“Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir,

¹⁰¹ Leyes civiles que imponen la pérdida de bienes y/o valores de origen inexplicable, que pueden denominarse leyes civiles de enriquecimiento ilícito o confiscación sin condenas (confiscación tradicional sin condena (NCB), también conocida como decomiso NCB o recuperación civil, por ejemplo. Conf. DORNBIERER, Andrew. **Illicit Enrichment**. Op. cit., p. 34-41.

¹⁰² OEA/OAS. Organización de los Estados Americanos. Departamento de Derecho Internacional. **Convención Interamericana contra la Corrupción**. Op. cit.

el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él”¹⁰³

Si bien Brasil ha ratificado ambas convenciones sin ninguna reserva expresa, al contrario de lo que hicieron algunos países¹⁰⁴, aunque existen algunos proyectos de ley que tipifican como delito el enriquecimiento ilícito de agentes públicos¹⁰⁵, citado delito todavía no se ha implementado en suelo brasileño. A pesar de ello, incluso antes de la Convención de Caracas, Brasil ya contaba con una norma que pretendía sancionar civilmente a aquellos agentes públicos que viniesen a incrementar su patrimonio de forma desproporcionada a sus ingresos o a su evolución patrimonial. Dicha sanción estaba plenamente configurada en la Ley de Improbidad Administrativa (LIA)¹⁰⁶, antes de su reciente y completa reformulación a fines de octubre de 2021 por la Ley Federal n.º 14.230¹⁰⁷ (un intento de debilitar la lucha contra la corrupción en Brasil, que ya planteó

¹⁰³ NU/UN. Naciones Unidas. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción**. Op. cit.

¹⁰⁴ Canadá y los Estados Unidos de América, al suscribir la Convención de Caracas, rechazaron expresamente la aplicación del mencionado artículo IX, con base en la citada salvaguardia. Los canadienses aclararon que “el artículo IX establece que es obligación de un Estado Parte tipificar como delito el delito de enriquecimiento ilícito “con sujeción a su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico (...)”. Como el delito contemplado en el artículo IX iría en contra de la presunción de inocencia garantizada por la Constitución de Canadá, Canadá no aplicará el artículo IX según lo dispuesto en este artículo”. Los estadounidenses ya destacaron que “(...) Estados Unidos reconoce la importancia de combatir el enriquecimiento indebido de los servidores públicos, y cuenta con leyes penales para prevenir o sancionar tales conductas. Estas leyes obligan a los funcionarios superiores del gobierno federal a presentar estados financieros verídicos, obligación que, de no cumplirse, está sujeta a sanciones penales. También permite enjuiciar a los servidores públicos del gobierno federal que hayan evadido impuestos sobre riquezas obtenidas ilícitamente. Sin embargo, el delito de enriquecimiento ilícito, tal como lo establece el artículo IX de la Convención, impone al acusado la carga de la ley, lo cual es incompatible con la Constitución de los Estados Unidos y los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de sus países. Los Estados Unidos entienden, por tanto, que no están obligados a establecer un nuevo tipo penal de enriquecimiento ilícito de conformidad con el artículo IX de la Convención”. Para saber más: OEA/OAS. Organización de los Estados Americanos. Departamento de Derecho Internacional. **Convención Interamericana contra la Corrupción, Estado de Firma y Ratificaciones**. Disponible en https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericano_B58_contra_Corruptcion_firmas.asp. Acceso en 20 de junio de 2022.

¹⁰⁵ Véase por ejemplo “Projetos de Lei (PL) da Câmara dos Deputados” n.º 5586/2005 (BRASIL. Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Projetos de Lei e Outras Proposições. **Projeto de Lei 5586/2005**. Disponible en <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=292771>. Acceso en 20 de junio de 2022) y “Projeto de Lei do Senado (PLS)” n.º 35/2015 (BRASIL. Senado Federal. Atividade Legislativa. Projetos e Matérias. **Projeto de Lei do Senado 35/2015**. Disponible en <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119722>. Acceso en 20 de junio de 2022).

¹⁰⁶ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Federal n.º 8.429 de 02 de junho de 1992**. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acceso en 20 de junio de 2022.

¹⁰⁷ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Federal n.º 14.230 de 25 de outubro de 2021**. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art1. Acceso en 20 de junio de 2022.

dudas sobre la legalidad y constitucionalidad de algunas de sus disposiciones y que, por el momento, vio suspendidas algunas partes de su vigencia¹⁰⁸).

Antes de pasar a ella, teniendo en cuenta su probable derogación debida al referido cambio legislativo, me corresponde hacer algunas consideraciones sobre la definición de improbidad administrativa en el derecho brasileño.

3.1 Improbidad administrativa en Brasil: la moralidad administrativa como principio constitucional y como bien jurídico

3.1.1 La moralidad administrativa como principio constitucional

En la definición dada por JUNIOR, los “principios de una ciencia son las proposiciones básicas, fundamentales, típicas, que condicionan toda estructuración posterior. Los principios, en este sentido, son los fundamentos de la ciencia¹⁰⁹”.

Por ser el Derecho Administrativo brasileño originalmente de elaboración pretoriana y no codificado, los principios siempre jugaron un papel importante en esta área, permitiendo a la Administración y al Poder Judicial establecer el equilibrio necesario entre los derechos de los administrados y las prerrogativas de la Administración. En este punto, los dos principios fundamentales que se derivan de esta bipolaridad – la libertad del individuo y la potestad de la Administración – son los principios de legalidad y de supremacía del interés público sobre el privado, a partir de los cuales se construyen todos

¹⁰⁸ El 07/03/2022, el Supremo Tribunal Federal (STF) reconoció el “Recurso de Agravo en Recurso Extraordinário” (ARE) 843.989 como tema representativo de repercusión general (temas reconocidos por el STF como relevantes desde el punto de vista económico, político, social o jurídico de vista, y que van más allá de los intereses subjetivos del caso) para dirimir la controversia sobre la (ir)retroactividad de los cambios promovidos por la Ley 14.230/2021, en particular 1) la necesidad de la presencia del elemento subjetivo - dolo - para la configuración del acto de impropiedad administrativa, incluso para el artículo 10 de la LIA; y 2) la aplicación de los nuevos plazos de prescripción generales e intercurrentes. Con ello, se suspenden los recursos que se ciernen sobre el sujeto en procesos similares hasta la decisión final respecto del ARE 843.989, el cual servirá de pauta a seguir por los demás juzgados y tribunales del país. Además, dos ADI (acciones directas de inconstitucionalidad) también están en trámite ante el STF: ADI 7.042, interpuesta por la Asociación Nacional de Abogados de los Estados y del Distrito Federal (Anape), y ADI 7.043, interpuesta por la Asociación Nacional de Abogados Públicos Federales (Anafe). Ambos tratan, entre otras cosas, de la reforma que da exclusividad al Ministerio Público para proponer Acciones de Improbidad Administrativa y quita a las entidades federativas perjudicadas la legitimación para interponer dicha acción, usurpando la Unión, el Distrito Federal, los estados y los municipios la principal herramienta disponible para buscar una compensación del erario público por el daño. Alegan que la medida viola el artículo 23, inciso I, de la Constitución Federal brasileña, que prevé la competencia común de los entes federados para proteger las leyes y el patrimonio público.

¹⁰⁹ JUNIOR, José Cretella *apud* DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 218.

los demás principios que rigen el Derecho Administrativo¹¹⁰.

En términos de derecho constitucional positivo, la Constitución Federal brasileña (CFB) enumera expresamente los principios de legalidad, impersonalidad (lo que la doctrina española llama *imparcialidad*), moralidad administrativa, publicidad y eficiencia (art. 37, *caput*, modificado por la Enmienda Constitucional n° 19, de 4/6/1998)¹¹¹.

En cuanto al principio de la moralidad, DI PIETRO nos informa que, a pesar de que algunos autores afirmaran que la moralidad administrativa era un concepto impreciso, a veces absorbido por el principio de legalidad, la distinción entre moral y derecho es antigua, y la honestidad y la legalidad serían sus respectivos rasgos diferenciadores. La moral administrativa exige de la Administración no sólo un comportamiento lícito, sino también conforme a la moral, las buenas costumbres, las reglas de la buena administración, los principios de justicia y equidad, la idea común de la honradez¹¹².

Sin embargo, como informa la misma autora que defiende la separación entre moralidad y legalidad, la idea de la inmoralidad administrativa fue desarrollada vinculada a la idea de desviación de poder, pues se entendía que en ambos casos la Administración Pública utiliza medios lícitos para lograr fines metajurídicos irregulares, razón por la cual muchos autores entienden que la inmoralidad se reduce a una de las hipótesis de la ilegalidad que pueden lograr los actos administrativos, es decir, la ilegalidad en cuanto a los fines (desvío de poder). De hecho, en el derecho brasileño se ha establecido la tesis que sitúa la desviación de poder como una de las hipótesis de un acto administrativo ilegal¹¹³.

¹¹⁰ DI PIETRO, María Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 219.

¹¹¹ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acceso en 20 de junio de 2022.

¹¹² DI PIETRO, María Sylvia Zanella. Op. cit., p. 239.

¹¹³ DI PIETRO, María Sylvia Zanella. Op. cit., p. 239-240. La Ley n° 4.717/1965 (Ley de Acción Popular), artículo 2, párrafo único, alinea e, informa que la desviación de poder se produce “cuando el agente realiza el acto con finalidad distinta a la prevista, expresa o implícitamente, en la norma de competencia”. En este punto, interesante la lesión de Denise Luz: “*Poder-se-ia opor que a teoria do abuso de poder ou desvio de finalidade não é suficiente para explicar o princípio da moralidade na atualidade, mas isso parece dever-se ao fato de que o desvio de finalidade pode se dar no próprio interesse público. É possível que o fim pretendido não seja o definido na lei, mas, mesmo assim, tenha finalidade pública. Nesses casos, o princípio da moralidade não terá sido violado, já que, embora contrário à lei, não é desonesto. Então, o desvio de finalidade capaz de lesar a moralidade e a probidade deve ser compreendido no sentido amplo de corrupção da legalidade*”. Conf. LUZ, Denise. **Direito administrativo sancionador judicializado**:

Ya los autores PAULO y ALEXANDRINO destacan que la moral jurídica exigida al agente público en su conducta (moral administrativa) se extrae del conjunto de normas jurídicas relativas al desempeño de la administración pública y a la conducta de los agentes públicos e incluye los principios expresos e implícitos, las normas jurídicas e infra jurídicas, normas disciplinarias internas e incluso prácticas lícitas repetidamente observadas en el ámbito de sus órganos y entidades, es decir, la denominada práctica administrativa. Actuar de acuerdo con la moral administrativa no significa simplemente cumplir formalmente con la ley. Más que eso, es necesario cumplir con la letra y el espíritu de la ley. Lo legal debe ir unido a lo ético, ya no se puede tolerar la idea de que el agente público se dedique a buscar “lagunas” en la ley, con el fin de eludir los controles a sus operaciones y, de esta manera, promover intereses ilegítimos. Por eso es correcto decir que el principio de la moralidad hace materialmente más efectivo al principio de legalidad¹¹⁴. Para aquellos autores, hablar de moralidad administrativa sería lo mismo que hablar de legalidad amplia, aquella que incluye normas y principios que vinculan a todos los agentes públicos.

A pesar de toda esta discusión, lo cierto es que la Constitución de 1988, además de respetar el precepto de la Constitución anterior al considerar como delito de responsabilidad los actos del Presidente de la República que atenten contra la probidad administrativa (artículo 85, V), introdujo una innovación, al mencionar, como principios autónomos, los de legalidad y moral (art. 37, *caput*), y previendo la sanción de los actos de improbidad administrativa con la suspensión de los derechos políticos, la pérdida de la función pública, la indisponibilidad de los bienes y el reembolso al erario, en la forma y gradación previstas por la ley, sin perjuicio de la acción penal que corresponda (art. 37, *caput*, § 4º).

Habiendo visto el concepto de moralidad, pasemos a la probidad. Aunque hay autores que la consideran como un subprincipio de aquella¹¹⁵ y otros que lo entienden de manera

improbidade administrativa e devido processo – aproximações e distanciamentos do direito penal. Curitiba: Juruá, 2014, p. 53.

¹¹⁴ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo descomplicado.** Rio de Janeiro: Forense Método, 2021, p. 203.

¹¹⁵ NETO, Eurico Bitencourt. **Improbidade administrativa e violação de princípios.** Belo Horizonte: DelRey, 2005, p. 105.

contraria, ya que el concepto de probidad no sólo englobaría elementos morales¹¹⁶, adhiero a la posición de quienes creen que probidad y moralidad son conceptos sinónimos¹¹⁷, ya que la Constitución menciona la moralidad como principio y la improbidad los actos que les son contrarios.

Sin embargo, en cuanto a la improbidad como acto ilícito en el derecho brasileño, las expresiones improbidad e inmoralidad ya no son sinónimas, pues en los términos de la LIA, el daño a la moralidad administrativa es sólo uno de los tipos de actos de improbidad allí presentes. Los actos de improbidad sancionados en el mismo incluyen, además de los actos deshonestos e inmorales (art. 11, *actos que atenten contra los principios de la Administración Pública*), los actos ilícitos (art. 10, *actos que causen daño al erario*; art. 9 °, *actos que equivalen a enriquecimiento ilícito*; art. 10-A, *actos de concesión o aplicación indebida de beneficio tributario*)¹¹⁸.

Retomando el tema de la distinción entre legalidad y moralidad (a la consideración de que la moralidad administrativa, más que equipararse a la legalidad amplia, se inserta en aquella), un buen resumen hasta este punto lo hace DI PIETRO:

“La estricta legalidad no debe confundirse con la moral y la honestidad, porque se trata del cumplimiento de la ley; la legalidad en sentido amplio (derecho) comprende la moral, la probidad y todos los demás principios y valores consagrados en el ordenamiento jurídico; como principios, se confunden los de moralidad y probidad; como infracción, la improbidad es más amplia que la inmoralidad, porque la lesión al principio de moralidad constituye una de las hipótesis de los actos de improbidad definidos por la ley”¹¹⁹.

De todo lo escrito, es necesario definir el concepto de improbidad como acto ilícito, ya que el texto constitucional no lo define, limitándose a relacionarlo con una acción contraria al principio de la moralidad. PRADO afirma que:

¹¹⁶ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 120.

¹¹⁷ DI PIETRO, María Sylvia Zanella. Op. cit., p. 1826.

¹¹⁸ DI PIETRO, María Sylvia Zanella. Op. cit., p. 1827.

¹¹⁹ Ibidem, pag. 1830.

“La improbidad presupone siempre una desviación ética en la conducta del agente, la transgresión consciente de un precepto de observancia obligatoria. No debe haber, por tanto, acto de improbidad, aunque sea de carácter omisivo, sin impulso subjetivo, sin la finalidad de violar un deber legal - este deber tomado en su sentido más amplio, comprendiendo tanto la transgresión directa de la fórmula literal del precepto legal como la molestia velada, que implica la desviación de los fines legales o el incumplimiento de razones legalmente calificadas”¹²⁰.

Atendiendo a lo que se considera moralidad administrativa y a la consideración de lo que define la LIA como actos punibles, se entiende por acto de improbidad administrativa la conducta de un agente público que directa o indirectamente vulnera dolosamente los principios constitucionales y legales de la administración pública, independientemente de que resulte en enriquecimiento ilícito o cause daño a las arcas públicas¹²¹.

¹²⁰ PRADO, Francisco Octávio de Almeida. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 37.

¹²¹ “AÇÃO ORIGINÁRIA. APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. USO IRREGULAR DE VERBAS PÚBLICAS NA CÂMARA MUNICIPAL. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA NA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CARACTERIZADA. RAZOABILIDADE NA FIXAÇÃO DAS SANÇÕES LEGAIS. IMPOSSIBILIDADE DE SOLIDARIEDADE NA PENA DE MULTA EM FACE DO CRITÉRIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Havendo declaração expressa de impedimento ou suspeição por mais da metade dos membros do Tribunal de Justiça, compete ao Supremo Tribunal Federal o julgamento da apelação, nos termos do art. 102, I, n, da CF/1988. 2. **Atos de improbidade administrativa são aqueles que, possuindo natureza civil e devidamente tipificados em lei federal, ferem direta ou indiretamente os princípios constitucionais e legais da administração pública, independentemente de importarem enriquecimento ilícito ou de causarem prejuízo material ao erário; podendo ser praticados tanto por servidores públicos (improbidade própria), quanto por particular - pessoa física ou jurídica - que induzir, concorrer ou se beneficiar do ato (improbidade imprópria)**. 3. A prova documental demonstrou a presença do dolo nas condutas praticadas, comprovando que os réus se apropriaram diretamente, ou foram ilicitamente beneficiados, de valores do erário utilizados para benefício próprio ou de terceiros. Possibilidade de responsabilização dos agentes públicos e dos particulares pela prática de ato de improbidade administrativa, pois presente o elemento subjetivo do tipo, uma vez que efetivamente comprovada a prática dolosa da ilegalidade qualificada e tipificada em lei (arts. 9, 10 e 11 da LIA). 4. O princípio da individualização da pena consagrado constitucionalmente no inciso XLVI do art. 5º exige a estreita correspondência entre a responsabilização da conduta do agente e a sanção a ser aplicada, de maneira que a pena atinja suas finalidades de prevenção e repressão. A imposição das penas decorreu de juízo individualizado da culpabilidade dos réus, tendo a magistrada analisado detalhadamente o grau de reprovabilidade de suas condutas ilícitas e aplicado as sanções de maneira razoável e proporcional. 5. Condenações mantidas. Apelações parcialmente providas apenas para afastar a solidariedade no pagamento da multa civil definida no item 17 do dispositivo da sentença e, também, a solidariedade das verbas de sucumbência, nos termos da fundamentação” (grifado por mí). Conf. BRASIL. Superior Tribunal Federal – AO 1833 AC, Ministro Relator: Alexandre de Moraes. “Primeira Turma”. Juzgado en 10/04/2018. Fecha de publicación: 08/05/2018. Disponible en https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&ministro_facet=ALEXANDRE%20DE%20MORAES&page=1&pageSize=10&queryString=AO%201833%20AC&sort=score&sortBy=desc. Acceso en 20 de junio de 2022.

3.1.2 La moralidad administrativa como bien jurídico

Como se ha visto, moralidad y probidad administrativa, como principios, se confunden. A partir de esta premisa, y a la consideración de que la CFB previó expresamente, entre los derechos y garantías fundamentales, la acción popular como instrumento procesal con vistas a garantizar la protección a la moralidad administrativa (art. 5 °, LXXIII, CFB), como informa LUZ, no es difícil afirmar que, además de principio que debe regir los actos de los agentes públicos, también la moralidad/probidad administrativa se consubstancia en un derecho fundamental¹²².

Siguiendo los aportes de LUZ, la interpretación que se le puede dar a la moralidad administrativa como un bien jurídico protegido constitucionalmente, a través de la sanción del acto ilícito de improbidad, es la de protección contra actos de agentes públicos viciados por desvío de finalidad o desvío de poder como operativizadores de la corrupción contra la Administraciones Públicas, es decir, contra actos perpetrados para servir, directa o indirectamente, a intereses particulares y no al interés público¹²³.

Siguiendo esta línea de que los actos de improbidad son actos deshonestos, que atentan contra la legalidad en su sentido amplio, con la finalidad de servir a un interés particular en detrimento del interés público, no es difícil apoyar la tesis según la cual, a lo que suelen denominar derecho fundamental difuso (porque atiende indistintamente a toda la colectividad) a la probidad administrativa, ZIESEMER e PINHEIRO la clasifican como un derecho fundamental anticorrupción¹²⁴.

De hecho, la Carta Constitucional brasileña, además de la mencionada acción popular (art. 5 °, LXXIII), cuenta con variados dispositivos anticorrupción a título de derecho fundamental, como el derecho de petición (art. 5 °, XXXIV) y la acción de impugnación de mandato electivo (art. 14, § 10 °). A ellos se suman un abanico de normas transnacionales, los convenios direccionados a la lucha contra la corrupción (al ejemplo del Convenio Interamericano de Combate a la Corrupción (CICC) y del Convenio de la

¹²² LUZ, Denise. **Direito administrativo sancionador judicializado: improbidade administrativa e devido processo – aproximações e distanciamentos do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 58.

¹²³ LUZ, Denise. Op. cit. p. 58. Véase también nota al pie 16.

¹²⁴ ZIESEMER, Henrique da Rosa; PINHEIRO, Igor Pereira. **Nova Lei de Improbidade Administrativa comentada**. Leme: Mizuno, 2022, p. 42.

Naciones Unidas de Combate a la Corrupción (CNUCC), ambos ratificados por Brasil, sin reservas), que, aunque no ingresen en el ordenamiento jurídico brasileño con un status constitucional, sino supralegal (considerando la tesis del derecho fundamental anticorrupción), poseen carácter obligatorio propio los derechos fundamentales, puesto que, además de servir a la materialización de los derechos fundamentales clásicos, son dotados de las características de la universalidad, indivisibilidad, indisponibilidad, inalienabilidad e historicidad. Asimismo, junto a los derechos fundamentales constitucionales, sirven de barrera al retroceso en materia de protección, es decir, no se permiten maniobras con vistas a la flexibilización o exclusión de normas anticorrupción, prohibición de retroceso que encuentra sus fundamentos en el art. 60, § 4º, de la CFB y artículos 27 y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, por la que se prohíbe cualquier forma de retroceso legislativo o administrativo de su eficacia^{125,126,127}.

Se nota, por lo tanto, que hay un verdadero derecho fundamental anticorrupción, de lo que hace parte el derecho fundamental a la probidad administrativa, basado en la Constitución brasileña y en las convenciones internacionales suscritas por Brasil, que sirven a la protección de los diferentes tipos de derechos fundamentales de las más

¹²⁵ ZIESEMER, Henrique da Rosa; PINHEIRO, Igor Pereira. Op. cit., p. 24-34.

¹²⁶ En cuanto al tema de la supralegalidad de los convenios internacionales ratificados por Brasil, algunas consideraciones: El art. 5º, § 2º de la Constitución brasileña de 1988 determina que los derechos y garantías expresados en la Constitución (aquí entendidos como *derechos fundamentales*) no excluyen otros derivados del régimen y principios adoptados por ella, o de los tratados internacionales de los que la República Federativa de Brasil sea parte. La Reforma Constitucional del 15 de diciembre de 2004 adicionó un párrafo 3º al art. 5º, determinando que los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos (entendidos como *derechos fundamentales*) que se aprueben, en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos vueltas, por las tres quintas partes de los votos de los respectivos integrantes (quorum cualificado), equivaldrá a la enmienda constitucional, es decir, pasará a ser formalmente considerada parte integrante de la Constitución. ¿Y lo que pasa con los tratados sobre derechos humanos aprobados por quorum simple? Ingresan en el ordenamiento jurídico brasileño con status infraconstitucional, pero supralegal, por encima de las leyes ordinarias y complementarias. Ya los demás tratados que no dicen respeto a los derechos fundamentales tienen status de ley ordinaria.

¹²⁷ CFB, art. 60, § 4º: no será objeto de deliberación la propuesta de reforma tendiente a abolir: I - la forma federativa del Estado; II - voto directo, secreto, universal y periódico; III - la separación de Poderes; IV - derechos y garantías individuales; Convención de Viena sobre derecho de los tratados: art. 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46; art. 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

variadas generaciones, ya que todos dependen, en mayor o menor grado, de los recursos financieros que suelen ser socavados por los actos de corrupción.

3.2 El enriquecimiento ilícito en la Ley de Improbidad Administrativa antes de la reforma

La LIA fue sancionada en 1992 con miras a regular un mandato sancionador constitucional expreso, en los términos del art. 37, § 4 °, de la CFB: “Los actos de improbidad administrativa conllevarán la suspensión de los derechos políticos, la pérdida del cargo público, la indisponibilidad de los bienes y su reintegro al erario, en la forma y gradación que establezca la ley, sin perjuicio de la acción penal que le corresponda”¹²⁸.

Así, se enumeraron algunos actos que el legislador consideró conveniente calificar como actos de improbidad practicados por agentes públicos (y por los particulares que induzcan o contribuyan a la práctica del acto de improbidad o se beneficien de él de cualquier forma” – LIA, art. 3 °, que se ha mantenido en su esencia), a los que se aseguraron determinadas sanciones. Como se desprende del fragmento anterior, la Constitución brasileña establece cuatro sanciones para el agente deshonesto: pérdida de la función pública, suspensión de los derechos políticos, reintegro al erario e indisponibilidad de bienes. La LIA, a su vez, agregó otras tres penas: multa civil, pérdida de bienes o valores añadidos ilícitamente y prohibición de contratar con el gobierno o recibir beneficios¹²⁹.

¹²⁸ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil/Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

¹²⁹ Los actos de improbidad tipificados en la Ley n ° 8.429/92 tienen un alcance mucho mayor que los supuestos de enriquecimiento ilícito previstos en las Constituciones anteriores y regulados por las derogadas Leyes n ° 3.164/1957 y n ° 3.502/1958, que ya disponían por enriquecimiento ilícito. En la Ley n ° 8.429/1992 (LIA), el enriquecimiento ilícito constituye sólo una de las hipótesis de los actos de improbidad (art. 9), junto a los actos que causan daño al erario público (art. 10) y los que violan los principios de Derecho Público Administración (art. 11). Así, aunque la Constitución fue promulgada en 1988, previendo ya sanciones por actos de improbidad, el artículo 37, § 4 °, no era autoaplicable, y la Ley n ° 8.429/1992 no puede aplicarse con efecto retroactivo. Hasta la entrada en vigor de esta ley, sólo eran punibles los actos que impliquen enriquecimiento ilícito, y sólo eran aplicables judicialmente el secuestro y el decomiso de bienes (en el ámbito civil) y las sanciones penales correspondientes (en el ámbito penal). En el ámbito administrativo, las sanciones aplicables eran las previstas en el estatuto de los servidores públicos en cada entidad gubernamental (federal, estatal y municipal). La expresión “acto de improbidad administrativa”, aplicable a las infracciones cometidas por los agentes públicos en general, sólo fue introducida por la Constitución de 1988, no siendo utilizada en Constituciones anteriores, salvo para designar infracciones de carácter político (delitos de responsabilidad, que en la actualidad es regulado por el artículo 85, V, y por la Ley n ° 1.079/1950, que tipifica los delitos de responsabilidad del Presidente de la República, su vicepresidente y ministros y regula el respectivo proceso de juicio político). Conf. DI PIETRO, María Sylvia Zanella. Op. cit., p. 1833.

Cabe señalar que, como prescribe la propia CFB, las sanciones allí determinadas no excluyen las de carácter penal, por lo que podemos decir que un acto de improbidad no constituye un delito, a pesar de que pueda estar dentro de un delito definido por el Código Penal o por leyes penales especiales.

Así, las sanciones previstas en la LIA no tienen carácter penal (o, al menos, no deberían tenerlo, tampoco con las alteraciones a las que detallaré más adelante), ya que, si lo fueran, no estaría justificada la expresión “sin perjuicio de la acción penal que corresponda”. Otra observación importante es que las sanciones allí expresadas tampoco son de carácter puramente administrativo, ya que el acto de improbidad administrativa, cuando es practicado por un servidor público, también corresponde a una infracción administrativa ya prevista en la legislación estatutaria de cada entidad de la federación (municipios, estados y la Unión), como en la Ley n ° 8.112/1990, que rige a los servidores públicos federales y prevé sanciones administrativas en caso de faltas disciplinarias. Así, si bien los actos de improbidad administrativa pueden tener consecuencias de carácter penal (que pueden dar lugar a la iniciación de una acción penal) y de carácter administrativo (con la iniciación de un procedimiento administrativo y la consiguiente pérdida de la función pública), caracterizan un acto ilícito civil y político (lo que indica, por tanto, que las sanciones correspondientes tienen carácter civil y político, y no penal), porque se castigan con la suspensión de los derechos políticos, la indisponibilidad de sus bienes y la reparación de los daños causados al erario¹³⁰.

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 1803-1804; FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 1499. En la misma línea de pensamiento: “(...) 2. El fuero especial de prerrogativa de función previsto en la Constitución Federal en relación con las infracciones penales comunes no se extiende a las acciones de improbidad administrativa, de carácter civil. Primero, el foro privilegiado está destinado a cubrir solo delitos penales. La supuesta severidad de las sanciones previstas en el art. 37, § 4 °, de la Constitución, no da a la acción de improbidad administrativa carácter penal. En segundo lugar, el fuero privilegiado está sujeto a un estricto régimen de derecho, pues representa una excepción a los principios estructurantes de la igualdad y la república. No se extiende, por tanto, a los casos no previstos expresamente en el texto constitucional. Y esto sobre todo porque, en la hipótesis, no hay laguna constitucional, pero opción legítima del poder constituyente originario de no constituir un foro privilegiado para el proceso y juzgamiento de los agentes políticos por la práctica de actos de improbidad en el ámbito civil” (BRASIL. Superior Tribunal Federal – Pet-AgR: 3240 DF - DISTRITO FEDERAL 0004163-95.2004.1.00.0000, Relator: Min. Teori Zavascki, Fecha de Sentencia: 10/05/2018, Plenario de la Corte). Delgado afirma que existen tres corrientes doctrinarias en Brasil en cuanto a la naturaleza jurídica de la LIA y sus sanciones: a) administrativa y patrimonial, es decir, civil en el sentido más amplio; b) predominantemente penal, por las restricciones legales que impone; c) ecléctica, ya que, dependiendo de la autoridad que sea llamada a integrar al imputado, tendrá la naturaleza de los delitos políticos, de responsabilidad o de responsabilidad patrimonial y administrativa. Conf. DELGADO, Jorge Augusto. **Improbidade Administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa**. STJ – *Publicação institucional*, 2002. Disponible en www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informativo/article/view/404. Acceso en 20 de junio de 2022.

“El hecho de que la pérdida de la función pública esté prevista entre las sanciones aplicables en caso de inmoralidad administrativa no basta para concluir que se trata de una sanción administrativa para castigar una infracción puramente administrativa, comprobable en un procedimiento administrativo (...), en el mismo modo por lo que no puede decirse que la pérdida del cargo prevista en el art. 92, I, del Código Penal, es una sanción administrativa. La pérdida del servicio público, en este caso, por la gravedad del acto de improbidad, es inherente a la suspensión de los derechos políticos. Si una persona tiene sus derechos políticos suspendidos por cierto tiempo, debe perder al mismo tiempo el derecho a ejercer una función de carácter público. (...)Refuerza la idea del carácter civil y político de las medidas sancionadoras, el hecho de que puedan ser aplicadas a particulares”¹³¹.

En efecto, la vía procesal para la investigación de los actos de improbidad es de carácter civil, y la acción legal correspondiente para investigar y sancionar los actos de improbidad tenían el carácter de acción civil pública, antes de los cambios legislativos, aplicándose además la Ley de Acción Popular, en lo que no contrariaba a las reglas procesales específicas de la LIA anterior^{132,133}. Asimismo, la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia (STJ) de Brasil seguía siendo en el sentido de que el Código Procesal Civil brasileño debería aplicarse subsidiariamente a la Ley de Improbidad Administrativa¹³⁴. Volveré a la discusión sobre la naturaleza de las sanciones de la LIA y el rito procesal que se le aplica más adelante.

Sobre el sujeto activo del delito civil que se trata aquí, en los términos de los arts. 1º y 2º de la LIA anterior, la expresión “agente público” comprendía a los agentes políticos (todos aquellos con mandatos electivos o no electivos, incluidos los parlamentarios de todos los niveles, los jefes del poder ejecutivo federal, estatal y municipal, los ministros y secretarios de estados y de municipios)¹³⁵; funcionarios civiles y militares

¹³¹ DI PIETRO, María Sylvia Zanella. Op. cit., p. 1805.

¹³² SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo esquematizado**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 161-177.

¹³³ Ibidem, p. 161-177.

¹³⁴ DI PIETRO, María Sylvia Zanella. Op. cit., p. 1831.

¹³⁵ En este punto, a pesar de la diversidad de sentencias en sentidos contrapuestos en el STF, con posiciones que defienden y otras que se oponen a la posibilidad de sancionar a un agente político, tanto por un delito de responsabilidad

(funcionarios públicos) y particulares en colaboración con el Gobierno (que trabajan sin relación laboral, por delegación, solicitud o espontáneamente). Aunque los citados artículos fueron modificados, al tenor del novedoso art. 2º, los sujetos activos siguen siendo los mismos¹³⁶.

Dichos sujetos, actuando en el desempeño de sus funciones, podrían incurrir en desviaciones de conducta que podrían estar comprendidas en los actos de improbidad administrativa enumerados en los arts. 9º, 10, 10-A y 11: los que conduzcan al enriquecimiento ilícito (art. 9º); las que generen perjuicio al erario (art. 10); la concesión, aplicación o mantenimiento de un beneficio económico o fiscal contrario a las disposiciones del *caput* y § 1º del art. 8º-A de la Ley Complementaria nº 116/2003 (art.10-A); y los que violen los principios administrativos (art. 11). Según la interpretación restrictiva doctrinal y jurisprudencial del art. 5º ("En caso de daño a la propiedad pública por acción u omisión, dolosa o negligente, del agente o de un tercero, se indemnizará íntegramente el daño"), actos de improbidad que generen enriquecimiento ilícito o violen principios administrativos, así como lo dispuesto en el art. 10-A, necesitaban la presencia del elemento subjetivo doloso (*dolo genérico*) para que quedasen tipificados, mientras que los que causasen daño al erario eran sancionados tanto dolosos como culposos.

En este punto nos interesan los actos que constituían enriquecimiento ilícito, en particular, el inscrito en el art. 9º, inciso VII, por ser el que más se ajustaba a la figura que tiempo después apareció el art. 20 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, objeto de esta investigación.

El anterior art. 9º establecía que constituía un acto de improbidad administrativa en la forma de enriquecimiento ilícito obtener cualquier tipo de ventaja patrimonial indebida

(Ley nº 1.079/1950), cuanto por de acto de improbidad administrativa (LIA) – régimen jurídico dual –, prevalece el entendimiento de que sólo el Presidente de la República no responde por los actos de improbidad administrativa, en virtud de lo dispuesto en el art. 85, V, y 86, de la Constitución Federal brasileña (procesamiento y juzgamiento de los delitos de responsabilidad del Presidente de la República por el Senado Federal, lo que no ocurre en el caso de otros agentes), norma que no aceptaría ninguna enmienda por otra de rango inferior. Los demás agentes políticos estarían sujetos al régimen jurídico dual (SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo esquematizado**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 167-174).

¹³⁶ “Para los efectos de esta Ley, se consideran agentes públicos los agentes políticos, los servidores públicos y cualquiera que ejerza, aunque sea temporalmente o sin remuneración, por elección, nombramiento, designación, contratación o cualquier otra forma de investidura o vínculo, mandato, cargo, empleo o función en las entidades a que se refiere el art. 1 de esta Ley”.

con motivo del ejercicio de un cargo, mandato, función, empleo o actividad en las entidades en la entidades de la Administración pública, y en particular el hecho de “adquirir, para sí o para otros, en el ejercicio de un mandato, cargo, empleo o función pública, bienes de cualquier naturaleza cuyo valor sea desproporcionado con respecto a la evolución del patrimonio o de los ingresos del agente público” (art. 9º, VII), es decir, un enriquecimiento sin origen lícito del agente público durante el período en que ejerciere la función.

A título de ejemplo, consideremos un funcionario público que, en el ámbito administrativo, en procedimiento previo llamado “*sindicância*” (que en la esfera federal se regula por el Decreto nº 5.483/05 y por la Instrucción Normativa de la “*Controladoria Geral da União*” (CGU) nº 14/2018 y recibe el nombre de SINPA – “*Sindicância Patrimonial Prévia*”), realizado anteriormente al procedimiento administrativo disciplinario (PAD), se ha constatado una evolución patrimonial más allá de lo que sus subvenciones y su declaración de renta pudieran explicar. En los términos de la Ley nº 8.112/1990, normativa que regula, entre otras cosas, las sanciones disciplinarias en el ámbito de los funcionarios públicos civiles federales, a la consideración de lo que dispone la CGU, ya sería lo suficiente para así iniciar el PAD por enriquecimiento ilícito en sede administrativa (que podría resultar en la pérdida del cargo en caso de que el funcionario no aportase pruebas de la legalidad de tales ingresos – art. 132, IV, Ley nº 8.112/90 c/c art. 9º, VII, de la Ley nº 8.429/92) y oficiar la fiscalía federal para los trámites judiciales (art. 7º, LIA), es decir, para la proposición de la Acción Civil Pública de Improbidad Administrativa (Acción de Improbidad Administrativa – AIA) contra dicho funcionario¹³⁷.

¹³⁷ En cuanto al procedimiento administrativo sancionador dirigido específicamente al enriquecimiento ilícito, el **Manual del Proceso Administrativo Sancionador de la CGU** nos informa de la existencia de la *Sindicância Patrimonial Prévia* (SINPA), “instrumento previo para la investigación de la infracción administrativa materializada en el enriquecimiento ilícito, tipificado en el art. 9, VII, de la Ley nº 8.429/92, con disposición normativa en el Decreto nº 5.483/05, y en el art. 5º, III, de la IN CGU nº 14/2018. El SINPA es un instrumento relevante a disposición de la Administración Pública, desempeñando un papel destacado en la investigación de las infracciones administrativas que puedan generar un enriquecimiento ilícito del agente público, en la medida en que, mediante el análisis de la evolución patrimonial del agente, se evidencie suficientemente la incompatibilidad patrimonial susceptible de instruir la iniciación del propio proceso administrativo disciplinario - que puede culminar en la aplicación de la pena de destitución . 132, IV, de la Ley nº 8.112/90) y en la interposición de la acción de improbidad administrativa, en los términos de la Ley nº 8.429/92. En efecto, el inciso VII del art. 9º de la Ley de Improbidad Administrativa establece que constituye enriquecimiento ilícito “adquirir, para sí o para otros, en el ejercicio de un mandato, cargo, empleo o función pública, bienes de cualquier naturaleza cuyo valor sea desproporcionado a la evolución del patrimonio, bienes o rentas del mandatario”. Por otro lado, la lectura del art. 132, IV, de la Ley nº 8112/90, resulta que el acto de improbidad administrativa practicado por un servidor público federal constituye una falta disciplinaria y da lugar a la aplicación de la pena de destitución”. Conf. BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Manual de Processo Administrativo**

Si la fiscalía obtuviera el éxito en demostrar más allá de toda duda razonable que hubo un incremento considerable del patrimonio del funcionario mientras estaba en el ejercicio de su cargo y que la riqueza expresada por él no encontraba origen en medios adquisitivos conocidos, contra sí mismo reposaría la presunción *juris tantum* de que su aumento patrimonial era proveniente de medios ilícitos y probablemente sería condenado judicialmente a la “*pérdida del cargo* (si esto ya no hubiera pasado en el ámbito administrativo), *pérdida de bienes o valores ilícitamente añadidos al patrimonio, reparación integral del daño, si la hubiere, suspensión de los derechos políticos de ocho a diez años, pago de multa civil hasta por el triple del valor del aumento de patrimonio y la prohibición de contratar con el Estado o recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios, directa o indirectamente, aunque a través de una persona jurídica en la que sea accionista mayoritario, por un período de diez años*” (art. 12, I, LIA), salvo que se descartase la presunción anterior, con la indicación del origen lícito de su aumento patrimonial. El daño a la Hacienda Pública no estaba (y sigue así) entre los requisitos para que se quede configurada, ya que se configura con la percepción de la ventaja, aunque no se acredite el perjuicio correspondiente a las arcas públicas.

Así delineado, el enriquecimiento ilícito en Brasil, aunque no fuera un delito, sino un ilícito civil, se asemejaba al enriquecimiento ilícito de las Convenciones de Mérida y Caracas y sufría de las mismas críticas sobre las cuales ya he comentado con relación a la presunción de inocencia y sus desmembramientos, y sobre los que trataré más adelante en el espacio brasileño.

Para que quede más claro, veamos los pormenores de un caso concreto: un juzgado colegiado del Tribunal del Estado del Paraná¹³⁸, bajo el comando de la anterior LIA, donde Nivaldo, un oficial de policía de la Policía Militar del Estado del Paraná, en los términos de la inicial presentada por el Ministerio Público estadual (fiscalía estadual), había realizado transacciones bancarias desproporcionadas a su subvención, lo que caracterizaría un acto de improbidad en la modalidad prevista en el art. 9º, inciso VII,

Disciplinar. Brasília: Corregedoria-Geral da União, 2021, p. 54. Disponible en https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/64869/9/Manual_PAD_2021_1.pdf. Acceso en 20 de junio de 2022.

¹³⁸ BRASIL. Estado do Paraná. Tribunal de Justiça do Paraná – AI: 13696878 PR 1369687-8. “*Desembargador*” relator: Leonel Cunha. Juzgado en: 11/08/2015, 5ª “Câmara Cível”. Fecha de publicación: 21/08/2015. Disponible en <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11973265/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1369687-8>. Acceso en 20 de junio de 2022.

de la anterior Ley n° 8.429/1992, conclusión que surgió tras el análisis de los documentos derivados de la violación del secreto bancario y fiscal del demandado. Por ello, el ministerio fiscal sostuvo que se debería invertir la carga de la prueba, ya que sería más fácil para el demandado probar el origen de los montos y también porque sería "fácticamente imposible para el fiscal probar concretamente de dónde las ganancias exageradas del demandado provinieron"¹³⁹. El demandado, en su defensa, entre otros argumentos, manifestó que no existía prueba de enriquecimiento ilícito y abogó por la improcedencia de la inversión de la carga de la prueba en una AIA, dado que tal disposición estaba ausente en la LIA, además de que la inversión de la carga de la prueba sólo se permitiría en los casos expresamente previstos en la ley. El magistrado accedió a la solicitud realizada por el Ministerio Público de inversión de la carga de la prueba, decisión contra la cual el demandado interpuso recurso de apelación ("Agravo de Instrumento") a la corte estadual.

El juez relator de la causa, al analizar el asunto, manifestó que:

"En estos casos de un acto de improbidad que implica enriquecimiento ilícito, en general, la carga de la prueba recae en el acusador, en principio. Sin embargo, dadas las circunstancias del caso concreto, la carga de la prueba debe invertirse, ya que el propio Demandado tiene la obligación de probar que sus bienes no provienen de actos ilícitos.

(...)

Además, la propia Ley de Improbidad crea mecanismos para que sea posible monitorear la evolución de los bienes del agente público, condicionando la posesión y ejercicio del agente a la presentación de una declaración de bienes y valores (...) ¹⁴⁰".

En efecto, el nombramiento y ejercicio de un agente público, en los términos del art. 13 de la LIA (que sigue inalterado en su esencia), están condicionados a la presentación de

¹³⁹ BRASIL. ESTADO DO PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná – AI: 13696878 PR 1369687-8 (Sentencia), Relator: Leonel Cunha.

¹⁴⁰ BRASIL. Estado do Paraná. Tribunal de Justiça do Paraná – AI: 13696878 PR 1369687-8 (Sentencia), Relator: Leonel Cunha.

una declaración de los bienes y valores que integran su patrimonio particular, declaración que deberá ser actualizada anualmente, quedándose sujeto a la pena de destitución de su puesto, sin perjuicio de otras sanciones aplicables, el agente público que se niegue a proporcionarla dentro del plazo señalado, o que la proporcione falsamente¹⁴¹.

La obligación a que se refirió el magistrado, de que el imputado está obligado a demostrar el origen real de sus bienes, es una conclusión lógica a la que se llega con la lectura del precepto legal en cuestión. Es una obligación funcional genérica para todo aquel que quiera incorporarse a las filas de la función pública.

En su decisión, siguió el juez relator:

"(...) para que sea posible la inversión de la carga de la prueba, el Ministerio Público deberá demostrar el nexo de incompatibilidad entre los bienes del agente y los ingresos percibidos durante el servicio público, únicamente.

En este caso compruebo que el Ministerio Público logró demostrar tal incompatibilidad, ya que describe la conducta del movimiento financiero de la cuenta bancaria de la recurrente, que destaco:

"(...) sólo en el período de abril a septiembre de 2006 NIVALDO MARCELOS DA SILVA recibió una remuneración de R\$ 24.828,10. Apesar de ello, otros R\$ 264.182,92 también ingresaron en las cuentas bancarias del imputado, casi en su totalidad provenientes de depósitos en efectivo y cheques".

"(...) en el mencionado semestre, cerca del 91% de los créditos en las cuentas bancarias de NIVALDO MARCELOS DA SILVA no tienen fuente declarada".

¹⁴¹ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Federal n° 8.429 de 02 de junho de 1992**. "Así mismo, el art. 1° de la Ley n° 8.730/1993 establece la obligación de presentar una declaración patrimonial, indicando las fuentes de los ingresos, tanto al momento de asumir un puesto político o al asumir un cargo, empleo o función, como al final de cada ejercicio financiero, en el término del mandato, y en caso de exoneración, renuncia o remoción definitiva, por el Presidente y Vicepresidente de la República, los Ministros de Estado, los miembros del Congreso Nacional, el Poder Judicial de la Federación, el Poder Público Ministerio de la Unión y todos aquellos que ocupen cargos electivos y cargos, empleos o funciones de confianza, en la administración directa, indirecta y fundacional, de cualquiera de los Poderes de la Unión" (CAMBI, Eduardo Augusto. **Distribuição dinâmica do ônus da prova na ação civil pública por improbidade administrativa**. *Revista da AJURIS*, v. 48, n° 150, p. 59-84, 2021, p. 64-65. Disponible en www.ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1140. Acceso en 20 de junio de 2022).

(...)

Finalmente, como ya se destacó en la sentencia que rechazó la solicitud de otorgamiento del efecto suspensivo, cabría incluso aplicar la teoría de la carga dinámica de la prueba, según la cual la carga de la prueba se atribuye a la parte que tiene mayor capacidad para su producción”¹⁴².

Además, sobre el tema de la inversión de la carga de la prueba (o distribución dinámica de la carga de la prueba), partiendo de la premisa de que la AIA sigue siendo de carácter civil y que se le aplicaba subsidiariamente el Código de Proceso Civil, como ya se mencionó en otras líneas (sin las salvaguardias actualmente existentes), si bien la sentencia en aprecio no hizo mención expresa de las normas a las que se refiere en la secuencia, el profesor y fiscal CAMBI nos explica que:

“(…) En las acciones civiles públicas por improbidad administrativa, la aplicación del art. 373, § 1 °, del CPC, mediante decisión judicial motivada (*ope judicis*), el Magistrado, después de analizar las circunstancias del caso y las peculiaridades de los hechos a probar, si concluye que la parte contraria está en mejores condiciones para producir la prueba, debe invertir la carga de la prueba. Esta decisión judicial no puede privar al litigante gravado de ninguna oportunidad, ya sea para impugnar la decisión de cambiar el *onus probandi*, o para asegurar que todas las posibilidades de demostrar que los hechos alegados por el adversario no existen o, si son ciertos, no tienen los efectos jurídicos por él pretendidos (...).

La inversión de la carga de la prueba no encuentra obstáculo en el principio constitucional de presunción de inocencia (art. 5, LVII, del CF), que se restringe al tránsito de la sentencia penal condenatoria”¹⁴³.

Asimismo, aun para quienes ven la necesidad de una mínima aplicación de la dogmática penal a la Acción de Improbidad Administrativa por su fuerte contenido sancionador,

¹⁴² BRASIL. Estado do Paraná. Tribunal de Justiça do Paraná – AI: 13696878 PR 1369687-8 (Sentencia), Relator: Leonel Cunha.

¹⁴³ CAMBI, Eduardo Augusto. **Distribuição dinâmica do ônus da prova na ação civil pública por improbidade administrativa.** *Revista da AJURIS*, v. 48, n ° 150, p. 59-84, 2021, p. 62-64. Disponible en www.ajuris.kingghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1140. Acceso en 20 de junio de 2022.

los principios penales inherentes al derecho a la libertad no les aplican de manera irrestricta, precisamente porque en este campo no existe pena de restricción de la libertad.

Como nos enseña ZAMALLOA DO PRADO, de esta forma, el derecho fundamental a la presunción de inocencia, de donde proviene la norma procesal que impone a la fiscalía la carga de probar el acto de improbidad, puede sufrir limitaciones adecuadas, necesarias y proporcionadas, a partir de la aplicación del principio de proporcionalidad, de modo que la distribución dinámica de la carga de la prueba, permitida por el artículo 373, § 1, del CPC en el contexto de la acción de la improbidad, encuentra compatibilidad constitucional y representa, en un panorama de corrupción institucionalizada, una herramienta de suma importancia para la eficacia de la defensa de los bienes públicos¹⁴⁴.

Esta consideración con respecto al derecho a la presunción de inocencia cobra mayor relevancia cuando se presenta otro derecho fundamental que viene a colisionar con él en juicios de este tipo: el “derecho humano fundamental a una buena administración pública transparente y eficiente” (artículos 5º, § 1º, y 37, *caput*, de la CFB)¹⁴⁵. En este punto, recuerdo lo que he dicho sobre el derecho fundamental de la moralidad/probidad administrativa.

Conjuntamente, hay que se añadir que incluso el Código Penal brasileño ya incorporó la presunción relativa en relación con los bienes inexplicables en los casos de condena por delitos con penas de más de seis años de prisión. Con la Ley nº 13.964/2019, en vigor desde el 23 de enero de 2020 (denominada “Paquete Anticrimen”), se inauguró el decomiso ampliado en el ordenamiento jurídico brasileño, con la inclusión del art. 91-A al Código Penal, por el cual el decomiso se concentra en la diferencia entre el valor total de los bienes del condenado y aquellos cuya legalidad quede probada. La carga de la prueba de esta diferencia corresponde al Ministerio Público, quien debe aportar prueba fehaciente de que el autor del delito ha acumulado bienes que no pueden explicarse por sus ingresos lícitos. Si el imputado quiere demostrar que no existe la incompatibilidad alegada por el órgano acusador, “la carga mínima de generar la duda razonable que le

¹⁴⁴ ZAMALLOA DO PRADO, Fabiana Lemes. **A distribuição dinâmica do ônus da prova na Ação de Improbidade Administrativa.** *O Ministério Público na Defesa da Probidade Administrativa*, p. 46-75, 2019. Disponible en <https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/250-revistas/11866-o-ministerio-publico-na-defesa-da-probidade-administrativa>. Acceso en 20 de junio de 2022.

¹⁴⁵ FREITAS, Juarez. **As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração.** *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 35.1 *apud* CAMBI, Eduardo Augusto. Op. cit. 68.

favorece recae sobre su defensa (art. 91-A, § 2º del CP), y no en la acusación”¹⁴⁶.

Se nota que, si bien existe una condena previa por un hecho delictivo, cosa que no hay en el caso del enriquecimiento ilícito en la LIA, queda en evidencia que se presenta una relativa presunción de que todos los bienes que no tienen un origen lícito provenían del delito por el cual el agente fue condenado y le corresponde a él probar lo contrario, lo que nos muestra una clara atenuación de la regla de que la carga de la prueba recae únicamente en la acusación.

Por fin, la responsabilidad del Ministerio Público en la AIA es demostrar que hubo un incremento en el patrimonio del sujeto como agente público o un tercero relacionado con él, y que tal hecho no puede ser explicado por los medios lícitos de adquisición. Es decir, *demostrar el nexo de incompatibilidad entre el patrimonio del agente y los ingresos percibidos durante el servicio público*. Aún sobre la carga de la acusación, vale la pena mencionar el hecho de que no era necesario probar que hubo un incumplimiento del deber funcional o incluso la práctica de cualquier acto ilícito de cualquier naturaleza vinculado a la obtención de una ventaja indebida, ni vínculo probatorio entre estos posibles hechos y el enriquecimiento. Como señala el profesor CASTRO sobre la LIA antes de las alteraciones, “el inciso VII del art. 9º de la Ley nº 8.429/92 es de tipo disciplinario autónomo y específico, independientemente del *caput* de la misma disposición. Con ello, no es necesario acreditar la obtención de una efectiva ventaja patrimonial indebida por el ejercicio del cargo, prevista en el *caput* del art. 9º, para la capitulación de la conducta del inciso VII, por ser independiente”¹⁴⁷.

Corroborando su afirmación estaba el entendimiento consolidado en la Corte Superior de Justicia (“Superior Tribunal de Justiça – STJ”), en los términos de “Mandado de Segurança” (*mandamus*):

¹⁴⁶ ANDRADE, Landolfo. (29/04/2021). **A evolução desproporcional do patrimônio do agente público e a questão do ônus probatório no domínio da improbidade administrativa**. GenJurídico. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <http://genjuridico.com.br/2021/04/29/patrimonio-do-agente-publico/>.

¹⁴⁷ CASTRO, Aldemario Araújo. (02/2022). **Improbidade administrativa por enriquecimento ilícito depois da edição da Lei nº 14.230/2021**. JusBrasil. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://jus.com.br/artigos/96316/improbidade-administrativa-por-enriquecimento-ilicito-depois-da-edicao-da-lei-n-14-230-2021>. En la misma línea de entendimiento: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 509.

“RESUMEN: MANDAMUS. ADMINISTRATIVO. EMPLEADO ESTATAL. AUDITORÍA DE INGRESOS FEDERALES. ENRIQUECIMIENTO ILEGAL. REMESAS DE VALORES AL EXTERIOR, SIN DECLARACIÓN DE IMPUESTO A LA RENTA. CONDUCTA INAPROPIADA. PROCESO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO - PAD. PRUEBAS PRESENTADAS DEL TRIBUNAL PENAL. OBSERVANCIA CONTRADICTORIA. INDEPENDENCIA DE LAS INSTANCIAS CIVIL, PENAL Y ADMINISTRATIVA. SANCIÓN DE DESPIDO IMPUESTA POR LA ADMINISTRACIÓN. AUSENCIA DE ILEGALIDAD. NET Y CIERTOS DERECHOS INDEMOSTRADOS.

1. El análisis de las consideraciones lanzadas por el peticionario sobre la mala interpretación de los hechos por parte de la Autoridad Administrativa exige, necesaria e inequívocamente, revertir la prueba practicada en el PAD, lo que se sabe prohibido en la estricta vía del mandamus.

2. El derecho líquido y cierto, susceptible de impugnación en el auto de mandamus, debe acreditarse con prueba documental preestablecida, sin demora probatoria. precedentes

3. No existe impedimento para la utilización en el PAD de la prueba producida en el fuero penal, siempre que se presente debidamente al sistema contradictorio, como ocurrió en el presente caso. precedentes

4. Aunque puedan tener su origen en el mismo hecho, la investigación por mala conducta administrativa practicada en el PAD no debe confundirse con la acción de mala conducta administrativa, que se sabe persigue ante el Poder Judicial, al que corresponde imponer las sanciones. previsto en los incisos del art. 12 de la Ley n° 8.429/92. Se reconoce la independencia de las instancias civil, penal y administrativa.

5. La sanción de destitución no es privativa del Poder Judicial. En efecto, es deber ineludible de la Administración investigar y, eventualmente, sancionar a los funcionarios que cometan faltas disciplinarias.

6. La conducta del funcionario considerada inverosímil no debe estar,

necesaria y directamente, vinculada al ejercicio de la función pública. En efecto, aun cuando la conducta se realice fuera de las actividades funcionales, si presenta incompatibilidad con el ejercicio de las funciones propias del cargo, por vulnerar principios básicos de la Administración Pública, sí es sancionable en el ámbito administrativo, incluida la pena máxima de destitución, máxime como en el presentecaso en que el funcionario, Revisor Fiscal de la *Receita Federal*, presenta enriquecimiento ilícito, al acumular bienes desproporcionados a la evolución de la riqueza y de los ingresos -hecho que, por cierto, también está siendo investigado en la esfera criminal-, refiriendo dinero significativo a una cuenta bancaria suiza sin la correspondiente declaración del impuesto sobre la renta. Inteligencia del arte. 132, inciso IV, de la Ley n. 8.112/90, cc art. 11 de la Ley nº 8.429/92.

7. Seguridad denegada. Queja de regimiento dañada (énfasis mío)¹⁴⁸.

Como ya he dicho anteriormente, lo habitual es que se inicie un procedimiento de investigación por enriquecimiento ilícito en el ámbito administrativo (ya que, este tipo de acto de improbidad también da lugar a una falta disciplinaria) y, si se encuentran indicios de su realización, la autoridad administrativa debe poner el caso en conocimiento del Ministerio Público, una de las entidades encargadas de enjuiciar la Acción de Improbidad

¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - MS 12536 DF 2007/2481-4 (Sentencia), Relatora: Laurita Vaz, Fecha de Sentencia: 28/05/2008, Sección Tercera, Fecha de Publicación: 26/09/2008. Disponible en https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3129768&num_registro=200700024814&data=20080926&tipo=5&formato=PDF. Acceso en 20 de junio de 2022. Es importante señalar que la referida decisión fue mantenida en apelación por el Supremo Tribunal Federal (BRASIL. Superior Tribunal Federal – RMS 28.919 DF, juzgado el 16/12/2014). Además de corroborar el entendimiento que el inciso VII del art. 9º de la Ley nº 8.429/92 es de tipo autónomo y específico ("La conducta del empleado considerada ímproba no necesita estar, necesaria y directamente, vinculada al ejercicio de la función pública"), la referida sentencia trata de la posibilidad de aplicar la sanción de despido del empleado por la Administración Pública, siempre que el acto perpetrado constituya también una falta disciplinaria. En efecto, una vez acreditado cualquier acto de improbidad, luego de concluidos los procedimientos administrativos correspondientes a su investigación, respetados el contradictorio y la amplia defensa, la sanción de despido es una medida que se impone, en los términos del art. 134, IV, de la Ley nº 8.112/1990 (Estatuto del Servidor Público Federal). Como dice la sentencia, "(...) Aunque puedan tener su origen en un mismo hecho, la constatación de práctica de falta administrativa en el Procedimiento Administrativo Disciplinario (PAD) no debe confundirse con la acción de improbidad administrativa, esta (acción de probidad) conocida por ser llevada a cabo ante el Poder Judicial, a quien corresponde imponer las sanciones previstas en los incisos del art. 12 de la Ley nº 8.429/92. Se reconoce la independencia de las instancias civil, penal y administrativa". La referencia que se hace a las sanciones del art. 12 de la LIA se refiere a la sanción de despido (si aún no fue aplicada administrativamente en el PAD), la suspensión de derechos políticos, la indisponibilidad de bienes y el reembolso a las arcas públicas. Únicamente las tres últimas sanciones requieren valoración judicial previa en el marco de una Acción de Improbidad Administrativa para que puedan ser aplicadas. En definitiva, el servidor público condenado en un PAD por un acto de improbidad (arts. 9, 10 y 11 de la LIA) puede ser destituido de su cargo independientemente de la condena judicial. En este sentido, la reciente "Súmula" 651 del STJ, que establece que "corresponde a la autoridad administrativa aplicar a un servidor público la sanción de destitución por práctica de inmoralidad administrativa, independientemente de la condena previa, por autoridad judicial, a la pérdida de su oficio". Por supuesto, el caso siempre puede ser llevado a consideración del Poder Judicial (art. 5, XXXV, CFB).

Administrativa (y que, con los cambios, se convirtió en la única). Por eso mismo, la “*Controladoria Geral da União*” (CGU) brinda a los sectores disciplinarios de cada órgano de la Administración Pública los reglamentos en la materia.

En cuanto al vínculo innecesario entre la acumulación de bienes del agente y el ejercicio irregular de su función pública, la CGU, en su “Manual de Processo Administrativo Disciplinar”, publicado en enero de 2021, propugnó que:

“(…) corresponderá a la Administración probar la evolución patrimonial desproporcionada del agente, en el ejercicio de la función pública, de modo que se caracterice una relativa presunción de veracidad. Es decir, cuando la Administración atestigua que hubo adquisición de bienes además de las rentas legalmente declaradas, constituye una presunción de *juris tantum* (relativa) contra el investigado, que puede producir prueba en contrario (...).

Cabe señalar que no es necesario probar el nexo de causalidad del enriquecimiento ilícito con el ejercicio del servicio público. Si tales pruebas fueran indispensables para la caracterización de los ilícitos comentados, la comisión investigadora tendría una tarea hercúlea, casi imposible de cumplir. Además, el inciso VII del art. 9 de la Ley n ° 8.429/92 es de tipo disciplinario autónomo y específico, independientemente del *caput* de la misma disposición. Con ello, no es necesario acreditar la obtención de una efectiva ventaja patrimonial indebida por el ejercicio del cargo, prevista en el *caput* del art. 9, para la capitulación de la conducta del inciso VII, por ser independiente”¹⁴⁹.

Sin embargo, destaca que no se trata de contemplar cualquiera aumento patrimonial, ya que meros errores en el llenado de la declaración de la renta o incluso acciones deliberadas de evasión fiscal pueden ser considerados, a lo sumo, un delito fiscal, sin que se quede configurado el enriquecimiento ilícito.

“(…) Además de la existencia de la voluntad del agente, una cuestión relevante a verificar en el caso concreto es el grado de desproporción en la adquisición de los bienes en relación con los ingresos percibidos. Deben tenerse en cuenta los

¹⁴⁹ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Op. cit., p.239.

principios de proporcionalidad y razonabilidad en la formación del juicio sobre la realización o no del acto ilícito en cuestión. Las incongruencias menores vinculadas exclusivamente al área fiscal no deben importarse al área disciplinaria.

En el plano práctico, existen infracciones tributarias o errores en las declaraciones proporcionadas a las autoridades fiscales que no implican los bienes descubiertos del agente, consistentes en una mera infracción tributaria o simple error de presentación (...) ¹⁵⁰”.

Volviendo la atención al caso concreto que se viene utilizando (el juzgado del Tribunal del Estado del Paraná), es cierto que el Ministerio Fiscal llevó al seno del proceso un incremento patrimonial que va mucho más allá de un simple error de relleno de datos o de una simple voluntad de eludir al fisco. Según información obtenida en relación con la violación del secreto fiscal y bancario de Nivaldo, se constató que (...) *en el período de cómputo (abril a septiembre de 2006), el movimiento bancario de ese fue más diez veces superior a su salario.*

Así que, al Ministerio Público, antes de los cambios a la LIA, le correspondía demostrar (como lo ha hecho en el caso concreto que he utilizado como ejemplo), más allá de toda duda razonable, los hechos fundamentales de su acusación, es decir, el incremento patrimonial del demandado, durante el período en que fue agente público, y la ausencia de respaldo legal y/o medios para explicarlo, además de que es innecesario demostrar que esta acumulación estaría directamente relacionada con un posible ejercicio irregular del cargo. Igualmente, debería demostrar (como lo ha hecho en el juzgado demostrativo) que el valor de este patrimonio era desproporcionado a sus rentas legalmente obtenidas, es decir, la incompatibilidad del vínculo entre el patrimonio y las rentas obtenidas en el ejercicio del cargo, todo en procedimientos conforme a la ley en cuanto a la obtención de prueba, la contradictoria y la defensa plena, aunque esta última quedaba mitigada en cuanto a la producción de prueba, hecho que seguía siendo plenamente aceptable en términos de la jurisprudencia brasileña.

El dolo del agente público que se exigía para que se quedara perpetrado el ilícito, era el

¹⁵⁰ BRASIL. Controladoria-Geral da União. Op. cit., p. 240.

dolo genérico, es decir, la simple voluntad de desobedecer la norma a sabiendas, independientemente del interés perseguido. En el caso de enriquecimiento ilícito del art. 9º, VII, de la LIA, era la voluntad de acumular bienes indebidamente, ya que lo que se le debe es tan sólo lo legalmente explicable. En el caso concreto presentado a título de ejemplificación, quedó acreditada la intención de Nivaldo de aumentar su patrimonio de manera inexplicada, independientemente de la existencia de daño patrimonial a la Administración Pública, ya que no logró oponerse a la prueba presentada por el Ministerio Público. Sobre lo que él no pudo explicar, pesó la presunción *juris tantum* de que sus riquezas fueron provenientes de un daño a las arcas públicas, como mínimo (aunque prescindible la prueba del daño, como se ha dicho), de modo que, al término de la Acción de Improbidad Administrativa, todo el patrimonio de origen inexplicable habría de pasar al erario.

3.3 La novedosa Ley de Improbidad Administrativa y la “muerte” del enriquecimiento ilícito en Brasil

Al inicio de este trabajo, se ha dicho que la Ley nº 8.429/1992, Ley de Improbidad Administrativa de Brasil, fue modificada a fines de octubre de 2021 tras la sanción de la Ley nº 14.230. De hecho, dicha innovación legislativa conllevó a una desfiguración completa de la LIA.

Respecto de ello, CASTRO discrimina varios de los muchos cambios realizados (que, para él, en su mayoría fueron “cuidadosamente diseñados para dificultar en lo posible la caracterización y sanción de la práctica de actos de improbidad administrativa”), entre los que enumeró los siguientes: *a)* la alteración de la competencia para ejercitar la acción de improbidad (legitimidad activa), que pasó a concentrarse exclusivamente en el Ministerio Público, excluyendo a la entidad pública federal lesionada (principal hecho que sustenta dos Acciones Directas de Inconstitucionalidad en curso en el STF); *b)* la exclusión de formas culposas de improbidad; *c)* la sustitución de la obligación de establecer el dolo genérico por la difícil demostración del dolo específico; *e)* la limitación a la pérdida del cargo ejercido al tiempo de la práctica del acto; *d)* la prohibición de contratar con el poder público limitada únicamente a la entidad pública lesionada y la posibilidad continuar contratando con otras entidades federativas; *e)* la eliminación de importantes hipótesis de improbidad, tales como "retrasar o dejar de realizar, indebidamente, un acto oficial"; *f)* la prescripción desde la fecha en que ocurrieron los

hechos; g) la creación de una hipótesis de prescripción intercurrente con contornos claramente tendentes a dificultar una condena¹⁵¹.

A ellos añadido otros tres que, como la citada sustitución de la obligación de comprobar el dolo genérico por la difícil demostración del dolo específico, van a afectar directamente a la conducta de los órganos juzgadores frente a los casos de enriquecimiento ilícito: la necesidad expresa de probar el vínculo entre el ejercicio irregular de la función pública y el enriquecimiento sin origen lícito; la mención expresa a los principios del DAS como regentes de la Acción de Improbidad Administrativa; y la prohibición expresa de aplicar la distribución dinámica de la carga de la prueba en acciones de improbidad.

3.3.1 La necesidad expresa de probar el vínculo entre el ejercicio irregular de la función pública y el enriquecimiento sin origen lícito y de probar el dolo específico

El anterior art. 9 ° disponía que constituía un acto de improbidad administrativa en la modalidad de enriquecimiento ilícito obtener cualquier tipo de ventaja patrimonial indebida por el ejercicio de un cargo, mandato, función, empleo y en particular: *"VII - adquirir, para sí o para otros, en el ejercicio de un mandato, cargo, oficio o función públicos, bienes de cualquier naturaleza cuyo valor sea desproporcionado con respecto a la evolución del patrimonio o de los ingresos del agente público"*. Tal redacción, como ya se vio, nos remitía a una lectura del inciso VII del art. 9° con independencia de su *caput*.

Sin embargo, con el cambio operado por la Ley n ° 14.230/2021, la LIA pasó a disponer como un acto de improbidad el enriquecimiento ilícito del agente público, cuando reciba cualquier tipo de ventaja patrimonial indebida con motivo del ejercicio irregular de un cargo, mandato, función, empleo, intencional y notoriamente *"VII - adquirir, para sí o para otros, en el ejercicio de un mandato, cargo, empleo o función pública, y como resultado de ellos, bienes de cualquier naturaleza, provenientes de los actos descritos en el caput de este artículo, cuyo valor sea desproporcionado con la evolución de los*

¹⁵¹ CASTRO, Aldemario Araujo. Op. cit., s. pag.

bienesos ingresos del agente público, asegurando que el agente demuestre la legalidad del origen de esta evolución”¹⁵².

Cabe señalar que, además de anunciar lo que ya era la praxis forense (castigo sólo cuando el ilícito se comete con dolo y la posibilidad de que la defensa desvirtúe la relativa presunción de enriquecimiento sin origen lícito alegada por la acusación, según los requisitos ya vistos), la reforma vincula el inciso VII, antes independiente, al *caput* del art. 9°. Si antes al Ministerio Público le bastaba probar que el incremento patrimonial del agente público, en el ejercicio de su cargo, había sido superior a sus ingresos a título de funcionario y que no existió otra fuente de ingresos conocida como lícita que pudiera justificarlo, con el mencionado cambio legislativo, además de ello, la fiscalía deberá traer a juicio elementos que indiquen que dicho incremento se debió al ejercicio irregular del cargo.

Es decir, si la interpretación que se le da a la reforma proviene de simple exégesis literal, el tipo sancionador en cuestión simplemente deja de existir, pues quedará probado (si la fiscalía logra hacerlo) otro ilícito civil/administrativo/penal antecedente que ha llevado al dicho enriquecimiento, como por ejemplo los demás tipos sancionados a título de enriquecimiento ilícito en los otros once incisos del art. 9° de la LIA, para los cuales, antes de los cambios a fines de 2021, ya se habrían de probar hechos anteriores al enriquecimiento.

En estos mismos términos se posiciona el Ministerio Fiscal Federal de Brasil (“*Ministério Público Federal*” – MPF), en nota técnica en cuanto a los cambios operados por la Ley n° 14.230/2021, en el punto 29:

“29. La nueva tipificación del enriquecimiento ilícito por adquisición de bienes incompatibles, en cuanto a la demostración del origen de los bienes con desempeño funcional específico, ahora inferido en el artículo 9°, inciso VII, hace incompatible la disposición con el sistema de tipificación de ilícitos del mismo

¹⁵² En su redacción original tras el cambio legislativo de 2021: *art. 9° Constitui ato de improbidade administrativa importando em enriquecimento ilícito auferir, mediante a prática de ato doloso, qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, de mandato, de função, de emprego ou de atividade nas entidades referidas no art. 1° desta Lei, e notadamente: VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, e em razão deles, bens de qualquer natureza, decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução.*

artículo 9 °, **quitándole funcionalidad al artículo, pues daría lugar a la subsunción en alguno de los otros tipos existentes en la modalidad (*caput e incisos*)**¹⁵³.

Como si ello no fuera suficiente, se le coloca al enriquecimiento ilícito una segunda pala de cal: la necesidad de probar el dolo específico para que un acto de improbidad pueda cometerse. El dolo genérico reside en la simple voluntad de realizar el tipo ilícito, de colocar en marcha el núcleo del tipo, por acción u omisión, sin que concurra cualquier finalidad específica. Ya el dolo específico se configura cuando, además de la realización del núcleo del tipo, para que se quede consumado el ilícito, se exige la configuración de una finalidad específica. Socorriéndonos del Derecho Penal brasileño, podemos decir que para que esté configurado el delito de homicidio simple – “*matar alguém*” (art. 121, *caput*) –, se exige del agente apenas la voluntad consciente en quitarle la vida a otra persona, pues que no se hace necesario que le ponga una finalidad al acto. En cuanto al delito de prevaricación (art. 319), no basta al agente “*retardar ou deixar de praticara ato de oficio*”, pues que necesario que lo haga “*para satizfazer interesse ou sentimento pessoal*”.

Con respecto al tema, el derogado art. 5 °, decía que “en caso de lesión de los bienes públicos por acción u omisión, dolosa o negligente, del agente o de un tercero, se indemnizará íntegramente el daño”. Como resultado del cambio legislativo, los nuevos párrafos 1 °, 2 ° y 3 ° del art. 1°, pasaron a prever:

§ 1 ° Son considerados acto de improbidad las conductas dolosas tipificadas en los arts. 9°,10 y 11 de esta Ley, salvo los tipos previstos en leyes especiales.

§ 2 ° Dolo es la voluntad libre y consciente para lograr el resultado ilícito tipificado en los arts. 9, 10 y 11 de esta Ley, no siendo suficiente la voluntariedad del agente.

¹⁵³ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. Comissão de Assessoramento Permanente em Leniência e Colaboração Premiada. **NOTA TÉCNICA Nº 01/2021 – 5ª CCR Aplicação da Lei nº 8.429/1992, com as alterações da Lei nº 14.230/2021**, p. 7. Disponible en <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NTOrientao12.2021.pdf>. Acceso en 20 de junio de 2022.

§ 3 ° El mero ejercicio de la función o actuación de los poderes públicos, sin prueba de un acto doloso con finalidad ilícita, exime de responsabilidad por un acto de improbidad administrativa.

Incluso quienes sostenían que no había inversión de la carga de la prueba en una acción de improbidad por enriquecimiento ilícito (ya que al Ministerio Público siempre le corresponde probar que los bienes y valores en poder del agente son incompatibles con sus ingresos y que no se conoce otra fuente de ingresos legales) y manifestaban que la prueba a rendir por el agente imputado era considerada un simple ejercicio de defensa, con el nuevo requisito del dolo específico, ya no encontrarán dónde apoyarse. Ya no bastaría con demostrar este desajuste entre el incremento patrimonial experimentado por el agente público y sus rentas lícitas conocidas. Para la imputación y condena por enriquecimiento ilícito, la fiscalía tendrá que demostrar que el comportamiento del agente consistió en la obtención de una ventaja patrimonial indebida.

En cuanto al tema, nos dice el juez federal MARTINS:

“(...) habrá improbidad cuando el agente actúe consciente y voluntariamente para enriquecer ilícitamente, perjudicar las arcas públicas o violar los principios rectores de la Administración, pues que ya "no basta la simple voluntariedad del agente" en la comisión del hecho sin una finalidad ilícita; es decir, no hay improbidad sin mala fe”¹⁵⁴.

En palabras de CASTRO, “no se trata de probar directamente el espíritu subjetivo (pretenciosidad del enriquecimiento), sino de probar con seguridad los actos libres y conscientes encaminados inequívocamente a producir ese resultado específico”, es decir, será necesario “demostrar las conductas, debidamente vinculadas, que den lugar al incremento indebido del patrimonio”¹⁵⁵.

Sin embargo, si el Ministerio Público logra aportar tal prueba, quedará probado otro ilícito anterior, lo que, lógicamente, revoca por vía de interpretación, el enriquecimiento ilícito, salvo que tengamos en el futuro una construcción jurisprudencial que le baste con simple

¹⁵⁴ MARTINS, Tiago do Carmo. **Improbidade administrativa: análise da Lei 8.429/92 à luz da doutrina e a jurisprudência**. Curitiba: Alteridade, 2022, p. 37.

¹⁵⁵ CASTRO, Aldemario Araujo. Op. cit., s. pag.

prueba indiciaria de que se ha cometido un ilícito previo, en la línea de lo que es aceptado hoy día para el delito de blanqueo de capitales, con la inferencia del dolo del agente por medio de circunstancias fácticas objetivas¹⁵⁶ o con la prueba de la mala fe a la que se refiere MARTINS. Sea lo que sea, es un hecho inequívoco que el cambio anteriormente mencionado, por sí sólo, ya podría dar fin al delito en comento.

3.3.2 La mención expresa a los principios del DAS como regentes de la Acción de Improbidad Administrativa y la prohibición expresa de aplicar la distribución dinámica de la carga de la prueba en acciones de improbidad

No fueran los cambios anteriormente aludidos, sumados a la prohibición explícita de aplicar la distribución dinámica de la carga de la prueba en las acciones de improbidad (además de otros institutos procesales de derecho civil), la exigencia de que se le apliquen la doctrina del DAS a las acciones de improbidad administrativa por sí sola no llegaría a ser un problema a la existencia del ilícito de enriquecimiento ilícito en Brasil. El mandamiento expreso de que se aplique a la LIA los principios del DAS ha venido en el novedoso § 4 ° del art. 1 °, *ipsis litteris*: “*aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador*”. De ello que me ocuparé más adelante.

En cuanto a las referidas prohibiciones procesales, tienen por objeto sofocar cualquier esperanza en la posibilidad de remitir al acusado la carga de producir pruebas que enflaquezcan la afirmación de la fiscalía con respecto a la licitud del origen de sus bienes. Al tenor del cambio mostrado, la producción de pruebas por parte del acusado se configura en simple facultad suya, por lo que puede quedarse inerte. De acuerdo con la disposición expresa contenida en el nuevo art. 17, § 19:

Art. 17. La acción para la aplicación de las sanciones a que se refiere esta Ley será propuesta por el Ministerio Público y seguirá el procedimiento común previsto en la Ley n ° 13.105, de 16 de marzo de 2015 (Código de Proceso Civil), salvo previsto en esta Ley.

(...)

¹⁵⁶ Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción - CNUCC, Art. 28: El conocimiento, la intención o el propósito que se requieren como elemento de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención podrán inferirse de circunstancias fácticas objetivas.

§ 19. No aplican a la acción de improbidad administrativa:

I - la presunción de veracidad de los hechos alegados por el autor de la acción en caso de rebeldía;

II - la imposición de la carga de la prueba al demandado, en los términos de los §§ 1 y 2 del art. 373 de la Ley n ° 13.105, de 16 de marzo de 2015 (Código de Proceso Civil);

III - la interposición de más de una acción de improbidad administrativa por el mismo hecho, correspondiendo al Consejo Nacional del Ministerio Público dirimir conflictos de atribuciones entre miembros de diferentes Ministerios Públicos

IV - la revisión obligatoria de la sentencia de improcedencia o extinción sin resolución del mérito.

El legislador, en cuanto se refiere a la aplicación de sanciones por improbidad administrativa, condiciona expresamente el procedimiento al rito común del Código Procesal Civil. Sin embargo, señala claramente reservas de carácter Penal y Procesal Penal (prohibición de proseguir el juicio del acusado en rebeldía; prohibición de la revisión obligatoria de la sentencia de improcedencia o extinción sin resolución del mérito; prohibición de la distribución de la carga de la prueba), una extrapolación excesiva.

Ello porque las sanciones ahí presentes, como ya se ha visto en líneas anteriores de este trabajo, son de carácter civil y político, y no administrativo ni penal. Aunque el procedimiento suela iniciarse en el ámbito administrativo donde también produce efectos, así como los pueden producir en la esfera penal, ya que los mismos actos de improbidad también pueden encontrar subsunción en tipos administrativos (funcionales o disciplinarios) y penales, en Brasil prevalece la independencia entre las instancias mencionadas. En ese sentido, el STF ya se pronunció en la ADI n ° 2.797, una acción judicial directa de inconstitucionalidad por la cual algunos agentes políticos pretendieron hacer valer su presunto derecho de foro por prerrogativa de función en el ámbito de una AIA. Dicha pretensión fue denegada, exactamente por tratarse de algo sólo aplicable frente a un proceso penal, según sentencia definitiva del Tribunal

Supremo brasileño¹⁵⁷.

Aunque se tenga por expícito en la novedosa LIA (art. 17-D) la afirmación de que “*la acción por improbidad administrativa es represiva, de carácter sancionador, dirigida a la aplicación de las sanciones de carácter personal previstas en esta Ley, y no constituye acción civil*”¹⁵⁸ (...), el carácter civil de la AIA sigue siendo incuestionable – acción de naturaleza civil que tutela el derecho difuso a la probidad administrativa y que integra el microsistema de tutela de los bienes colectivos – , ya que le falta la previsión de penas de privación de la libertad, lo que la tornaría una acción penal, y sigue siendo presidida por el Poder Judicial, hecho que le quita la posibilidad de ser tasada de procedimiento administrativo¹⁵⁹.

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - ADI 2.797-DF 000.4565-07.2002.0.01.000. Min. Relator: Sepúlveda Pertence. Juzgado el: 15/09/2005. Tribunal Pleno. Disponible en <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7226/false>. Acceso en 20 de junio de 2022. En la misma dirección, conf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Pet-AgR 3240-DF. Min. Relator: Teori Zavaskci. Juzgado el: 10/05/2018. Tribunal Pleno. Disponible en <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>. Acceso en 20 de junio de 2022: “(...) *O foro especial por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal em relação às infrações penais comuns não é extensivo às ações de improbidade administrativa, de natureza civil. Em primeiro lugar, o foro privilegiado é destinado a abarcar apenas as infrações penais. A suposta gravidade das sanções previstas no art. 37, § 4º, da Constituição, não reveste a ação de improbidade administrativa de natureza penal*” (grifado por mí).

¹⁵⁸ La Acción de Improbidad Administrativa siempre se interpuso en los tribunales a través de la Acción Civil Pública - ACP (Ley n° 7.347/1985), con disciplina procesal complementada por la Ley 8.078/1990 (Código de Defensa del Consumidor - Título III, que trata del proceso colectivo) y aplicación subsidiaria del Código Procesal Civil - CPC (lo que se denomina un microsistema de protección de los derechos fundamentales supra o transindividuales). Ello se deriva de la vocación de la Acción Civil Pública de proteger los bienes públicos, especialmente para la reparación del daño patrimonial y moral, razón por la cual se dota de mecanismos procesales propios para tal efecto. No puede utilizarse la acción popular para imponer las penas del art. 12 de la LIA, ya que el ciudadano no tiene legitimación para hacerlo (solo el Ministerio Público o la persona jurídica interesada). No obstante, es admisible la utilización de la acción popular para pedir la reparación de los perjuicios a las arcas públicas derivados de la improbidad. El régimen que preveía la regencia de la Acción de Improbidad Administrativa (AIA) bajo la tutela de la Ley n° 7.347/1985 fue modificado en la nueva LIA y la AIA pasó a ser una acción de procedimiento común, distinta de la Acción Civil Pública (ACP), regido por el CPC, en cuanto no contradiga las nuevas normas procesales específicas. Aun cuando en un AIA sea posible comprobar que no concurren los elementos que configuran la improbidad, el juez debe dictar sentencia anticipada parcial sobre el mérito de la cuestión (artículo 356 del CPC), excluyendo la imputación de improbidad y convirtiendo el rito en una acción civil pública – ACP (LIA, art. 17, § 16), para que se puedan dar seguimiento a las reclamaciones relativas a la protección de la propiedad pública. Esto se refuerza en el art. 17-D, que caracteriza la AIA como una acción represiva, destinada a castigar al agente deshonesto con las sanciones del art. 12 de la LIA, prohibiendo su uso para “el control de la legalidad de las políticas públicas y para la protección del patrimonio público y social, el medio ambiente y demás intereses individuales difusos, colectivos y homogéneos”, precisamente los objetos de la ACP. El párrafo único es aún más explícito al referirse a la ACP, y no a la AIA, para el control de las políticas públicas y la responsabilidad de los agentes por los daños causados a los bienes protegidos por la Ley n° 7.347/1985 cuando no se configuren el dolo y la mala fe esenciales para la caracterización del acto de improbidad. De esta forma, el legislador separa la AIA de la ACP, convirtiéndola en una acción civil de procedimiento común regida por el CPC, con influencia de las reglas especiales establecidas por la LIA. Aun así, las disposiciones de la Ley 7.347/85 continúan rigiendo el procedimiento de AIA, ya que también tiene por objeto proteger los bienes públicos, además de la intención central de sancionar al agente que actúa con impropiedad. La LIA en sí misma no hace una separación completa del régimen de la ACP, ya que menciona la investigación civil pública como un procedimiento preparatorio previo a la AIA (MARTINS, Tiago do Carmo. **Improbidade administrativa: análise da Lei 8.429/92 à luz da doutrina e a jurisprudência**. Curitiba: Alteridade, 2022, p. 135-138).

¹⁵⁹ ZIESEMER, Henrique da Rosa; PINHEIRO, Igor Pereira. Op. cit., p. 159. Sobre el tema del derecho fundamental a la probidad administrativa, los autores nos informan que el objeto jurídico tutelado por la LIA trasciende la individualidad, en la medida en que la ofensa al patrimonio público atinge a un número indeterminado de personas, es

Aquí es necesario mencionar que hay una considerable parcela de la doctrina brasileña que lo piensa diferente y que defiende un régimen propio para el trámite de los procedimientos sancionadores administrativos que abarcarían incluso las AIA. En este punto volvemos al tema del DAS y la aplicación de sus principios a las acciones de improbidad administrativa por imperatividad de la novedosa LIA. Con todo, antes de adentrarme en las consecuencias de ello, es necesario trazar algunas líneas sobre el DAS en tierras brasileñas.

De modo sencillo, me refiero al DAS como rama del Derecho que se ocupa de las sanciones que tienen por escopo la prevención y punición del quebrantamiento de las reglas de Derecho Administrativo, con miras a una finalidad general primera, la efectividad de la defensa de los intereses públicos, que en Brasil encuentran guarida en una diversidad de dispositivos constitucionales¹⁶⁰.

En Brasil, el DAS, especie del *jus puniende* estatal (como a ella suele referirse la doctrina), como rama jurídica con vida propia, se ha desarrollado principalmente tras la Constitución de 1988, con la expansión del mismo Derecho Administrativo en la configuración de la vida social, por conferir status constitucional a principios expresos e implícitos con vistas a dar sistematicidad y racionalidad al Derecho Administrativo brasileño, como elementos esenciales para la protección de la realización de los intereses públicos. En ese sentido, ganó destaque la actividad sancionadora estatal exactamente con vistas a la realización de tales intereses. Sin embargo, como medida de equilibrio entre la búsqueda por la citada finalidad y la garantía de los derechos individuales de los administrados, la normatividad de los principios y garantías constitucionales se difundió paulatinamente en el campo sancionador extrapenal, y orientó la progresiva

decir, los titulares de la probidad administrativa (como derecho fundamental) y del patrimonio público es toda la ciudadanía. Ibidem, p. 206.

¹⁶⁰ Sobre la protección constitucional a los intereses públicos: “*O interesse público é um conceito recepcionado na Constituição. Isto se faz no capítulo próprio dos Direitos e Garantias Fundamentais (art. 19, inciso I), no capítulo dedicado à Administração Pública, em seu significado funcional (art. 37, inciso IX), na disciplina das leis (art. 66, parágrafo 1º), na atividade de gestão da função pública na Magistratura (art. 93, inciso VIII e art. 95, inciso II) e no Ministério Público (art. 128, parágrafo 5º, inciso I, alínea b), e na distinção do campo da legalidade (tal como cristalizado na própria Constituição) do preceituado como próprio ao interesse público, em seu ADCT (art. 51 ADCT). Esta presença constitucional significa que aos intérpretes não é dado ignorar ou reduzir sua relevância no sistema jurídico, devendo cumprir a função de demonstrar as suas projeções normativas no processo de concretização constitucional*”. Conf. OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades.** *Interesse Público – IP.* Belo Horizonte, v. 22, n.º 120, p. 83-126, mar.-abr. 2020, p. 86. Disponible en: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37901>. Acceso en 20 de junio de 2022.

estructuración del DAS bajo la tutela del debido proceso legal, a partir de la concreción de estas normas como defensa de la ciudadanía. El estudio de los principios resultó en la amplia discusión de la tesis del *jus puniendi* unitario del Estado, que sería la fuente de las disposiciones sancionadoras estatales, desde la sentencia penal hasta el acto administrativo sancionador¹⁶¹.

Según nos enseña VORONOFF:

“Por tanto, impulsado por el fenómeno de constitucionalización – incluido la del derecho administrativo – y por el proceso de renovación que experimentó el derecho administrativo en general, el discurso de la transposición de las garantías penales previstas en la Constitución al ámbito administrativo pudo extenderse con amplia adherencia. Además, también se alimentó del sentimiento generalizado de que el derecho administrativo sancionador, dada la magnitud alcanzada, no puede ser sometido a un régimen jurídico frágil y laxo. De ahí la tesis de la extensión de las garantías penales como discurso tendiente a evitar el desvío de la finalidad legislativa. Es decir, que el legislador, maliciosamente, opte por la definición de tipos y sanciones administrativas en lugar de penales, sólo para vulnerar las garantías de los particulares”¹⁶².

El discurso teórico que predica la transposición de garantías y principios del Derecho Penal al DAS está fuertemente influido por el derecho español, ya que la doctrina y jurisprudencia en España se basa en la premisa de que las infracciones administrativas son ontológica y sustancialmente iguales a las penales, hecho confirmado por la jurisprudencia de los tribunales españoles. Allí, el *jus puniendi* estatal es único, es decir, las potestades sancionadoras (de la Administración) y penal son simple manifestación de él¹⁶³.

¹⁶¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades.** *Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, v. 22, n° 120, p. 83-126, mar.-abr. 2020, p. 88-90. Disponible en: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37901>. Acceso en 20 de junio de 2022.

¹⁶² VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação.** Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 212.

¹⁶³ VORONOFF, Alice. Op. cit., p. 203. En la misma línea de entendimiento: GARCÍA, Alejandro Nieto. **Derecho administrativo sancionador.** 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 26; NIETO, Rafael Pérez; DÍAZ-PORTALES, Manuel José Baeza. **Principios del Derecho Administrativo Sancionador.** Vol. 1. Madrid: Lerko Print, 2008, p. 15; LORA, Alejandro Huergo. **Problemas actuales de derecho administrativo sancionador.** Madrid: Iustel, 2018, p. 18.

Tal discurso encontró suelo fértil en tierras brasileñas, en consideración a todo el reglamento constitucional garantista. Es una perspectiva que concibe al DAS, no como un instrumento al servicio de la consecución de fines de interés público a cargo de la Administración, sino como un escudo para proteger las garantías y libertades de las personas. No hay error en eso. Es cierto que la protección de los derechos de los administrados es uno de los pilares asociados al componente funcional del discurso de justificación y aplicación del DAS. Sin embargo, es un error considerar que este pilar garantista es el único digno de atención (cuando también existen preocupaciones relevantes sobre la eficacia y eficiencia de los modelos sancionadores, con miras a la búsqueda del interés público, que también tiene amparo constitucional) y creer que la adecuada protección de los derechos humanos de los administrados requiere el mismo rigor que el que prevalece en el Derecho Penal, sin tener en cuenta los matices específicos de cada una de las actividades punitivas¹⁶⁴. La “relativa ligereza” del DAS “debe mantenerse y aprovecharse frente a la tendencia de dotarlo de los mismos instrumentos (y la misma pesadez procedimental) que el proceso penal”¹⁶⁵.

Por todo ello, aunque la doctrina que propugna por la aplicación de los principios del DAS a las Acciones de Improbidad Administrativa (y que rechaza la aplicación de la reglas procesales civiles puras a dichas acciones judiciales) ha logrado con éxito formalizarse en el ámbito de la AIA, con el novedoso art. 1º, § 4º incorporado a la LIA¹⁶⁶ (mandamiento legal que sólo corrobora el carácter civil y político de la LIA y las sanciones en ella preconizadas; si fueran de carácter puramente administrativo, no habría sentido afirmar lo evidente), si bien se basa el DAS en los mismos principios

¹⁶⁴ VORONOFF, Alice. Op. cit., p. 207.

¹⁶⁵ LORA, Alejandro Huergo. Op. cit., p. 59.

¹⁶⁶ “Las normas de derecho sustantivo en materia de improbidad rigen la responsabilidad de los agentes públicos y, por este criterio de materia, estas normas de derecho público deben ser consideradas Derecho Administrativo. Por ello, aunque sea pronunciada por el Poder Judicial, la improbidad administrativa puede y debe vincularse al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador (...). Por un lado, la expansión del derecho administrativo sancionador en Brasil sigue una trayectoria ascendente. Sin embargo, en el campo de las normas anticorrupción, o de protección de la probidad, este avance, por decisión constitucional, se embarcó en la judicialización (civil) de la actividad sancionadora, seguramente por los reducidos resultados alcanzados por los sistemas de rendición de cuentas anteriormente existentes en el momento de la Constitución. Por otro lado, la expansión del derecho constitucional -traduciendo el creciente fenómeno de constitucionalización del derecho- impulsó esta línea evolutiva del Derecho Administrativo Sancionador de la Improbidad Administrativa, en la medida en que se afirmaron derechos y garantías fundamentales que configuran y limitan el ejercicio de las facultades estatales sancionatorias, cubriendo ineludiblemente este sector normativo” (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., p. 101). En esta misma senda véase OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 87-95; LUZ, Denise. Op. cit., p. 93-98.

constitucionales que informan el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, no me cuesta repetir que esta rama del Derecho Administrativo no se equivale a estos últimos y tampoco sus principios tienen el mismo alcance que tendrían en materia penal, como quedó demostrado. De hecho, al seguir siendo Derecho Administrativo, el ejercicio hermenéutico que se debe hacer al momento de aplicar las sanciones administrativas precisa considerar algunos ingredientes más: el derecho fundamental a una gestión pública transparente, el derecho fundamental a la probidad administrativa (derecho fundamental anticorrupción) y el principio de la supremacía del interés público. Además, por más severas que puedan ser las sanciones de la LIA, no son ellas dirigidas contra el *status libertatis* del individuo.

Como bien señaló el juez estadual ECHE:

“DAS es Derecho Administrativo Público. Su ámbito primordiales la protección de la colectividad, que prevalece sobre el interés singular o, al menos, debe ser equiparado y considerado con éste en el examen de la aplicación de la legislación y de los principios inherentes a este sistema”.

(...).

En el campo del Derecho Administrativo, la prevalencia es colectiva. Y eso, en modo alguno, importa reconocer la hipótesis de una excepción, sentencia dictatorial o, incluso, que no se concedan al imputado los derechos y garantías que le son propios. ¡Sera! Sin embargo, los derechos y garantías que les corresponden en el marco de un debido proceso judicial que involucre materias de Derecho Administrativo y cuyas sanciones no impliquen privación de libertad”¹⁶⁷.

Sin embargo, al mencionar expresamente la aplicación de los principios del DAS a las acciones de improbidad, a la consideración de los otros cambios mencionados, parece haber prevalecido entre los parlamentarios que aprobaron las alteraciones la opinión de que, siendo “las sanciones penales y administrativas manifestaciones de un único *jus puniendi* del Estado, los principios del Derecho Penal se impondrían por consecuencia

¹⁶⁷ ECHE, Luís Mauro Lindenmeyer. (09/12/2021). **O Direito Administrativo Sancionador e a falta de simetria com o Direito Penal**. Consultor Jurídico – CONJUR. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/luis-eche-direito-administrativo-sancionador-direito-penal>.

lógica al DAS”, ya que “habría una identidad ontológica (metafísica) para determinar la “colonización” de éste por aquel”.¹⁶⁸

Nada más lejos de la realidad. Ya sea por juzgar las Acciones de Improbidad Administrativa, ya sea por juzgar la legalidad de la sanción disciplinaria de destitución de cargo en el ámbito administrativo en el PAD por un acto de improbidad derivado del enriquecimiento ilícito¹⁶⁹, donde, por lo tanto, deben estar vigentes los principios del DAS, en particular el principio de la presunción de inocencia –, el Tribunal Superior de Justicia (STJ) siempre propugnó por la permisividad del instituto de inversión de la carga de la prueba, por afirmar que corresponde a la Administración acreditar el incremento patrimonial significativo e incompatible con las fuentes de ingresos del servidor, y a este, demostrar la legalidad de la evolución patrimonial comprobada por la administración, bajo pena de inmoralidad administrativa por enriquecimiento ilícito.¹⁷⁰

Con relación de forma específica al tema de la presunción de inocencia y la carga de la prueba, el autor español NIETO GARCÍA, preocupado con la *colonización* indistinta del DAS por la dogmática garantista penal de mano única (o monocular),¹⁷¹ al respecto de la actual realidad española, expone que la presunción de inocencia nació en un momento histórico de absolutismo, como una reacción necesaria frente a las dictaduras del siglo XX, que efectivamente se oponía a la arbitrariedad del poder estatal, algo que hoy ya no se justifica, pues las circunstancias han cambiado sustancialmente. Es pues lamentable que una figura de tan ilustre origen “se haya petrificado hasta tal punto al no acertar en adaptarse a los nuevos tiempos, haya convirtiéndose en un factor de desequilibrio”.¹⁷²

Para citado autor, mirar hacia el DAS con otros ojos no se trata apenas de interpretarlo

¹⁶⁸ FERREIRA DOS SANTOS, Fernando. (11/01/2022). **A esfinge do Direito Administrativo Sancionador como metanorma**. Consultor Jurídico – CONJUR. Recuperado el 20 de junio de 2022 de https://www.conjur.com.br/2022-jan-11/fernando-santos-esfinge-direito-administrativo-sancionador#_ftnref.

¹⁶⁹ Consultar art. 132, IV, de la Ley n.º 8.112/1990 y nota al pie 136.

¹⁷⁰ Consultar los Autos de Mandamus: MS 12.660/DF; MS 19.782/DF; MS 20.765/DF en la pina de consulta de jurisprudencias del STJ: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>.

¹⁷¹ Para saber sobre la doctrina del Garantismo Penal Integral en Brasil, véase FISCHER, Douglas. **O que é garantismo (penal) integral?** In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil*. 4ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

¹⁷² GARCÍA, Alejandro Nieto. Op. cit., p. 425.

frente a los cambios políticos y sociales, sino también traerlo a la realidad de las nuevas formas de conductas ilícitas en las que la noción tradicional de presunción de inocencia no tiene cabida. La aplicación de este principio a la criminalidad organizada y a las grandes empresas con poderío tecnológico inmensurable, que hacen casi imposible la producción probatoria, es una “burla”. “No es lo mismo investigar las irregularidades de elaboración cometidas por un panadero artesano o las manipulaciones de alimentos de un tendero de ultramarinos que las que realiza una multinacional o tienen lugar en una cadena comercial con miles de empleados y un sistema informático impenetrable. ¿Qué garantiza y a quién protege aquí la presunción de inocencia?”¹⁷³

A lo largo de este capítulo, se vio que el mecanismo por el cual se fundamentaba la persecución del ilícito civil denominado enriquecimiento ilícito, dentro del régimen de la anterior Ley de Improbidad Administrativa, era, al mismo tiempo, efectivo¹⁷⁴ y coherente con el ordenamiento jurídico que le correspondía dirigir.

En esa misma línea, se puede decir que también era eficaz, porque, su configuración simple y directa, en la definición dada por las Convenciones de Mérida y Caracas, suponía únicamente la acumulación de bienes por parte del agente público, o de terceros relacionados con él, sin respaldo en la renta que su puesto le proporcionaba o en otros medios lícitos conocidos durante el ejercicio de su profesión.

Coherente con el sistema legal que se le aplica, porque, como quedó claro, aunque basado en fuertes sanciones, sigue siendo un delito civil (con determinados efectos en el ámbito administrativo y eventuales efectos en el ámbito penal), a los que se aplicaban las normas procesales civiles, sin descuidar, sin embargo, las garantías procesales a que tiene derecho todo imputado, en los términos del art. 5, inciso LV, de la CFB: *a los litigantes, en procesos judiciales o administrativos, y a los imputados en general, se les asegura la garantía a la amplia defensa y al contradictorio, con los medios y recursos que le son propios.*

De hecho, lo único contrario a esta última afirmación que podrían alegar los partidarios

¹⁷³ Ibidem, p. 425-426.

¹⁷⁴ Al menos en el plano teórico, pues que no es la intención de este estudio determinar su eficacia real en la persecución de ese ilícito.

de la aplicación irrestricta de los principios del Derecho Penal y Procesal Penal (o del DAS, para quienes no hagan la debida distinción entre los primeros y este) a la Acción de Improbidad Administrativa es la violación del principio de presunción de inocencia, del que deriva el derecho al silencio. Sin embargo, aunque así se acordara, esta violación nunca fue total, ya que, como se ha dicho, siempre ha correspondido al Ministerio Público probar, más allá de toda duda razonable los hechos fundamentales de su acusación, es decir, el aumento del patrimonio del demandado, durante el período en que fue agente público, y la ausencia de medio legal para explicarlo, ya se trate de rendimientos del cargo o de cualquier otro legalmente conocido. Si hasta en el mismo campo penal ya se ha decidido que el principio en cuestión (así como los otros que emanan de él) no es absoluto (y que puede atenuarse en el caso concreto)¹⁷⁵, tampoco habrá de serlo en el ámbito administrativo o civil.

Además, el acusado de enriquecimiento ilícito siempre ha tenido la oportunidad de ofrecer la contraprueba que refutase los hechos alegados por la acusación, contraprueba, por cierto, fácil de producir, ya que lo normal es que los hechos relacionados con el patrimonio de alguien estén siempre dentro de su conocimiento.

Lamentablemente, con las reformas realizadas, el ilícito civil denominado enriquecimiento ilícito yace muerto y sepultado en Brasil. Como bien señala la fiscalía federal brasileña, *ipsis litteris*:

“A nova descrição típica do enriquecimento ilícito por aquisição de patrimônio incompatível, no que se refere à demonstração da origem do patrimônio com atuação funcional específica, ora inferida no artigo 9º, inciso VII, torna o dispositivo incompatível com tipologia de enriquecimento ilícito, prevista nas Convenções Internacionais da OEA (Artigo IX) e da ONU (Artigo 20) contra a corrupção, ofendendo o princípio da proporcionalidade, por desguarnecer a proteção do bem jurídico, à luz do artigo 37, § 4º da CF”¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Véase todo el capítulo 2 de este trabajo y el emblemático caso *Salabiaku c. Francia*.

¹⁷⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-geral da república. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. Comissão de Assessoramento Permanente em Leniência e Colaboração Premiada. **NOTA TÉCNICA Nº 01/2021 – 5ª CCR Aplicação da Lei nº 8.429/1992, com as alterações da Lei nº 14.230/2021**. Op. cit., p. 7.

En el caso concreto que he utilizado como ejemplo al inicio de este capítulo, Nivaldo puede incluso revertir su situación si el STF decide por la retroactividad de las nuevas normas¹⁷⁷.

Me parece imperioso revertir toda esta situación, puesto que, más que significar un ataque al derecho fundamental anticorrupción (aquí comprendido el derecho a la transparencia en la gestión pública, de modo específico, y a la probidad administrativa, en última instancia), que deja la República Federativa de Brasil en deuda con la obligación asumida cuando firmó los Convenios de Mérida y Caracas, y desacreditado por la comunidad internacional, la pérdida de esta herramienta de prevención y represión a la improbidad administrativa por las manos de quienes deberían vigilar y celar por la protección normativa del interés público con miras a encubrir su propia suciedad¹⁷⁸ significa una peligrosa brecha que, si se queda sin el debido reparo, por cierto, dará espacio a nuevos ataques. En el capítulo siguiente, serán descritos más detalles sobre la necesidad de sanar este equívoco, las posibles medidas direccionadas hacia ello y lo que se puede esperar para el enriquecimiento ilícito en Brasil de ahora en adelante.

¹⁷⁷ Véase nota al pie 107.

¹⁷⁸ Principal articulador de los cambios en la LIA, Arthur Lira, presidente de la Cámara de Diputados de Brasil, responde a dos juicios por impropiedad administrativa por su calidad de diputado federal y estatal y, en ambos casos, el texto de la nueva ley podría beneficiarlo por la llamada “prescripción intercurrente”, cuando se caduca el plazo para que el Poder Judicial analice un caso (MENDES, Guilherme. (10/01/2021). **Nova Lei de Improbidade deve livrar Lira de processos na Justiça**. Congresso em Foco. UOL. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/justica/nova-lei-de-improbidade-deve-livrar-lira-de-processos-na-justica/>).

CAPÍTULO 4: Las perspectivas futuras para el enriquecimiento ilícito en Brasil

Según los datos del Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) de la organización Transparencia Internacional, Brasil quedó otra vez más por debajo del promedio mundial de 43 puntos. La puntuación conseguida en el último año (38 puntos), la misma registrada en 2020, “representa el tercer peor resultado de la serie histórica, datos que muestran que el país se encuentra estancado, sin haber realizado avances significativos para enfrentar el problema en el período”. Asimismo, las perspectivas para los próximos años no son alentadoras ya que “el desmantelamiento institucional y la inacción del gobierno en la lucha contra la corrupción podrían conducir a índices aún peores”¹⁷⁹.

En su último reporte sobre Brasil (Retrospectiva Brasil 2021), la organización citada apunta, entre algunos de los factores que evidencian dicho pesimismo hacia el futuro, los ataques a la LIA:

“En octubre, el Congreso Nacional concluyó la votación de los cambios a la Ley de Improbidad Administrativa (LIA), y el proyecto fue sancionado sin vetos por el presidente Bolsonaro. La reforma extrapoló significativamente las recomendaciones de la comisión de juristas que había establecido la anterior presidencia de la Cámara de Diputados, con el objetivo de modernizar la ley y solucionar problemas que generaban inseguridad jurídica. El proceso en el Congreso fue apresurado y los cambios incluyen importantes retrocesos en la legislación, como la creación de lagunas de no rendición de cuentas, restricciones a la sanción de faltas de conducta, exención para los partidos, cambios en la prescripción y la delimitación más estrecha de los casos de nepotismo. En la primera aprobación del proyecto por la Cámara, el texto final de la propuesta fue presentado formalmente a los diputados apenas 18 minutos antes del inicio de la sesión de votación. Muchos de los parlamentarios –y de la sociedad brasileña– desconocían los términos exactos de la legislación que estaban aprobando. La prisa por aprobar el cambio a la ley de improbidad se explica por algunos factores,

¹⁷⁹ Transparência Internacional Brasil. **Índice de Percepção da Corrupção 2021**, enero de 2022, p. 8-10. Disponible en <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acceso en 20 de junio de 2022.

tales como: 1) La búsqueda de apoyo de los congresistas para las elecciones de 2022 entre los alcaldes, quienes se encuentran entre los principales sujetos de las acciones de improbidad; 2) El interés de los miembros de Centrão en dismantelar los esfuerzos anticorrupción, que califican como “criminalización de la política”; y 3) El hecho de que una parte de los parlamentarios, incluido el propio Arthur Lira, condenado en segunda instancia por improbidad en el Estado de Alagoas, pueda ser beneficiado directamente por los cambios realizados en la legislación, como el cambio en el plazo de prescripción”^{180, 181}

Este escenario aparentemente desalentador es corroborado por la organización *World Justice Project*, que muestra a Brasil en la posición 80 de un total de 139 países, en su “Índice de Estado de Derecho 2021” (*Rule of Law Index 2021*) en cuanto a uno de los factores analizados, la ausencia de corrupción (*Absence of Corruption*). Con un puntaje decreciente en cuanto a este factor en los últimos 3 años y que en la actualidad es de 0,41 (en la primera posición está Dinamarca con 0,95), la corrupción que involucra a los miembros del poder legislativo es la más expresiva y coloca a Brasil en la posición 138 (score de 0,06) en términos de ausencia de corrupción legislativa, delante apenas de Guatemala ¹⁸².

Sin embargo, antes de significar una señal de derrota, esos datos nos tienen que llevar a una reacción con vistas a seguir luchando, con la creencia de que un cambio es posible. Los medios existen, aunque dependan, en mayor o menor grado, de que haya la voluntad realmente expresiva de la ciudadanía, de la sociedad organizada y de sus representantes,

¹⁸⁰ Transparência Internacional Brasil. **Retrospectiva Brasil 2021**, enero 2022, p. 50. Disponible en <https://comunidadetransparenciainternacional.org.br/retrospectiva-brasil-2021>. Acceso en 20 de junio de 2022.

¹⁸¹ “Centrão” es como se conoce el bloque informal de parlamentarios de la Cámara de Diputados de Brasil que están dispuestos a negociar apoyo al Ejecutivo federal a cambio de cargos de libre nombramiento en la administración pública (altos cargos de dirección y asesoramiento). Conf. ANDREASSA, Luiz. (13/07/2020). **O que é o Centrão e qual é o seu papel na política brasileira**. Politize! Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://www.politize.com.br/o-que-e-o-centrao/>.

¹⁸² El Índice de Estado de Derecho 2021 de World Justice Project (WJP) es el último informe de una serie anual que mide el estado de derecho en función de las experiencias y percepciones del público en general y de los profesionales y expertos legales de cada país en todo el mundo. Presenta un retrato del estado de derecho en 139 países y jurisdicciones al proporcionar puntuaciones y clasificaciones basadas en ocho factores: restricciones en los poderes del gobierno, ausencia de corrupción, gobierno abierto, derechos fundamentales, orden y seguridad, cumplimiento normativo, justicia civil y justicia penal. En cuanto al factor ausencia de corrupción, el Índice considera tres formas de corrupción: soborno, influencia indebida de intereses públicos o privados y apropiación indebida de fondos públicos u otros recursos. Estas tres formas de corrupción se examinan con respecto a los funcionarios del gobierno en el poder ejecutivo, el poder judicial, las fuerzas armadas, la policía y en el poder legislativo. Conf. World Justice Program. **WJP Rule of Law Index, Brazil**. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/Brazil>.

sobre todo de aquellos que no sucumbieron al clientelismo y que creen que merece la pena luchar por los intereses de la colectividad.

4.1 El camino de la confiscación civil: por una ley civil de enriquecimiento ilícito

Un camino que se nos muestra de inmediato, capaz de darle la vuelta a la barrera erigida contra la punición del enriquecimiento ilícito como ilícito de improbidad con base en una construcción doctrinal equivocada (por tratar al ilícito en comento – así como los demás delitos presentes en la LIA – como materialmente administrativo, aunque aplicado en el ámbito judicial civil; y aunque así se pueda admitir, por dar a los principios del DAS el mismo sesgo garantista del Derecho Penal), es dejar de lado la sanción y concentrarnos apenas en la confiscación de las ganancias obtenidas por medios legalmente inexplicables dentro de un procedimiento puramente civil.

Aunque la LIA se refiere a la “*perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimonio*” (art. 12, inciso I) como una de las sanciones al enriquecimiento ilícito, allí no se tiene una verdadera sanción, sino un retorno al *status quod ante*, puesto que, exactamente por no tratarse de bienes que llegaron a la posesión del agente público por medios lícitamente conocidos, se tiene que el negocio jurídico del cual se originaron se considera nulo, al tenor del art. 166 del Código Civil brasileño. Por ende, como no se está delante de una sanción, es decir, delante del *jus puniende* estatal, el procedimiento hacia la confiscación de las ganancias inexplicables del agente público no sufriría la incidencia de los pretensos principios del DAS, bastando que se le aplicasen los estándares probatorios civiles en sede procesal civil, incluso y principalmente en lo que se refiere a la (i)licitud del origen de los activos/disminución de los pasivos del agente público, donde el balance de probabilidades y la distribución dinámica de la carga de la prueba no encontrarían cualquier óbice doctrinal o legal.

Sobre el tema, la mismísima CNUCC recomienda a los estados parte que adopten el decomiso ampliado de bienes y la extinción de dominio¹⁸³ como una de las medidas de combate a la corrupción, ambos con base en la presunción de que se originaron de hechos delictivos (art. 31).

¹⁸³ Lo que Andrew Dornbierer llama leyes civiles de enriquecimiento ilícito (DORNBIERER, Andrew. Op. cit., p. 35-36).

En cuanto al primero, el decomiso ampliado (“*confisco alargado*”, en los términos de la ley brasileña), este ingresó en el Derecho Penal brasileño en 2020 tras la inclusión del art. 91-A al Código Penal, por el cual el decomiso se concentra en la diferencia entre el valor total de los bienes del condenado y aquellos cuya legalidad quede probada¹⁸⁴ y se lleva a cabo con la decretación del decomiso de bienes por el juzgado penal en el propio proceso penal o, a lo sumo, en un incidente procesal, donde es necesario que el imputado haya sido previamente condenado por al menos uno de los delitos mencionados en el listado legal exhaustivo del art. 91-A. En las palabras del maestro en Derecho y abogado criminalista CARDOSO:

“(…) el decomiso ampliado (o confisco alargado) (…) consiste en una institución penal que permite el decomiso no solo de bienes vinculados al delito sobre el que existe una condena penal (como ya ocurre en el caso del decomiso clásico y el decomiso equivalente, disciplinado en artículo 91, II, “b” y § 1, del Código Penal), sino también de cualquier porción del patrimonio del penado que resulte ser incongruente con sus ingresos lícitos y que presumiblemente provenga de la práctica de otros delitos penales.

La práctica de estas otras infracciones penales (que no estaban sujetas a condena penal) es objeto de un incidente procesal en el que la acusación (el Ministerio Público) debe demostrar, según el criterio civilista de preponderancia de la prueba, que los bienes cuyo decomiso se pretende decretar se obtuvieron mediante la comisión de delitos (…)”¹⁸⁵.

La extinción de dominio, como segunda medida, aún sigue apenas en la esfera de los anteproyectos y proyectos de ley y, a la diferencia del decomiso ampliado, no demanda la existencia previa de un procedimiento penal en curso dirigido en contra a un delito específico, sino los simples indicios de que haya un enriquecimiento inexplicable que pueda haberse originado de presunto(s) hecho(s) delictivo(s), indicios que serán

¹⁸⁴ Véase nota al pie 54 y 145. La carga de la prueba de esta diferencia corresponde al Ministerio Público, quien debe aportar prueba fehaciente de que el autor del delito ha acumulado bienes que no pueden explicarse por sus ingresos lícitos. Si el imputado quiere demostrar que no existe la incompatibilidad alegada por el órgano acusador, “la carga mínima de generar la duda razonable que le favorece recae sobre su defensa (art. 91-A, § 2º del CP), y no en la acusación”.

¹⁸⁵ CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. (27/11/2018). **Ação civil de extinção de domínio: o confisco alheio ao âmbito penal**. Consultor Penal. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://consultorpenal.com.br/a-acao-civil-de-extincao-de-dominio/>.

averiguados en sede procesal civil.

Al tenor de lo que prescribe el art. 2 de la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio de la ONU,

“La extinción de dominio es una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se refiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna. La extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real en cuanto se dirige contra bienes, y se declara a través de un procedimiento autónomo, e independiente de cualquier otro juicio o proceso”¹⁸⁶.

De conformidad con los anteproyectos y proyecto de leyes existentes en Brasil, la acción civil pública de extinción de dominio puede ser interpuesta tanto por la fiscalía, así como por alguno de los entes federados (Unión, estados y municipios) e incluso empresas del Estado que puedan verse perjudicados.

Esta medida ha sido debatida en Brasil al menos desde la reunión del pleno de la ENCCLA (Estrategia Nacional de Lucha contra la Corrupción y el Lavado de Activos) en 2005, cuando se elaboró la Meta 14, que consistía en “elaborar un proyecto de ley que instituya la acción civil de extinción de dominio de bienes ilícitos”, lo que se repitió en 2010 y, posteriormente, en la Acción 16 del Pleno de 2011, acción que, a su vez, dio origen a una de las medidas presentadas por el “*Ministério Público de Federal*” en el paquete de las “*10 Medidas contra a Corrupção*” y que también forma parte del paquete denominado “*As Novas Medidas contra a Corrupção*”, propuestas que tienen una redacción muy similar en lo concerniente a la acción de extinción de dominio¹⁸⁷.

¹⁸⁶ NU/UN. Naciones Unidas. Oficina de la Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. **Ley Modelo sobre Extinción de Dominio**. Disponible en https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf. Acceso en 20 de junio de 2022.

¹⁸⁷ CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. Op. cit. Sobre la ENCCLA: “Establecida en 2003, bajo la coordinación del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública (MJSP), la Estrategia Nacional de Lucha contra la Corrupción y el Lavado de Activos (ENCCLA) está integrada por más de 90 entidades del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial federal, estatal y municipal; además del Ministerio Público y asociaciones que actúan, directa o indirectamente, en la prevención y lucha contra la corrupción y el blanqueo de capitales. La Estrategia intensifica la prevención de estos delitos porque suma el conocimiento de varios socios a favor del Estado brasileño. Anualmente, los órganos participantes se reúnen en plenaria para, en base a consenso, perfilar las acciones que se llevarán a cabo en el año siguiente. Los órganos se dividen en grupos de trabajo que coordinan, a lo largo del año, la ejecución de cada una de las acciones seleccionadas”. Conf. BRASIL. Governo Federal. Ministério da Justiça e Segurança Pública. (02/05/2014). **Estratégia Nacional de**

En la página web de la coalición “*Unidos contra a Corrupção*” (coalición que detallaré más adelante), se lee que la medida 16 de “*As Novas Medidas contra a Corrupção*”, que prevé la acción civil pública de extinción de dominio, “establece una lista exhaustiva de delitos respecto de los cuales procederá la acción de extinción de dominio” y que el decreto de extinción de dominio se dará independientemente “de la valoración de la culpabilidad por la conducta ilícita” o “del proceso y sentencia de los delitos conexos, pero se quedará perjudicada en caso de sentencia penal absolutoria final”¹⁸⁸.

Así, la acción civil de extinción de dominio representa un paso más allá del decomiso ampliado, porque separa la posesión y/o propiedad de bienes ilícitos de la práctica de delitos en el procedimiento procesal, por lo que también es llamada *actio in rem*, es decir, “acción contra la cosa”, y no contra el criminal. En la práctica, es necesaria una relación (al menos presuntiva) entre los bienes a decomisar y la comisión de un delito, ya que la acción de extinción de dominio presupone el origen ilícito de los bienes. Asimismo, también se centrará en los casos en los que no sea posible rastrear, en el ámbito procesal, el vínculo entre el delito y los bienes resultantes de ello directa o indirectamente, hecho que puede deberse a razones como la dificultad en la identificación y enjuiciamiento del autor del delito, la muerte del autor, la imposibilidad jurídica o material de aportar prueba sobre la autoría del delito o la fuga del autor¹⁸⁹.

La lista de los delitos enumerados en el anteproyecto de ley citado, además del tráfico de drogas, comercio ilegal de armas de fuego y trata de personas, abarca, en su mayoría, especies delictivas del género corrupción: malversación, cohecho activo, cohecho pasivo, “*concessão*” (especie de cohecho pasivo en la modalidad extorsión), tráfico de influencia e inserción de datos falsos en los sistemas informáticos, todos delitos contra la Administración Pública desde los cuales, aunque no probados, presuntamente suelen venir los activos no explicados que materializan el hecho ilícito conocido como

Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA). Institucional. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla>.

¹⁸⁸ Unidos contra a corrupção. **Medida 16: ação de extinção de domínio.** Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://web.unidoscontraacorrupcao.org.br/novas-medidas/acao-de-extincao-de-dominio/>. Acceso en 20 de junio de 2022.

¹⁸⁹ CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. Op. cit., s. pag.

enriquecimiento ilícito¹⁹⁰.

Sin embargo, aun cuando la acción de extinción de dominio pueda ser eficaz para sustraer del ámbito patrimonial del agente público los bienes que éste adquirió sin respaldo en medios lícitos, bienes que volverán a las arcas públicas puesto que de allí vinieron presuntamente, de pronto se me ocurren dos debilidades: la primera es que sigue siendo una idea todavía dependiente de un demorado trámite legislativo que no se sabe si será exitoso, y peor aún, la incertidumbre del cuando ganará vida en el mundo jurídico brasileño¹⁹¹. La segunda es que la acción de extinción de dominio seguirá careciendo del efecto disuasorio y punitivo inherente a las medidas realmente sancionatorias, exactamente las medidas que la CNUCC pide que los Estados miembros consideren adoptar, sean ellas penales (como lo es la propia sugerencia de criminalizar el enriquecimiento ilícito) o no penales, como lo es la medida de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos (art. 30.7). De forma semejante lo hace la CICC, cuando insta a los Estados parte a tornar el enriquecimiento ilícito un hecho delictivo (como hemos visto) y adoptar medidas con la finalidad de “prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones” y “mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta” (art. III, 1 y 2).

Por estas razones, aunque la vea como un instrumento de gran utilidad en la persecución de las ganancias de la corrupción, no puedo concebir que sigamos huérfanos de una herramienta punitiva que tenga la capacidad de incrementar los costes en la conducta de

¹⁹⁰ Aunque la gran mole de los proyectos presente una lista taxativa de delitos que pueden autorizar la acción civil de extinción de dominio, hay por lo menos uno que no lo hace y que, por tanto, si aprobado como está, autorizaría la proposición de dicha acción para la pérdida de cualesquiera bienes, derechos o valores que no tengan origen lícito, independientemente del presunto delito del cual se originare. Su art. 2º nos informa que: “*Art. 2º. Será declarada a perda de bens, direitos, valores, patrimônios e incrementos nas hipóteses em que: I - procedam, direta ou indiretamente, de atividade ilícita; II - sejam utilizados como meio ou instrumento para realização de atividade ilícita; III - estejam relacionados ou destinados à prática de atividade ilícita; IV - sejam utilizados para ocultar, encobrir ou dificultar a identificação ou a localização de bens de procedência ilícita; V - provenham de alienação, permuta ou outra espécie de negócio jurídico com bens abrangidos por qualquer das hipóteses previstas nos incisos anteriores; VI - não tenham comprovação de origem lícita*”. Conf. BRASIL. Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Projetos de Lei e Outras Proposições. **Projeto de Lei 246/2015**. Disponible en <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/946166>. Acceso en 20 de junio de 2022. Proyecto sigue tramitando junto a otros de mismo rango y contenido en la Cámara de los Diputado.

¹⁹¹ Son muchos los proyectos de ley en ese sentido. Ejemplo de ellos son el ya citado PL 246/2015, el PL 3855/2019, que nació de las “10 Medidas contra a Corrupção” (véase próximo tópico) y el PLS 257/2015 (conf. BRASIL. Senado Federal. Atividade Legislativa. Projetos e Matérias. **Projeto de Lei do Senado 257/2015**. Disponible en <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120990?o=d>). Los dos últimos traen listado exhaustivo de delitos que autorizan la el inicio de la acción civil de extinción de dominio.

enriquecimiento a las expensas del dinero público. Estoy seguro de que, para estos casos, más que una norma de responsabilidad - “norma que asocia a los comportamientos que vulneran derechos de terceros (...) a un desincentivo, consistente en el pago de una compensación igual al valor del daño causado” -, necesitamos una norma de inalienabilidad que crie el desincentivo necesario para que los agentes públicos no vulneren el derecho fundamental de la transparencia y de la probidad administrativa y, simultáneamente, no lesionen los demás derechos fundamentales dependientes directa o indirectamente de la buena administración de los bienes y valores públicos¹⁹².

4.2 El camino de la *ultima ratio*: por la criminalización del enriquecimiento ilícito

Después de todo lo que se ha informado sobre la desconfiguración del enriquecimiento ilícito en cuanto improbidad administrativa, tras un ataque basado en la aplicación de nuevos dispositivos legales que llevaron al ilícito civil/administrativo en comento a ser tratado casi como un delito al cual se debería aplicar ciegamente la dogmática constitucional penal garantista y que, por ello, se quedó inaplicable en la práctica, puede parecer utópico en estos momentos cualquier discurso con el intuito de criminalizar el enriquecimiento ilícito en el molde de lo que proponen las convenciones de Caracas y Mérida.

Entretanto, no es una opción que se pueda descartar del todo, ya que los mismos cambios legislativos que lo derogaron por la vía interpretativa pueden volver a ocurrir en dirección opuesta tras una movilización popular. Fue una movilización como esta que en 2016 dio

¹⁹² “En principio, existen tres tipos de normas jurídicas que pueden proteger el ejercicio de derechos: en primer lugar, normas de propiedad que definan la titularidad nominal de los derechos y eviten la vulneración de los mismos mediante instrumentos también nominales. Este tipo de normas de protección sólo es efectivo para derechos cuyo ejercicio real, dada su naturaleza, no puede ser limitado por terceros sin contar con la voluntad de sus titulares, generalmente porque éstos pueden fácilmente contar con métodos legales para evitar los efectos de la inmisión ajena. La protección de la propiedad inmobiliaria constituye un ejemplo claro de este tipo de normas. Un segundo tipo de instrumentos protectores de derechos son las normas de responsabilidad. Este tipo de normas asocia a los comportamientos que vulneran derechos de terceros una sanción, o desincentivo, consistente en el pago de una compensación igual al valor del daño causado.² Asumiendo racionalidad en la toma de decisiones, cabe esperar que los agentes comparen los beneficios esperados de su comportamiento con la compensación por daños asociada, y que finalmente decidan llevar a cabo tales conductas cuando los primeros sean mayores que los segundos (es decir, cuando se produzca una ganancia neta positiva), o bien abstenerse de hacerlo en caso contrario. (...) Existe, por último, un tercer tipo de normas protectoras que tienen por objetivo la creación de incentivos para que los agentes no vulneren en ninguna circunstancia los derechos ajenos, y se reservan para los casos en los que la sociedad reconoce un valor máximo e incuestionable para el ejercicio de un cierto derecho por parte de su titular. Estas normas, conocidas como normas de inalienabilidad, generalmente van acompañadas de sanciones que se fijan en una cuantía superior al beneficio que puede esperar obtener el potencial infractor, anulando así eficazmente los incentivos que éste tiene para cometer el ilícito sancionado” Conf. LÓPEZ, Fernando Rodríguez. **Conflictos entre proporcionalidad y eficacia en el Derecho Sancionador**. In: MÉNDEZ-REÁTEGUI, Rúben. *Derecho, enfoques y métodos: una retrospectiva*. Quito: Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica de Ecuador, 2016, p. 149-167. Recuperado el 20 de junio de 2022 de https://www.researchgate.net/publication/309764580_Conflictos_entre_proporcionalidad_y_eficacia_en_el_Derecho_sancionador. Acceso en 20 de junio de 2022.

nuevo aliento al debate en torno de algunos cambios en el ámbito penal con vistas al combate a la corrupción, entre ellos la posibilidad de la criminalización del enriquecimiento ilícito, un debate que, en Brasil, en términos de proyecto de ley, acontece desde 2005.

Encabezada por la fiscalía federal, la iniciativa denominada “*10 Medidas contra a Corrupção*” nació en 2014 cuando integrantes del MPF que pertenecían a la Fuerza Tarea de la “*Operação Lava Jato*” comenzaron a desarrollar propuestas de cambios legislativos con el intuito de tornar más efectiva la lucha contra la corrupción y la impunidad, una campaña que se tornó conocida al público el 20/03/2015 y que el 24/02/2016, tras una serie de eventos de divulgación y el apoyo de diversas entidades de la sociedad civil, entre ellas, Transparencia Internacional, logró superar la recolección de las 1.500 firmas necesarias a la iniciativa popular de proposición de un proyecto de ley. El 29/03/2016 parlamentarios del “*Frente Mista de Combate à Corrupção*” presentaron, en la Cámara de Diputados, el Proyecto de Ley (PL) n° 4.850/2016, que establecía medidas contra la corrupción y otros delitos contra el patrimonio público y combate del enriquecimiento ilícito de los agentes públicos^{193, 194}.

En cuanto al proceso que culminó con la proposición del proyecto, se lee en sus páginas el siguiente trecho:

“Este projeto de lei é o resultado do trabalho conjunto entre o Ministério Público Federal e a sociedade civil que, ao longo desses últimos nove meses, se mobilizaram de norte a sul, de leste a oeste, nas 27 Unidades da Federação do País, com objetivo de alcançar o quantitativo mínimo de assinaturas para se apresentar uma proposição de iniciativa popular, conforme estabelecido no § 2º do Art. 61 da Constituição Federal do Brasil.

Neste sentido, os membros da Frente Parlamentar Mista de Combate à Corrupção reconhecem a importância do Movimento das 10 Medidas de Combate à

¹⁹³ BRASIL. Ministério Público Federal. **10 Medidas contra a Corrupção**. Apresentação. Histórico. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/historico>.

¹⁹⁴ La Ley n° 9.709/1998 reglamenta la proposición de proyectos de ley y en su art. 13 informa que: “La iniciativa popular consiste en presentar un proyecto de ley a la Cámara de Diputados, suscrito por al menos el uno por ciento del electorado nacional, distribuido en al menos cinco estados, con no menos de tres décimos por ciento de los electores en cada uno de ellos”.

Corrupção, por isso, solicitamos o apoio dos ilustres congressistas para que a presente proposta seja aprovada com urgência. São dois milhões de cidadãos que se mobilizaram para o apoio a este Projeto, e nossa a honra de levar à consideração da Câmara dos Deputados esta proposição que é exemplo de participação democrática e fruto de colaboração conjunta de diversos operadores de direito que se dedicam ao combate e prevenção da corrupção em todas as suas formas”¹⁹⁵.

En lo concerniente a la penalización del enriquecimiento ilícito, la redacción original de su artículo 2º mandaba acrescentar al Código Penal vigente el art. 312-A, *ipsis litteris*:

“Enriquecimento ilícito

Art. 312-A. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir, de maneira não eventual, bens, direitos ou valores cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por pessoa a ele equiparada, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou auferidos por outro meio lícito:

Pena – prisão, de 3 (três) a 8 (oito anos), e confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de crime mais grave.

§ 1º Caracteriza-se o enriquecimento ilícito ainda que, observadas as condições do caput, houver amortização ou extinção de dívidas do servidor público, ou de quem a ele equiparado, inclusive por terceira pessoa.

§ 2º As penas serão aumentadas de metade a dois terços se a propriedade ou a posse dos bens e valores for atribuída fraudulentamente a terceiras pessoas.”

Sin embargo, en la madrugada del 30/11/2016 los parlamentarios desconfiguraron todo el PL y le quitaron el supra citado art. 2º donde se preveía la penalización del enriquecimiento ilícito, además de otros cambios que, al final, derribaron a seis de las diez medidas propuestas e incluyeron en el proyecto una proposición para sancionar a

¹⁹⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Projetos de Lei e Outras Proposições. **Projeto de Lei 3855/2019**, p. 32-33. Disponible en <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2080604>. Acceso en 20 de junio de 2022.

jueces y miembros del Ministerio Público por abuso de autoridad, una verdadera demostración de “sed de venganza” según Onyx Lorenzoni, diputado relator del PL¹⁹⁶. Actualmente, citado proyecto recibe otro número, el 3.855/2019, ha pasado por la casa revisora (Senado Federal, donde recobró vida una de las “10 Medidas” abolidas por los diputados, la acción civil de extinción de dominio) y se encuentra desde el día 20/08/2019 en la Cámara de los Diputados para consideración de las enmiendas presentadas por el Senado Federal¹⁹⁷.

El proyecto de ley más antiguo donde aún podrá quedar viva la idea de penalizar el enriquecimiento ilícito es el Proyecto de Ley del Senado (PLS) nº 236 de 2012, que cuida del Nuevo Código Penal y que todavía sigue en aquella casa en su “*Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania*” (la última acción antes del cierre de este TFM fue el 16/02/2022). Sigue aguardando para que le sean votadas las enmiendas propuestas por los senadores, para sólo entonces seguir su trámite junto a la casa revisora (Cámara de Diputados). En este PLS, en el art. 277 del presunto Nuevo Código Penal, el crimen de enriquecimiento ilícito se define como “adquirir, vender, prestar, arrendar, recibir, ceder, usar o disfrutar, en forma no prevista, de bienes muebles o inmuebles, cuyo valor sea incompatible con las rentas obtenidas por el funcionario público por razón de su cargo o por cualquier otro medio lícito”. La pena prevista es la prisión de uno a cinco años, además de la pérdida de bienes, si el hecho no constituyere elemento de otro delito más grave (como corrupción y blanqueo de capitales, por ejemplo) y podrá incrementarse en la mitad hasta los 2/3 (dos tercios), cuando el autor del delito utilice el nombre de un

¹⁹⁶ CALGARO, Fernanda. (30/11/2016). **Câmara retira seis propostas do MPF e desconfigura pacote anticorrupção**. Globo.com. G1. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/camara-dos-deputados-conclui-votacao-de-medidas-contra-corrupcao.html>;

¹⁹⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Projetos de Lei e Outras Proposições. **Projeto de Lei 3855/2019**. Disponible en <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2080604>. Acceso en 20 de junio de 2022; BRASIL. Senado Federal. Redação. (26/06/2019). **Plenário aprova medidas contra corrupção com punição para abuso**. Senado Notícias. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/06/26/plenario-aprova-medidas-contra-corrupcao-com-punicao-para-abuso>. Otro proyecto que tramita en la Cámara de los Diputados (parado en aquella casa desde 06/07/2016), pero que aún necesita seguir para la casa revisora (Senado Federal), es el PL 5.586/2005, con el objetivo de acrecentar al Código Penal el art. 317-A: “*Enriquecimento ilícito Art. 317-A. Possuir, manter ou adquirir, para si ou para outrem, o funcionário público, injustificadamente, bens ou valores de qualquer natureza, incompatíveis com sua renda ou com a evolução de seu patrimônio: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa. Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas o funcionário público que, embora não figurando como proprietário ou possuidor dos bens ou valores nos registros próprios, deles faça uso, injustificadamente, de modo tal que permita atribuir-lhe sua efetiva posse ou propriedade*” (BRASIL. Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Projetos de Lei e Outras Proposições. **Projeto de Lei 5586/2005**. Disponible en <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/292771>. Acceso en 20 de junio de 2022).

tercero para ocultar los bienes o valores obtenidos de forma delictiva ¹⁹⁸.

Otro proyecto que trata de la materia y que se está tramitando conjuntamente con el PLS del Nuevo Código Penal (sigue, pues, aún pendiente de votación en el Senado) es el PLS n° 327 de 2016. Propuesto el 01/09/2016 por el senador Telmário Mota en la misma senda de las “10 Medidas” (como respuesta a la morosidad de la tramitación de esta última, según los términos del mismísimo PLS n° 327/2016), se dedica específicamente a la penalización del enriquecimiento ilícito mediante la creación del art. 312-A al actual Código Penal, en los mismos términos del malfadado PL n° 4.850/2016 e incluso le toma prestado los mismos fundamentos, como se verá más adelante¹⁹⁹. Aunque pueda seguir vivo el intento de la penalización del enriquecimiento ilícito en los dos últimos proyectos citados, ellos no tienen el atractivo popular que tenía el proyecto de las “10 Medidas”, atractivo este que, no obstante, se mostró insuficiente para convencer la mayoría de los parlamentarios, algo que podría significar total desaliento en seguir con dicha idea.

Sin embargo, una nueva movilización patrocinada por entidades de la sociedad civil, la “*Unidos contra a Corrupção*”, “coalición formada por organizaciones sin fines de lucro, movimientos e instituciones sin vínculos partidistas (...) representantes de la sociedad civil, academia y gobiernos locales” con la finalidad de “movilizar, discutir y proponer medios para implementar las propuestas” de combate a la corrupción, ha traído a la luz un nuevo paquete de medidas contra la corrupción²⁰⁰. En el citado paquete, denominado “*As Novas Medidas contra a Corrupção*” (un conjunto de 70 medidas, entre anteproyectos de ley, propuestas de reforma constitucional, proyectos de resolución y otras normas destinadas a la prevención y represión de la corrupción), está incluida la criminalización

¹⁹⁸ BRASIL. Senado Federal. Atividade Legislativa. Projetos e Matérias. **Projeto de Lei do Senado 236/2012**. Disponible en <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acceso en 20 de junio de 2022. Desde 2019 tramita conjuntamente con este, entre otros, el PLS 35/2015, que prevé tan sólo la adición del art. 317-A al actual Código Penal, con la siguiente redacción: “*Enriquecimento ilícito Art. 317-A. Possuir, manter ou adquirir, o funcionário público, bens ou valores de qualquer natureza, incompatíveis com sua evolução patrimonial ou com a renda que auferir em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo. Pena – reclusão, de dois a cinco anos, além do confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de outro crime mais grave. Parágrafo único. As penas serão aumentadas de metade a dois terços se o funcionário público, embora não figurando como proprietário ou possuidor dos bens ou valores, deles faça uso, injustificadamente, de modo tal que permita atribuir-lhe sua efetiva posse ou propriedade.*” (BRASIL. Senado Federal. Atividade Legislativa. Projetos e Matérias. **Projeto de Lei do Senado 35/2015**. Disponible en <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119722>. Acceso en 20 de junio de 2022).

¹⁹⁹ BRASIL. Senado Federal. Atividade Legislativa. Projetos e Matérias. **Projeto de Lei do Senado 327/2016**. Disponible en <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126821>. Acceso en 20 de junio de 2022.

²⁰⁰ Unidos contra a corrupção. **Quem Somos**. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://web.unidoscontraacorrupcao.org.br/quem-somos/>.

del enriquecimiento ilícito en la forma de proposición de proyecto ley destinada específicamente a ello, en los mismísimos moldes del PLS n ° 327 de 2016²⁰¹.

De forma diferente al camino recorrido por su antecesor, que llegó a la Cámara de los Diputados como proyecto de ley de iniciativa popular, este nuevo paquete de medidas anticorrupción fue directamente entregado a la “*Comissão de Inspeção y Controle Financeiro*” de la Cámara en agosto de 2018, comisión que se quedó encargada de analizar la mejor forma de encaminar las medidas a la apreciación de los parlamentarios²⁰².

No obstante se pueda percibir una persistencia en el debate sobre el combate a la corrupción en general y la temática de la penalización del enriquecimiento ilícito esté constantemente presente desde 2016, la lentitud en el análisis de las proposiciones presentadas, sumadas a los constantes ataques legislativos tras el vaciamiento de la “Operação Lava Jato”²⁰³, pueden parecer una señal de que los cambios hacia un control satisfactorio de los actos de corrupción en Brasil están lejos de ser alcanzados. Refiriéndose al tema de “*As Novas Medidas contra a Corrupção*”, LANÇA, maestro en Ciencias Jurídico-Políticas, en su artículo “*Por que as novas medidas contra a corrupção não avançam no Congresso?*” (¿Por qué no avanzan en el Congreso las nuevas medidas anticorrupción?), publicado en enero de 2021, hace un resumen crudo de lo que sucede:

“(…) En la *realpolitik*, es posible decir que el discurso anticorrupción quedó

²⁰¹ Unidos contra a corrupção. **Medida 23: criminalização do enriquecimento ilícito dos agentes públicos.** Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://web.unidoscontraacorrupcao.org.br/novas-medidas/criminalizacao-do-enriquecimento-ilicito-de-agentes-publicos/>.

²⁰² MUGNATTO, Silvia. (08/08/2018). **Entidades apresentam novo pacote com 70 medidas de combate à corrupção.** Agência Câmara de Notícias. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://www.camara.leg.br/noticias/543111-entidades-apresentam-novo-pacote-com-70-medidas-de-combate-a-corrupcao/>.

²⁰³ Al tenor de los cambios en la LIA ya mencionados, además la nueva Ley de Abuso de Autoridad (Ley n ° 13.869/2019) – un instrumento de intimidación que puede ser usado contra la policía, magistrados y fiscalía – y de los cambios que pueden promover una injerencia política en el órgano correccional del Ministerio Público acaso la PEC n ° 5/2021 sea aprobada. En cuanto a la nueva Ley de Abuso de Autoridad, la OCDE llegó a reportarse a ella como “amenaza a la independencia y capacidad de las autoridades públicas para combatir la corrupción”. Conf. BÄCHTOLD, Felipe. (27/12/2021). **Congresso e STF esvaziam Lava Jato; entenda mudanças em leis anticorrupção.** Folha de São Paulo. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/12/congresso-e-stf-esvaziaram-lava-jato-entenda-mudancas-em-leis-anticorrupcao.shtml>. La PEC (Propuesta de Enmienda a la Constitución) n ° 5/2021 tiene por finalidad alterar el art. 130-A de la CFB y cambiar la composición de “*Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP*”. Si aprobada, quitará una de las indicaciones de la fiscalía y tornará posible la indicación de uno más de sus miembros por el Parlamento. Actualmente son dos los miembros indicados por la Cámara de los Diputados y el Senado Federal (BRASIL. Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Proposta de Emenda à Constituição. **PEC 5/2021.** Disponible en <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2275537>. Acceso en 20 de junio de 2022).

huérfano de los principales campos políticos. La izquierda, históricamente defensora de esta agenda, se vio inmersa en escándalos como Mensalão y Lava Jato y, en lugar de hacer mea culpa, convirtió el tema en tabú. La extrema derecha, en cambio, dejó de defender pragmáticamente la lucha contra la corrupción tras la ruptura del gobierno con el exministro de Justicia Sérgio Moro y tras los indefendibles deslices del Presidente de la República en el esquemas de “rachadinha” de sus hijos.

Al final, ¿por qué no avanzaron en el Congreso las Nuevas Medidas contra la Corrupción? La respuesta es simple: no hay voluntad política. Punto final. Si combatir la corrupción en la práctica significa no robar, no dejar robar y castigar efectivamente a los que roban, nuestra clase política es indefendiblemente pro corrupción, aunque sea por defecto. Una dura e inconveniente verdad”²⁰⁴.

Aunque el escenario político pueda no parecer promisor, soy un optimista y considero que tan solo por la existencia del debate y de las proposiciones que he enseñado, la sociedad brasileña camina por el buen camino. La madurez política no es algo que se puede lograr en pocos años y la perseverancia hay que tenerla siempre. Por supuesto que la voluntad política es una de las caras más importantes de los cambios legislativos e instigarla depende en mucho de la voluntad de la población en participar más activamente en las mudanzas.

Sin embargo, tan importante cuanto la existencia del debate y de la cantidad de las proposiciones favorables a la sanción al enriquecimiento ilícito – lo que considero una importante herramienta en la lucha contra la corrupción –, es la calidad de los argumentos que le sirven de base. Importante no solo para auxiliar en el alcance de la madurez política necesaria para su gestación, sino también para que, cuando nazca en el medio jurídico, no venga a morir prematuramente por medio de cuestionamientos relacionados a su constitucionalidad. Paralelamente al alcance de una madurez política, es imprescindible la búsqueda por una madurez jurídica.

Infelizmente, las proposiciones direccionadas a la penalización del enriquecimiento ilícito

²⁰⁴ LANÇA, Daniel. (24/01/2021). **Por que as novas medidas contra a corrupção não avançam no Congresso?** Veja. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://veja.abril.com.br/coluna/matheus-leitao/por-que-as-novas-medidas-contra-a-corrupcao-nao-avancam-no-congresso/>.

presentadas hasta ahora, aunque fundadas en argumentos pragmáticos incuestionables, presentan una argumentación jurídica demasiado superficial. Como ya he mencionado en otras páginas, la corrupción socava la democracia y afronta a los derechos humanos, mucho de ello por desvirtuar el direccionamiento de las verbas que habrían de ser repartidas a toda la ciudadanía en la forma de buenos hospitales, escuelas públicas de calidad, una fuerza policial bien equipada y el pago de sueldos dignos a los que prestan los servicios en estos sitios, verbas que se van a los bolsillos de algunos pocos.

Como los hechos corruptos no suelen ser denunciados (lo que hace difícil la producción probatoria), una de las medidas para que no se queden impunes y, al mismo tiempo, se puedan recuperar los activos que fueron llevados, es volver la sanción al indicio que los denuncian: la riqueza que generan. Además, el solo hecho de que un agente público logre un incremento patrimonial sin base en medios lícitamente conocidos revela el desvalor de esta conducta, desvalor que por sí solo ya sería suficiente a su penalización.

En síntesis, esta es la justificación para que la sanción al enriquecimiento ilícito se materialice como una de las herramientas de combate a la corrupción, la misma a la que hacen hincapié todos los proyectos mencionados. Ejemplo de ello se puede ver en el fundamento del PLS 327/2016, que toma prestado las justificaciones del PL 4.850/2016, elaborado por la fiscalía (MPF) que, a su vez, también hace mención de la exposición de motivos del proyecto del Nuevo Código Penal. Allí se lee que:

“El enriquecimiento ilícito de un servidor público resulta comúnmente de la práctica de la corrupción y delitos conexos. Sin embargo, como se destaca en el proyecto, es muy difícil castigar el delito de corrupción, a menos que una de las partes revele su existencia, lo que normalmente no sucede. Por eso, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de la cual Brasil es signatario, insta a los Estados Parte a tipificar en sus ordenamientos jurídicos el delito de enriquecimiento ilícito, definido como el aumento significativo del patrimonio de un funcionario público por ingresos que no pueden razonablemente ser justificado por ello. Por otro lado, el enriquecimiento ilícito, además de ser una prueba indirecta de corrupción, es en sí mismo menospreciado, pues revela un acto inmoral e ilegal de un servidor público, de quien se espera que tenga un compromiso con la ley más significativo de lo que es. esperado del ciudadano ordinario. Hay aquí una falta de valor respecto de la discrepancia patrimonial,

muchas veces oculta o disfrazada, de un agente público sujeto a reglas de escrutinio, transparencia y equidad”²⁰⁵.

Ya en la página web de “*Unidos contra a Corrupção*”, en cuanto a la proposición del proyecto de ley orientado a la criminalización del enriquecimiento ilícito, informan que:

“Las investigaciones por corrupción a menudo prueban que los servidores públicos tienen bienes incompatibles con los ingresos lícitos – enriquecimiento ilícito, pero no logran identificar quién transfirió la riqueza o cuál fue el acto de corrupción cometido, lo que puede imposibilitar que sean procesados por el delito de corrupción. En tales casos, se podrá, respetando los derechos individuales y las garantías procesales, sancionar al servidor público que presente una conducta incompatible con su función”²⁰⁶.

Aunque innegables y de gran importancia, los argumentos pragmáticos por sí solo no sostienen la incriminación del enriquecimiento ilícito, como se ha dicho. Debe quedar claro que, aunque sea incontestable que el enriquecimiento inexplicable de un agente público sea “prueba indirecta de otros actos de corrupción” y “revele un acto inmoral e ilegal de un servidor público”, como se ha afirmado en el fragmento anteriormente citado, lo que se pretende punir directamente es el hecho de poseer, disfrutar o transaccionar activos (o amortizar pasivos) incompatibles con su renta legítimamente conocida, aunque se trate de una punición subsidiaria. Dejar margen para que se pueda indagar que la proposición de la incriminación del enriquecimiento ilícito se presta a la punición de otros hechos delictivos por presunción es dejar margen para que se afirme que dicho intento atenta contra el principio de la culpabilidad.

En las palabras de GRECO, “si contra una determinada conducta sólo se puede decir que sería prueba indirecta de otra, existirá la denominada pena de sospecha, que va en contra

²⁰⁵ BRASIL. Senado Federal. Atividade Legislativa. Projetos e Matérias. **Projeto de Lei do Senado 327/2016**. Op. cit., p. 4. Fragmento tomado de la justificación del proyecto de ley proveniente de las “10 Medidas”.

²⁰⁶ Unidos contra a corrupção. **Medida 23: criminalização do enriquecimento ilícito dos agentes públicos**. Op. cit., s. pag.

del principio de culpabilidad y de uno de sus principales correlatos procesales, la presunción de inocencia”²⁰⁷.

En las citadas justificaciones, no se percibe ninguna mención de la delimitación del bien jurídico que se pretende proteger (a la excepción del PL n° 5.586/2015, que lo menciona apenas) y los argumentos necesarios a ello, algo esencial en la configuración de un delito. Sobre ello, así se posicionó GRECO, cuando dio sus críticas al proyecto originado de las “10 Medidas”:

“Vemos, por tanto, que la propuesta de tipificación del enriquecimiento ilícito carece del debido sustento argumentativo. Esto no significa, sin embargo, que no sea posible brindar este fundamento, que debe derivarse de una teoría más general sobre los límites del poder del Estado para prohibir conductas e imponer sanciones. Me parece que la mejor teoría al respecto es la llamada teoría del bien jurídico”²⁰⁸.

En consideración a ello, por las razones que he aclarado en el capítulo 2 de este trabajo, refuerzo mi posicionamiento favorable a la defensa de que el bien jurídico del enriquecimiento ilícito se puede delimitar en cualquier Estado Democrático de Derecho donde se considere el regular y transparente funcionamiento de la Administración Pública como un principio constitucional, que en Brasil nos remite a la existencia de un derecho fundamental supraindividual a una buena administración ética, proba y transparente que necesita protección, aunque haya espacio al debate sobre si esta protección obligatoriamente tiene que venir por medio del Derecho Penal o de otra rama del Derecho (como ya solía ocurrir, antes de los cambios impuestos a la LIA).

Otra debilidad de las propuestas presentadas se refiere a la ausencia de argumentos más sólidos para contrarrestar lo que la mayor parte de la doctrina y de los países que van en contra de la tipificación del enriquecimiento ilícito tiene como lema principal: la innegable imposición de la carga de la prueba al imputado del delito en cuestión y la consiguiente vulneración del principio de presunción de inocencia y otros relacionados

²⁰⁷ GRECO, Luís. (03/12/2015). **Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito**. Boletim do IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) n° 277, dic. 2015. Disponible en <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/exibir/389>. Acceso en 20 de junio de 2022.

²⁰⁸ GRECO, Luís. Op. cit., s. pag.

con él. La proposición de “*Unidos contra a Corrupção*” se limita a decir que “se podrá, respetando los derechos individuales y las garantías procesales, sancionar al servidor público que presente una conducta incompatible con su función”. Ya las demás se contentan con informar que:

“(…) No hay inversión de la carga de la prueba, y corresponde a la acusación demostrar la incompatibilidad procesal de los bienes con los sueldos, bienes, recibos o gestiones lícitas del servidor público. No se puede olvidar que el servidor público se mueve en un ambiente en el que debe reinar la transparencia, a diferencia de lo que ocurre en el mundo de los particulares, que no perciben los recursos de la sociedad. De ahí obligaciones como la entrega de la declaración patrimonial a ser examinada por el control interno institucional y por el Tribunal de Cuentas”²⁰⁹.

“(…) Se destaca que no se trata de una inversión de la carga de la prueba sobre el carácter ilícito de los ingresos, sino de aceptar la única explicación de la discrepancia que se encuentra en un caso dado concreto, tras investigar los hechos y escuchar al servidor. Esta solución está respaldada por la moderna teoría *explacionista* de la prueba, que se enfoca en encontrar la hipótesis que mejor explique la evidencia disponible, así como la teoría inductiva tradicional, que se enfoca en las asociaciones entre cosas que normalmente están vinculadas en base a la experiencia que todos compartimos y es el fundamento de cualquier examen de evidencia.

En otras palabras, sobre la base de la experiencia común de todos, si la acusación prueba la existencia de rentas distintas al patrimonio acumulado y, además, ni una investigación cuidadosa ni los investigados señalan la probable existencia de fuentes lícitas, se puede concluir que se trata de rentas ilícitas”²¹⁰.

Con el debido respeto a la fiscalía brasileña, la pretendida teoría *explacionista*, teoría basada en un conjunto de probabilidades, no es más que un bonito nombre a la presunción de que se está delante de activos de origen ilícito, una presunción que tiene

²⁰⁹ BRASIL. Senado Federal. Atividade Legislativa. Projetos e Matérias. **Projeto de Lei do Senado 327/2016**. Op. cit., p. 4. Fragmento tomado de la justificación del proyecto de ley del Nuevo Código Penal.

²¹⁰ Ibidem, p. 5. Fragmento tomado de la justificación del proyecto de ley proveniente de las “10 Medidas”.

que contrarrestar la defensa. Como se ha dicho en capítulos anteriores, si a la fiscalía le compete probar los hechos fundamentales de su acusación, es decir, el incremento patrimonial del sospechoso y la inexistencia de medios lícitos que explique citado incremento, además de demostrar que el valor de esa riqueza es desproporcionado a los ingresos obtenidos legalmente por la persona, al agente público corresponderá aportar pruebas de que los activos sobre los que la fiscalía no lograre encontrar relación con sus ingresos legítimos tienen en verdad una explicación lícita convincente aún desconocida, explicación que suele estar dentro de su ámbito de conocimiento. También como se ha dicho, esto no llegaría a ser un problema, como no lo es en muchas otras legislaciones, bajo las mismas razones que expuse en el capítulo 2 e 3 de este TFM.

La criminalidad económica involucrada con los hechos que socavan el patrimonio público necesita ser combatida con medios respetuosos a los derechos fundamentales individuales, pero sin descuidar de la protección de los derechos fundamentales colectivos, un equilibrio que, con el intuito de obrar para proporcionar la máxima protección al derecho fundamental de una buena administración ética, proba y transparente, acredito que sí se puede alcanzar cuando se apliquen conjuntamente los criterios desarrollados por las diferentes jurisdicciones donde el delito de enriquecimiento ilícito ya existe: que la carga de la prueba primaria sea de la acusación, que la carga de la prueba secundaria recaiga en asuntos que están dentro de la esfera de conocimiento del acusado y que esté presente un interés público a ser protegido.

Además, no es demasiado repetir que la presunción de inocencia y tampoco el derecho a la no autoinculpación no son derechos absolutos y no deben verse como un obstáculo para que los sistemas legales de cada país implementen legislación que contenga presunciones refutables de hecho o de derecho, tampoco para que sean creadas normas de derecho sustantivo que contengan obligaciones legales (como son las normas que obligan a los agentes públicos a rendir cuentas antes y durante el ejercicio de su cargo o mandato electivo), siempre que tales supuestos estén dentro de límites razonables y respeten los derechos de defensa.

Lo que falta en los defensores de la criminalización del enriquecimiento ilícito en Brasil es que tomen para sí la tarea de exponer estos argumentos de forma clara, traerlos a la luz del debate con la seriedad que se espera cuando se proponen medidas capaces de restringir el *status libertatis* de un individuo.

Así que, en consideración de lo que tenemos en estos momentos, del actual estadio de apatía política y de una argumentación jurídica todavía en construcción, me atrevo a afirmar que aún le queda a Brasil un camino demorado hasta la necesaria madurez política y jurídica que pueda llevar a la incriminación del enriquecimiento ilícito. Sin embargo, algo que puede acelerar este proceso es exactamente lo que considero el camino más corto hacia a la recuperación de esta importante herramienta: su posible retorno al escenario brasileño como acto de improbidad administrativa por la vía judicial.

4.3 El camino del contrataque judicial: por la defensa del enriquecimiento ilícito en cuanto ilícito autónomo de improbidad administrativa

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, máxima expresión de la Revolución Francesa y del camino trillado por Francia hacia la democracia, marco histórico del iusnaturalismo inspirado en la declaración de independencia de EE.UU., establece que “La Sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a cualquier Agente público” (art. 15) y que “la garantía de los derechos del Hombre y del Ciudadano necesita de una fuerza pública; por ello, esta fuerza es instituida en beneficio de todos y no para el provecho particular de aquéllos a quienes se encomienda” (art. 12).

La Carta Democrática de la OEA, de 11 de septiembre de 2001, instrumento que proclama como su principal objetivo el fortalecimiento y preservación de las instituciones democráticas (aunque sea una resolución y no un tratado, pero una resolución con vistas a la interpretación de la Carta de Fundación de la OEA), establece que “los pueblos de las Américas tienen el derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla”, por ella ser “esencial para el desarrollo social, político y económico” de los Estados americanos; y que “son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto a los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa”^{211, 212}.

²¹¹ OEA/OAS. Organización de los Estados Americanos. **Carta Democrática Interamericana**. Disponible en https://www.oas.org/es/centro_informacion/default.asp. Acceso en 20 de junio de 2022.

²¹² “Quizás el mayor aporte de la Carta Democrática Interamericana es la relación entre la democracia representativa y el estado de derecho. Además, la Carta Democrática - como lo confirma la opinión de uno de los jueces de la Corte

Por los dos documentos presentados, aunque elaborados en momentos históricos tan distintos, se percibe que la búsqueda por una Administración Pública transparente y proba, direccionada a la satisfacción de los intereses de la colectividad, sigue siendo una preocupación constante, exactamente porque siempre ha sido uno de los pilares de las democracias modernas. En consideración de que la promoción y protección de los derechos humanos en su generalidad dependen esencialmente de la existencia de gobiernos democráticos, se puede afirmar (como se ha afirmado en otras líneas) que existe un derecho humano fundamental supraindividual a la transparencia y probidad en la Administración Pública. De hecho, un Estado en el que no hay medios eficientes que obliguen a los agentes públicos a rendir cuentas de manera amplia e irrestricta sobre cómo y en qué medida los valores arrecadados de la ciudadanía son gastos (lo que incluye la transparencia en demostrar sus propios ingresos personales) ciertamente abre brechas a los actos de corrupción destinados a una transferencia de fondos públicos hacia los bolsillos de los propios agentes y sus clientes, antes que al desarrollo socioeconómico de toda la sociedad²¹³. Un desarrollo sin el cual se hace muy difícil materializar muchos de los derechos humanos expresados como tales en los tratados y convenciones internacionales que tratan específicamente del tema (como la DUDH y la CADH), incluso el propio derecho a la vida, al que se le debe interpretar extensivamente como derecho a vivir con dignidad y a mantenerse vivo, y sin el cual no tiene sentido la defensa de todos los demás. Por ello, se puede afirmar que los tratados y convenciones

Interamericana de Derechos Humanos - *proporcionó el marco teórico del derecho humano a la democracia (...)*. (Corte IDH. Caso *Yatama c. Nicaragua*. EPFRC. 2005, voto individual del magistrado Diego García Sayán, Párrafo 7. A su juicio, el magistrado García Sayán, al hablar del derecho que tienen los pueblos de América a la democracia, señala que la Carta Democrática Interamericana consagra verdaderamente este derecho)". Conf. ANDREU-GUZMÁN, Federico *et al.* **Convenção Americana sobre Direitos Humanos: comentário**. 2^a ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 669.

²¹³ Un resumen de como la corrupción en el sector público puede socavar el desarrollo socioeconómico de un país nos da María V. Muriel-Patino en su artículo intitolado **Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción**. Allí nos enseña que, en el contexto de corrupción, "el gasto del Sector Público resulta afectado, pues que, por una parte, los recursos que serían destinados al ámbito productivo se desvían a los particulares y funcionarios públicos corruptos, con graves consecuencias para el crecimiento económico si se trata de fondos que iban a ser destinados a las inversiones en infraestructuras, por ejemplo, o a los programas sociales. Por otra parte, la asignación pública de recursos es menos eficiente cuando la administración actúa de forma corrupta, ya que el contratista elegido sin la debida competencia puede no suponer la mayor calidad o los menores costes. Además, aquellas empresas que hayan tenido que pagar sobornos para se elegir sin la debida competencia intentarán recuperar los "costes de corrupción" junto con el resto de los costes, lo que supondrá una carga adicional para el arca pública. Todo ello, a su vez, disminuirá aún más las inversiones del sector público en obras/servicios públicos lo que, consecuentemente, llevará a la disminución cualitativa y cuantitativa de dichos servicios (con el consecuente incremento de los gastos de los ciudadanos para conseguirlos – sea en el ámbito privado, sea con el pago de sobornos para que se les presten el sector público – y disminución del consumo de otros tantos servicios y productos) y la transferencia de capital menos equitativa al sector privado en forma de pagos (lo que va a significar más reducción de inversiones)". Para más, conf. MURIELL-PATINO, María Victoria. Op. cit., p. 27-39.

internacionales con vistas a combatir la corrupción son normas internacionales de derechos humanos en un análisis más amplio.

En términos de derecho positivo interno, la existencia de un derecho humano fundamental a la transparencia y probidad administrativa puede extraerse del art. 5 °, § 2 °, de la CFB, según el cual “los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y principios adoptados por ella, o de los tratados internacionales de los que la República Federativa de Brasil sea parte”. Por ende, está vigente en Brasil un concepto materialmente abierto de derecho fundamental, es decir, no solamente son derechos fundamentales aquellos que formalmente están listados en el art. 5 °, sino que todos aquellos que así puedan ser considerados por la jurisprudencia, aunque presentes expresa o implícitamente en otros puntos del texto de la CFB o en los tratados internacionales de los que Brasil sea parte²¹⁴.

Así que los juristas que admiten como válida esta construcción doctrinal, defienden que el derecho humano fundamental a la transparencia y probidad administrativa está implícito en la CFB en diversos principios y mandamientos constitucionales:

“(i) el principio republicano (art. 1, *caput*); (ii) el principio democrático (art. 1, párrafo único); (iii) sus fundamentos (art. 1, incisos I a V: soberanía; ciudadanía; la dignidad de la persona humana; los valores sociales del trabajo y la libre empresa y el pluralismo político); (iv) los objetivos fundamentales de la República (art. 3, incisos I a IV): construir una sociedad libre, justa y solidaria; garantizar el desarrollo nacional; erradicar la pobreza y la marginación y reducir las desigualdades sociales y regionales; promover el bien de todos, sin prejuicio de origen, raza, sexo, color, edad y cualquier otra forma de discriminación); (v) la prevalencia de los derechos humanos y la defensa de la paz en sus relaciones internacionales (art. 4, I y VI); y (vi) los demás principios constitucionales administrativos, previstos en el *caput* del art. 37 (legalidad, impersonalidad,

²¹⁴ Para Ingo Wolfgang Salet incluso sería posible identificar y construir jurisprudencialmente derechos fundamentales materialmente no escritos, en el sentido de no afirmados expresamente. Conf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 86-87.

moralidad, publicidad y eficiencia)”²¹⁵.

De la misma manera, aunque haga hincapié a otros dispositivos constitucionales, se ha pronunciado la fiscalía estadual del Estado del Paraná, en Brasil, en su “*Nota Técnica Conjunta n ° 01/2022*”, en la que afirma que “*no ordenamento jurídico brasileiro, a probidade administrativa ocupa a posição de direito fundamental, sendo protegida por diversos dispositivos da Constituição Federal, a exemplo dos arts. 14, § 9º, 15, V, 37, § 4º, 85, V*”²¹⁶.

Volviendo la mirada a los tratados internacionales, la CFB afirma que, además de los derechos y garantías allí expresados, no excluyeren otros derivados de los tratados internacionales de los que la República Federativa de Brasil fuere parte. Los tratados internacionales incorporados al ordenamiento jurídico son celebrados por el Presidente de la República. Para su incorporación al ordenamiento jurídico nacional, dependen del referéndum del Congreso Nacional (sección de votación conjunta formada por la Cámara de los Diputados y Senado Federal), mediante decreto legislativo aprobado por mayoría simple y promulgado por el presidente del Senado (art. 49, I, de la CFB), y, finalmente, en la promulgación y publicación por decreto del Presidente de la República (es el decreto presidencial el que le da fuerza ejecutiva al tratado). En general, el tratado internacional incorporado al ordenamiento jurídico tiene fuerza de ley ordinaria.

Tras la Enmienda Constitucional n° 45 de 2004, los tratados relativos a los derechos humanos que fueren ratificados por Brasil en la forma especial de mayoría cualificada (art. 5 °, § 3º, CFB) ingresan en el ámbito del derecho brasileño con estatus de norma constitucional. En este punto, se debe destacar que, si no hay formalización del referido procedimiento constitucional para la interiorización de los tratados internacionales o el Poder Legislativo no lo aprueba en los términos acordados por la referida norma constitucional, tales convenciones internacionales sobre derecho humanos tienen fuerza normativa suprallegal, es decir, no son dotadas de fuerza constitucional, pero tienen fuerza

²¹⁵ SANTOS, Roberto Lima. (30/10/2012). **Direito fundamental à probidade administrativa e as convenções internacionais de combate à corrupção**. Revista de Doutrina TRF4. Recuperado el 20 de junho de 2022 de https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Roberto_Santos.html.

²¹⁶ BRASIL. Estado do Paraná. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção ao Patrimônio Público e à Ordem Tributária. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos. **NOTA TÉCNICA CONJUNTA N° 01/2022**, p. 2. Disponible en https://patrimoniopublico.mppr.mp.br/arquivos/File/Alteracoes_da_LIA/Nota_Tecnica_Conjunta_CAOPs_01-221.pdf. Acceso en 20 de junio de 2022.

normativa superior a la legislación infraconstitucional (superior a las leyes ordinarias y complementarias). Así se posicionó la Suprema Corte de Brasil en 2008:

“PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). (...) RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO”²¹⁷.

Por ende, las leyes brasileñas tienen que guardar compatibilidad tanto con las normas y principios constitucionales, incluidas las normas provenientes de los tratados de derechos humanos aprobadas de forma cualificada, como los tratados y convenciones de derechos humanos que de cualquier modo ingresen en el ordenamiento jurídico brasileño, pues tienen fuerza superior a las leyes (aquí incluidas la CICC y la CNUCC), por lo que se habla, en Brasil, de un *control de constitucionalidad y control de convencionalidad*. Por lo tanto, a la consideración de lo que he tratado hasta aquí, no es difícil percibir que las alteraciones que los parlamentarios impusieron a la Ley de Improbidad Administrativa

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - RE 349.703-RS. Min. Relator: Carlos Britto. Juzgado el:03/12/2008. Tribunal Pleno. Disponible en <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87952/false>. Decisión también adoptada por el Supremo Tribunal Federal en el Habeas Corpus n° 87.585/TO, sobre el mismo tema: prisión civil del depositario infiel en relación con los dictados del Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derechos Humanos - CADH), tratado que, según el STF, ingresó a Brasil con fuerza supralegal y derogó las leyes que reglamentaban el mandato constitucional que prevé la prisión por deudas y que, por lo tanto, lo tornó inefectivo.

con vistas a debilitar su poder en cohibir los actos de corrupción se encuentran maculadas tanto por el defecto de inconstitucionalidad como de falta de convencionalidad.

De hecho, como se ha visto, la CFB trae en su cuerpo una serie de normas y principios con vistas a la protección del bien jurídico/derecho humano fundamental a la transparencia y probidad (incluso con mandato expreso para sancionar la improbidad administrativa), lo que significa que la protección que ya se le atribuía no podría sufrir retroceso, por lo que cualquier intento en este sentido se habría de considerar inconstitucional.

Por lo tanto, sea en sede de control concentrado de constitucionalidad (también denominado control abstracto, por medio de una Acción Directa de Inconstitucionalidad – ADI en el STF) o en sede de control difuso de constitucionalidad (también denominado concreto o incidental, en lo que, en una Acción de Improbidad Pública que tramita en un juzgado de primer grado, por ejemplo, se cuestione incidentalmente la constitucionalidad de las alteraciones impuestas a la LIA), se podría perfectamente alegar la inconstitucionalidad material de los diversos cambios perpetrados por la Ley nº 14.230/2021, en especial, aquellos relacionados a la derogación por la vía interpretativa del enriquecimiento ilícito como hecho ilícito autónomo, por nítida violación del principio de prohibición del retroceso social al combate a la corrupción y del derecho fundamental a la transparencia y probidad administrativa²¹⁸.

²¹⁸ La inconstitucionalidad puede ocurrir por acción, cuando existen actos normativos del poder público o leyes contrarias a las normas y principios de la Constitución, o por la omisión del legislador de legislar para hacer efectivos determinados derechos constitucionales pendientes de regulación. La inconstitucionalidad por acción puede ser material (el contenido del acto normativo o ley es contrario a la Constitución) o formal (por incumplimiento de la competencia legislativa o del proceso legislativo). En lo que respecta a las Acciones Directas de Inconstitucionalidad (ADI), éstas se interponen ante el Supremo Tribunal Federal (en Brasil, el STF acumula las funciones de tribunal constitucional directo y órgano de apelación extraordinaria; en este último caso – “*recurso extraordinario*”, art. 102, III, CFB –, una de sus funciones es juzgar cuestiones constitucionales incidentales en sede de apelación) por aquellos que son legitimados activos, en los términos del art. 103, en los incisos del I al IX, de la CFB: a) el Presidente de la República; b) la Mesa del Senado Federal; c) la Mesa de la Cámara de Diputados; d) la Mesa de la Asamblea Legislativa o de la Cámara Legislativa del Distrito Federal; e) el Gobernador del Estado o del Distrito Federal; f) el Fiscal General de la República; g) el Consejo Federal del Colegio de Abogados de Brasil; h) partido político con representación en el Congreso Nacional; i) Confederación sindical o entidad de clase nacional. La decisión que declara la inconstitucionalidad de una ley o acto normativo en el control concentrado producirá efectos contra todos (*erga omnes*), y también efecto retroactivo, *ex tunc*, dejando sin efecto la norma o ley incompatible con la Constitución, decisión que vincula a los demás órganos del Poder Judicial y de la Administración directa e indirecta de los ámbitos federal, estadual y municipal. Ya en el caso del control difuso, en que una de las partes alega la inconstitucionalidad de alguna norma aplicable al caso concreto, el juez o tribunal, antes de analizar la acción principal, debe decidir inicialmente si considera constitucional o inconstitucional la norma a ella aplicable, en cuyo caso, o aplicará la norma normalmente al hecho y decidirá conforme a lo dispuesto en la norma, o dejará de aplicar la norma, por declararla inconstitucional, decisión que producirá efectos apenas entre las partes confrontantes. Si la cuestión llega al STF (normalmente por la vía del “*recurso extraordinario*”) y este decide por la inconstitucionalidad de la norma (control difuso, por lo tanto, que produce efectos solamente entre las partes), para que los efectos de la decisión se extiendan a todos, precisará oficiar el Senado Federal, órgano al que competirá declarar la suspensión total o parcial de la norma declarada inconstitucional.

Argumentación semejante ha usado la “*Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal*”, en la ADI n° 7.042, remitida a la relatoría del Ministro Alexandre de Moraes, acción en la que se denuncian los cambios promovidos por la Ley n° 14.230/2021 en cuanto a la legitimación exclusiva de la fiscalía para la interposición de una AIA y se aboga por su inconstitucionalidad formal (por ofensa a la pacto federativo, por ser un caso de norma federal sobre un aspecto asociado a la autonomía de los Estados y las atribuciones de su defensa pública) y material, exactamente por violar el principio de prohibición de regresión social y el derecho fundamental a la probidad, ya que disminuye la lista de los legitimados para ejercitar la Acción de Improbidad. En la referida ADI, han conseguido lograr una decisión provisoria (decisión “*monocrática*” por parte del relator en sede preventiva, aún pendiente de confirmación por el plenario) que les quita efecto a los dispositivos relacionados a la citada exclusividad de la fiscalía²¹⁹.

Otro camino para que se pueda restaurar el enriquecimiento ilícito en Brasil como delito de improbidad autónomo es la vía del control de convencionalidad, en la que se constatará la incompatibilidad de los cambios perpetrados por la Ley n° 14.230/2021 a la luz de la legislación internacional de carácter suprallegal de combate a la corrupción de las que Brasil es signatario. Como ya he afirmado, la CICC y la CNUCC, más que convenciones de combate a la corrupción, son normas internacionales con vistas a la efectividad de los derechos humanos, pues que conllevan herramientas a la prevención y punición de hechos que son practicados en su contra.

En esa senda, merece que se destaque el posicionamiento de la fiscalía estadual del Estado del Paraná, por afirmar que tanto la doctrina nacional como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reconocen la corrupción y la improbidad administrativa como graves violaciones de los derechos humanos, hecho que torna directamente relacionado a

Otro instrumento que concibe el efecto *erga omnes* a las decisiones del STF en sede de control difuso es la edición de una “*súmula*” vinculante sobre el tema considerado inconstitucional, tras reiteradas decisiones en el mismo sentido y por decisión de 2/3 de sus miembros (art. 103-A, CFB). Para más detalles, conf. MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1437-1544.

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - ADI: 7.042 MC / DF - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Ministro relator: Alexandre de Moraes. Juzgado en: 17/02/2022 Fecha de publicación: 21/02/2022. Disponible en <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1278034/false>. Acceso en 20 de junio de 2022.

este tema todo y cualquier acto normativo involucrado en el combate a aquellas malezas²²⁰.

“Dado la naturaleza estructural del fenómeno de la corrupción en la región, la Comisión considera que sus impactos son profundos y diferenciados. Por un lado, los actos de corrupción pueden configurar violaciones de derechos humanos; y por otro lado, las distintas manifestaciones del fenómeno de la corrupción pueden afectar el goce y ejercicio de los derechos humanos. Un primer grupo de situaciones que preocupa a la Comisión corresponde a aquellas en que mediante actos de corrupción se incumplen directamente las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. Puede configurarse una violación de derechos humanos y con ello la responsabilidad internacional, cuando un acto o situación de corrupción constituye o motiva un incumplimiento a una obligación internacional y dicho ilícito es atribuible al Estado. De conformidad con los principios del derecho internacional de los derechos humanos, el Estado tiene la obligación de reparar a las víctimas por las violaciones de derechos humanos cometidas en su perjuicio. Una segunda dimensión que es necesario clarificar es la relación contextual entre el fenómeno de corrupción y las violaciones de derechos humanos, esto es, las distintas formas en que se presenta la corrupción en la región y su vínculo con distintos tipos de violaciones de derechos humanos. Es claro que no sólo la corrupción viola derechos humanos, sino que se debe prestar atención a la forma en que diversos contextos de corrupción facilitan y/o fomentan la vulneración de derechos humanos. Lo anterior es relevante en la

²²⁰ BRASIL. Estado do Paraná. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção ao Patrimônio Público e à Ordem Tributária. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos. **NOTA TÉCNICA CONJUNTA N° 01/2022**, p. 12. Disponible en www.patrimoniopublico.mppr.mp.br/2022/3/410/. Acceso en 20 de junio de 2022. Entre los juristas nacionales citados, están André de Carvalho Ramos (“[...] la protección de la probidad administrativa ya no es un imperativo meramente nacional, sino internacional, a partir del análisis de diplomas normativos internacionales, explicando el fundamento actual de esta internacionalización de la lucha contra las prácticas de corrupción, que es la vigencia de los derechos humanos” – conf. RAMOS, André de Carvalho. **O combate internacional à corrupção e a lei da improbidade**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite *et al.* *Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 7) y Rogério Leal e Yuri Schneider (“No cabe duda de que la corrupción está directamente relacionada con la vulneración de los Derechos Humanos y Fundamentales, en particular cuando los actos de corrupción se utilizan como formas de vulneración del ordenamiento jurídico en su conjunto [el caso del cohecho de servidores públicos para agilizar los trámites burocráticos], lo que, en sí mismo, afecta el orden jurídico puesto en marcha, además de causar impactos localizados en el entramado de derechos y garantías vigentes (porque, en este ejemplo, otros expedientes pueden demorarse u omitirse” – conf. LEAL, Rogério Gesta; SCHNEIDER, Yuri. **Os efeitos deletérios da corrupção em face dos direitos humanos e fundamentais**. *Revista da AJURIS*, v. 41, n° 136, p. 415-435, dic. 2014).

determinación de las medidas adecuadas que deben adoptar los Estados para erradicar la corrupción en la región”²²¹.

Ambas convenciones instan a sus Estados Parte a establecer mecanismos efectivos en la lucha contra la corrupción y cuentan con disposiciones que llevan a concluir que Brasil se compromete a crear estructuras que permitan el fiel cumplimiento de las obligaciones preventivas y represivas asumidas internacionalmente, así como a mantener aquellas ya creadas, quedando prohibido retroceder en términos de lo que ya se ha logrado, lo que incluye la prohibición de quitarle efecto al dispositivo que sanciona el enriquecimiento ilícito.

La consecuencia de la incompatibilidad de una legislación nacional con un tratado de fuerza supralegal es la declaración de pérdida de validez (o de “paralización” de su eficacia o de incompatibilidad), es decir, la norma interna seguirá vigente, ya que no habrá sido derogada por ninguna otra norma interna, pero no producirá más efectos, pues su contenido será declarado incompatible con la norma de jerarquía superior^{222, 223}. De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), cada Estado debe adoptar medidas a nivel interno que permitan compatibilizar sus normas con las obligaciones internacionales en lo concerniente a los derechos humanos, ya sea declarando la incompatibilidad de las normas internas o interpretándolas de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH, tanto contenciosa, cuanto consultiva²²⁴.

²²¹ OEA/OAS. Organización de los Estados Americanos. CIDH - Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos**, 2019, p. 59. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>. Acceso en 20 de junio de 2022.

²²² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 319-321.

²²³ SARLET, Ingo Wolfgang. (10/04/2015). **Controle de Convencionalidade dos Tratados Internacionais**. Conjur. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-control-e-convencionalidade-tratados-internacionais>.

²²⁴ DIAS, Ana Beatriz. **Controle de convencionalidade: da compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos**. In: *Cadernos estratégicos: análise estratégica dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, Coordenação Geral de Programas Institucionais, Centro de Estudos Jurídicos - CEJUR. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2018, p. 46. Disponible en <http://cejur.rj.def.br/uploads/arquivos/b2009a1a72a742d48483fc2f80e3a585.pdf>. Acceso en 20 de junio de 2022. Según la autora, “Brasil reconoció la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1998, sometiendo a sus decisiones”.

“Es importante mencionar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impone la forma en que se controla la convencionalidad. La Corte IDH se pronunció sobre esta cuestión en el caso *Liakat Ali Alibux c. Surinam*, cuando señaló que la obligación de ejercer el control de convencionalidad entre las normas internas y la CADH es responsabilidad de todos los órganos del Estado, incluidos los jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”²²⁵.

En el ámbito internacional, Brasil se somete a las decisiones de la Corte IDH, órgano responsable por el control de convencionalidad en la esfera de actuación de la OEA. Aunque no tengan fuerza coercitiva plena, tales decisiones son de aplicabilidad inmediata en suelo brasileño, en los términos de los arts. 67 y 68 de la CADH (a diferencia de lo que sucede con las sentencias extranjeras, para las cuales se requiere la aprobación previa del STJ), ya que Brasil se adhirió voluntariamente a la jurisdicción internacional²²⁶.

Internamente, Brasil ha adoptado tanto el control concentrado, como el control difuso de convencionalidad. En lo concerniente al control concentrado, este se dará en el ámbito del STF, en los mismos moldes del control concentrado de constitucionalidad, ya que tendrá como parámetro los tratados internacionales sobre derechos humanos que ingresaron en el ordenamiento jurídico brasileño por medio del quorum calificado y que, por ello, tendrán estatus de norma constitucional. En cuanto al control difuso de convencionalidad, se lo hacen incidentalmente dentro de un procedimiento judicial principal, en el que una de las partes propugna por la incompatibilidad de una norma (o parte de ella), sobre la cual se basa la cuestión principal, frente a una norma internacional de derechos humanos con validez interna, tenga ella estatus constitucional o supralegal (aquí incluidos los tratados sobre combate a la corrupción de los cuales Brasil es signatario). El mencionado reclamo de convencionalidad puede ser suscitado delante de cualquier juez o tribunal, en términos semejantes a lo que ocurre en sede de control difuso de constitucionalidad.

²²⁵ DIAS, Ana Beatriz. Op. cit., p. 47.

²²⁶ DIAS, Ana Beatriz. Op. cit., p. 45-48. Según la autora, “Brasil reconoció la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1998, sometiéndose a sus decisiones”. Sobre la fuerza coercitiva de las decisiones de la Corte IDH, no hay “mecanismos para asegurar la ejecución de estas sentencias, sino únicamente la disposición de la Convención para la preparación y presentación de un informe a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), indicando los casos en que un Estado no ha cumplido la decisión”.

En los términos de la Nota Técnica del Ministerio Público del Estado del Paraná, “cabe señalar que, dado el carácter supralegal, y no constitucional, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y de la Convención Interamericana contra la Corrupción, el control de convencionalidad debe darse solo por vía difusa”²²⁷.

Un ejemplo de ello puede verse en la sentencia del “*recurso de revista*” (apelación) n ° TST-RR-804-12.2012.5.04.0292, en la que el Tribunal Superior del Trabajo controló la convencionalidad del artículo 146 de la “*Consolidação das Leis do Trabalho*” – CLT frente a los artículos 4 ° y 11 de la Resolución n ° 132 de la Organización Internacional del Trabajo, norma que otorga a los trabajadores de los países signatarios el beneficio de recibir el subsidio proporcional de vacaciones, incluso en caso de despido por justa causa, lo que estaba prohibido por la referida legislación brasileña²²⁸.

Debido a que la Ley n ° 14.230/2021 ha inaugurado una regulación legal más laxa en relación a los actos de improbidad, una clara falta de respeto al deber asumido por Brasil de adecuar su legislación interna a los dictados de los tratados internacionales contra la corrupción, es que la nota técnica supra citada insta a los miembros del Ministerio Público, ante los casos específicos en los que la nueva LIA conduce a una deficiente protección de la probidad administrativa, a formular la insurgencia, no sólo desde el punto de vista constitucional, sino también desde el prisma de la regulación internacional, promoviendo el control de convencionalidad para que las disposiciones en conflicto con las normas internacionales citadas sean declaradas sin validez²²⁹.

De todo lo expuesto, no queda dudas de que las disposiciones que tornan el enriquecimiento ilícito letra muerta pueden ser atacadas tanto por la vía del control de constitucionalidad (difuso y concreto), como del control de convencionalidad difuso, para que se les quite validez a estas disposiciones y/o se les dé una interpretación en conformidad con la Constitución y con las convenciones de Caracas y Mérida.

²²⁷ BRASIL. Estado do Paraná. Ministério Público do Estado do Paraná. Op. cit., p. 16.

²²⁸ CALETTI, Leandro. **O controle difuso da convencionalidade e os direitos humanos no Brasil**. In: *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, n ° 64, p. 189-2014, jul-dic, 2016. Disponible en <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/4759/revista-64-2web.pdf>. Acceso en 20 de junio de 2022.

²²⁹ BRASIL. Estado do Paraná. Ministério Público do Estado do Paraná. Op. cit., p. 17-18

No es demasiado recordar que el principio de prohibición de retroceso en la protección contra la corrupción (la otra cara del principio de prohibición de retroceso en la protección de la probidad y transparencia, aunque este sea más específico) se hace presente tanto en la CFB (como ha sido demostrado en capítulos anteriores), como en la Convención de Mérida/CNUCC. De hecho, de la lectura de su art. 65, 1 y 2, se concluye que sólo se permiten medidas legislativas encaminadas a fortalecer y reforzar la lucha contra la corrupción, pero nunca medidas encaminadas a excluir o flexibilizar estas normas^{230,231}.

Aunque que sea innegable su carácter sancionatorio, la LIA no puede ser vista solamente como una norma sancionadora. Es mucho más que eso. Además de su finalidad de reparar un posible daño y quitar de la esfera patrimonial del agente público ímprobo lo que le pudiera llegar por medios legalmente inexplicables, la anterior Ley de Improbidad Administrativa ejercía la función de proteger el servicio público de quienes atentaban contra la moralidad y los bienes públicos y prevenía el enriquecimiento ilícito (haya o no evidencia de daño al erario), fines que no representan solamente un castigo por conductas, sino la justa reparación de una situación antijurídica (una forma de recuperar lo que muy probablemente ha sido sacado ilícitamente desde las arcas públicas) y la búsqueda por la prevención contra ataques a la efectividad de los principios (explícitos e implícitos) que rigen la buena Administración, en los términos del art. 37, *caput* y § 4º, de la CFB, en particular la probidad y la transparencia.

Por ello, por la vía judicial del control de constitucionalidad/convencionalidad se podría propugnar por la inconstitucionalidad/inconvencionalidad de las disposiciones que vedan la aplicación total de los instrumentos procesales civiles y que impliquen en una labor imposible la producción probatoria por parte de la fiscalía, como lo es la prohibición a la distribución dinámica de la carga de la prueba y la exigencia de probar el dolo específico, disposiciones que no se ajustan a los fines de la LIA, que, como se ha mencionado, no se limitan a meras sanciones de los actos de improbidad. Asimismo, aunque consideradas pesadas, las sanciones que allí existen son aplicadas en el ámbito judicial civil y no se

²³⁰ “Artículo 65. Aplicación de la Convención 1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas que sean necesarias, incluidas medidas legislativas y administrativas, para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones con arreglo a la presente Convención. 2. Cada Estado Parte podrá adoptar medidas más estrictas o severas que las previstas en la presente Convención a fin de prevenir y combatir la corrupción”. Conf. NU/UN. Naciones Unidas. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción**. Op. cit.

²³¹ ZIESEMER, Henrique da Rosa; PINHEIRO, Igor Pereira. Op. cit. p. 34.

prestan para limitar el *status libertatis*, hechos que, sumados a la necesidad de efectiva protección a la transparencia y probidad administrativa y la prohibición de retroceso en materia de lucha contra la corrupción, ya habrían de ser considerados suficientes para una decisión que, basada en la proporcionalidad, se declarase la inconstitucionalidad y la inconvencionalidad de tales disposiciones.

Además, se instaría a los órganos judiciales a no apenas debatir y trazar los límites entre los principios del DAS y del Derecho Penal (hasta los mismos límites del principio de presunción de inocencia y de la carga de prueba), como también a decidir los límites de aplicación de aquellos principios del DAS a la AIA, de modo que haya consonancia entre ellos y el principio de la supremacía del interés público, debate jurídico que podría enriquecer (y acelerar) las discusiones en torno de la criminalización del enriquecimiento ilícito.

CONCLUSIONES

De todo lo expuesto en las líneas de este Trabajo de Fin de Máster, me cumple apuntar algunas conclusiones:

1. El acto de improbidad administrativa autónomo de enriquecimiento ilícito redactado en el art. 9 °, inciso VII, de la anterior Ley de Improbidad Administrativa – LIA, reflejaba en Brasil la herramienta más cercana al que preconizan las Convenciones de Caracas y Mérida sobre el tema, ya que los dos instrumentos internacionales de combate a la corrupción instan a los Estados parte a tipificar como delito el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos cuando no pueda justificarlo.
2. En los mismísimos moldes de la CICC y CNUCC, para su configuración, el enriquecimiento ilícito como especie del género improbidad administrativa tan solo necesitaba que ocurriera un incremento significativo en el patrimonio del agente público sin origen en medios lícitos conocidos. A la fiscalía bastaba probar que dicho incremento hubiese ocurrido mientras el agente público ocupaba su cargo, sin señales de que provenía de su sueldo o de otras fuentes conocidas. Tampoco era necesario cualquier prueba de vinculación directa entre lo que lograrse acumular por medios inexplicables y su puesto de trabajo o mandato electivo, o de que de ello hubiese resultado perjuicio a los cofres públicos. En resumen, bastaba la simple voluntad y conciencia de que se estaba enriqueciendo sin medios legítimos.
3. En la sistemática anterior de la AIA, procedimiento judicial de cuño civil, si la fiscalía lograrse éxito en su labor de llevar al juicio los elementos mínimos de su encargo probatorio – el enriquecimiento del agente público por medios inexplicables en cuanto agente público -, al agente público le quedaba la tarea de presentar pruebas razonables de sus ganancias, todo ello en consonancia con las garantías procesales constitucionales del debido proceso legal y de la amplia defensa inherentes al estándar de análisis probatorio civil y la obligación legal que tiene todo agente público de rendir cuentas de su patrimonio anualmente.

4. Más que prevenir o sancionar un presunto ataque al dinero público, el enriquecimiento ilícito autónomo se prestaba a la protección de dos bienes jurídicos muy caros al mantenimiento de una buena Administración y, por consiguiente, de la democracia y a la defensa de los derechos humanos: la transparencia y la probidad administrativa, bienes jurídicos que también se los tienen por principios constitucionales que deberían demandar la máxima protección por parte de los poderes públicos y orientar toda y cualquier producción legislativa destinada a la actividad político-administrativa.
5. Aunque los principios constitucionales y los derechos fundamentales (y la ponderación que debe guiar su aplicabilidad por medio del principio de la proporcionalidad) deban servir de baliza a toda la actividad legislativa, los parlamentarios brasileños decidieron olvidar ello y, con la connivencia de la Presidencia de la República, desfiguraron la LIA y crearon disposiciones que tornaron letra muerta el enriquecimiento ilícito como ilícito de improbidad autónomo. Se le impusieron un régimen probatorio de estándares penal y procesal penal, porque así fue la interpretación que le dieron a la novedad legislativa que le impone a la Acción de Improbidad Administrativa la observancia de los principios del DAS, sumada a los demás cambios que le quitaron validez a la distribución de la carga de la prueba e imputaron a la fiscalía la carga de probar el dolo específico de dañar los cofres públicos. Todo ello representó la imposición de la aplicación de un garantismo sesgado y desproporcional al ámbito judicial civil en que se procesa la AIA – pues no se presta a la privación de libertad, sino a penas de carácter civil y político y a la recuperación de lo que se incorporó al patrimonio del agente público de manera presuntamente ilícita – , hecho que no encuentra apoyo ni en el mismísimo Derecho Penal, ya que en Brasil, tras la incorporación del decomiso ampliado, se le impone al acusado de un delito la presunción relativa de que todos sus bienes provienen de hechos delictivos.
6. La potestad sancionadora estatal debe encontrar límites independientemente del ámbito procesal en que se materialice. Sin embargo, estos límites deben guardar proporcionalidad con el nivel de restricción de los derechos fundamentales a que se propone la sanción (cuanto más dura la sanción, más incisivos deben ser los límites a la potestad estatal) y, al mismo tiempo, no pueden tornar deficiente la protección a los principios constitucionales y otros

derechos fundamentales, protección que es la función principal de la norma sancionadora. Aunque consideradas pesadas, las sanciones que allí existen son aplicadas en el ámbito judicial civil y no se prestan a limitar el *status libertatis*. De hecho, los cambios mencionados son más que desproporcionales, pues le impusieron límites a la LIA que simplemente derogaron el enriquecimiento ilícito por la vía interpretativa, hecho que representa una negativa de protección al principio de la supremacía del interés público y a los principios constitucionales/derechos fundamentales supraindividuales de la transparencia y la probidad administrativa, un retroceso en la lucha contra la corrupción que no encuentra permiso ni en la CFB y tampoco en las convenciones de Caracas y Mérida, convenciones que tienen fuerza supralegal en Brasil.

7. Es posible que la búsqueda por la aprobación de una ley de extinción de dominio puramente con base en estándares civiles pueda contornar el debate en torno de los derechos fundamentales involucrados con el proceso destinado a la aplicación de sanciones por parte del Estado y nos sirve como una excelente herramienta para la recuperación de activos. Sin embargo, creo que lo mejor de los caminos que he presentado (y lo más propenso a fructificar a corto plazo) es el camino del cuestionamiento judicial de la constitucionalidad y convencionalidad de los cambios citados, basado sumamente en la protección deficiente de los derechos fundamentales supraindividuales de la transparencia y la probidad administrativa y la prohibición del retroceso en la lucha contra la corrupción. Estoy seguro de que, si tales cuestionamientos fueren hechos de modo que demuestre de forma concisa (con base en los argumentos pragmáticos y jurídicos desarrollados a lo largo de este TFM) la pertinencia de la ponderación y relativización del derecho a la presunción de inocencia (derecho fundamental individual) frente a la necesidad de rescatar la protección a los derechos fundamentales supraindividuales citados supra, con base en el criterio de la proporcionalidad, se logrará anular las disposiciones que revocaron la posibilidad de sancionar el enriquecimiento ilícito como ilícito autónomo.
8. Es un hecho innegable que la sanción a los actos de corrupción no es la única vía posible, ya que se encuentra disponible un abanico de medidas puramente preventivas, como la adopción de mecanismos de rendición de cuentas y de

control de la transparencia de los actos de la Administración Pública. No obstante, no se puede prescindir de medios de coerción eficaces, exactamente para que se cumplan citadas medidas (coerción que también encierra un tono preventivo por desalentar el impulso de algunos), tampoco de medios destinados a la recuperación de los activos ya desviados. Y la herramienta que tornaba posible lograr ambas finalidades era exactamente el combate al enriquecimiento ilícito inculcado en el art. 9 °, inciso VII, de la LIA, antes de su reforma.

9. Aunque yo no pueda afirmar aquí categóricamente su eficacia práctica (ya que esto demandaría un estudio de los juzgados sobre el tema, algo que podrá ser objeto de un futuro trabajo), como se ha dicho en otras líneas, el enriquecimiento ilícito cumplía con sus finalidades de manera eficaz, al menos en cuanto a la sencillez procesal implicada en la producción y análisis probatoria nunca antes refutadas por los tribunales superiores. Y es innegable que esto (y toda la LIA) molestaba a muchos, especialmente a los agentes políticos, hasta el punto de intentar dificultar su alcance, cuando quisieron extender el fuero especial de prerrogativa de función previsto en la Constitución Federal en relación con las infracciones penales comunes a la AIA²³², y que quitaran eficacia por completo al enriquecimiento ilícito autónomo, entre otros retrocesos, por medio del nuevo ataque perpetrado en la forma de la Ley n ° 14.230/2021.

El objetivo último de este TFM fue llamar la atención para el desmonte y el retroceso legislativo en materia de combate a la corrupción por lo que pasa Brasil en estos momentos con la desfiguración que le impusieron a la Ley de Improbidad Administrativa, para el cual he utilizado como ejemplo la derogación del ilícito civil del género improbidad conocido como enriquecimiento ilícito, apenas una de las pérdidas sufridas, sin embargo, en mi opinión, una de las más nefastas. Ello representa una afronta no solamente a la CFB, sino a las convenciones de Mérida y Caracas, de las que Brasil es signatario, pues, además del retroceso ya citado, deja de cumplir totalmente con la sanción al enriquecimiento ilícito en los términos de cómo ha sido configurado en ambas las convenciones.

²³² Véase nota al pie 129.

Por todo ello y para que no quede una brecha a nuevos desmantelamientos en nuestro arsenal anticorrupción, como respuesta a la clase política de Brasil, es imperativo que cancelemos los errores legislativos que se han señalado. El camino jurídico de la retomada herramienta que nos fue quitada está establecido. Nos queda hacernos dignos del título de ciudadanos que ostentamos, transformar nuestra indignación en acción y encontrar la voluntad política para caminarlo.

BIBLIOGRAFIA

Proyectos de ley, leyes y jurisprudencia:

ARGENTINA. Información Legislativa. **Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado)**. Disponible en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>. Acceso en 20 de junio de 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Proposta de Emenda à Constituição. **PEC 5/2021**. Disponible en <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2275537>. Acceso en 20 de junio de 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Projetos de Lei e Outras Proposições. **Projeto de Lei 5586/2005**. Disponible en <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/292771>. Acceso en 20 de junio de 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Projetos de Lei e Outras Proposições. **Projeto de Lei 246/2015**. Disponible en <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/946166>. Acceso en 20 de junio de 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa. Projetos de Lei e Outras Proposições. **Projeto de Lei 3855/2019**. Disponible en <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2080604>. Acceso en 20 de junio de 2022.

BRASIL. Estado do Paraná. Tribunal de Justiça do Paraná – AI: 13696878 PR 1369687-8. “*Desembargador*” relator: Leonel Cunha. Juzgado en: 11/08/2015, 5ª “Câmara Cível”. Fecha de publicación: 21/08/2015. Disponible en <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11973265/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1369687-8>. Acceso en 20 de junio de 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Federal n° 8.429 de 02 de junho de 1992**. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acceso en 20 de junio de 2022.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Federal n ° 14.230 de 25 de outubro de 2021**. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14230.htm#art1. Acceso en 20 de junio de 2022.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acceso en 20 de junio de 2022.

BRASIL. Senado Federal. Atividade Legislativa. Projetos e Matérias. **Projeto de Lei do Senado 35/2015**. Disponible en <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119722>. Acceso en 20 de junio de 2022.

BRASIL. Senado Federal. Atividade Legislativa. Projetos e Matérias. **Projeto de Lei do Senado 257/2015**. Disponible en <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120990?o=d>. Acceso en 20 de junio de 2022.

BRASIL. Senado Federal. Atividade Legislativa. Projetos e Matérias. **Projeto de Lei do Senado 236/2012**. Disponible en <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acceso en 20 de junio de 2022.

BRASIL. Senado Federal. Atividade Legislativa. Projetos e Matérias. **Projeto de Lei do Senado 327/2016**. Disponible en <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126821>. Acceso en 20 de junio de 2022.

BRASIL. Senado Federal. Atividade Legislativa. Projetos e Matérias. **Projeto de Lei do Senado 35/2015**. Disponible en <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119722>. Acceso en 20 de junio de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - MS 12536 DF 2007/2481-4 (Sentencia), Relatora: Laurita Vaz, Fecha de Sentencia: 28/05/2008, Sección Tercera, Fecha de Publicación: 26/09/2008. Disponible en https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3129768&num_registro=200700024814&data=20080926&tipo=5&formato=PDF. Acceso en 20 de junio de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – ADI 2.797-DF 000.4565-07.2002.0.01.000. Min. Relator: Sepúlveda Pertence. Juzgado el: 15/09/2005. Tribunal Pleno. Disponible en <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur7226/false>. Acceso en 20 de junio de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Pet-AgR 3240-DF. Min. Relator: Teori Zavaskci. Juzgado el: 10/05/2018. Tribunal Pleno. Disponible en <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur389052/false>. Acceso en 20 de junio de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - RE 349.703-RS. Min. Relator: Carlos Britto. Juzgado el: 03/12/2008. Tribunal Pleno. Disponible en <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur87952/false>. Acceso en 20 de junio de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - ADI: 7.042 MC / DF - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Ministro relator: Alexandre de Moraes. Juzgado en: 17/02/2022 Fecha de publicación: 21/02/2022. Disponible en <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1278034/false>. Acceso en 20 de junio de 2022.

CHILE. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Ley Chile. **Código Penal**. Disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984&idVersion=2022-04-09&idParte=>. Acceso en 20 de junio de 2022.

REPUBLIQUE FRANÇAISE. Légifrance. **Code Pénal**. Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070719/>. Acceso en 20 de junio de 2022.

Producción textual general y doctrinal:

ANDRADE, Landolfo. (29/04/2021). **A evolução desproporcional do patrimônio do agente público e a questão do ônus probatório no domínio da improbidade administrativa.** GenJurídico. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <http://genjuridico.com.br/2021/04/29/patrimonio-do-agente-publico/>.

ANDREASSA, Luiz. (13/07/2020). **O que é o Centrão e qual é o seu papel na política brasileira.** Politize! Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://www.politize.com.br/o-que-e-o-centrao/>.

ANDREU-GUZMÁN, Federico *et al.* **Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario.** 2^a ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

BÄCHTOLD, Felipe. (27/12/2021). **Congresso e STF esvaziam Lava Jato; entenda mudanças em leis anticorrupção.** Folha de São Paulo. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/12/congresso-e-stf-esvaziaram-lava-jato-entenda-mudancas-em-leis-anticorruptao.shtml>.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Manual de Processo Administrativo Disciplinar.** Brasília: Corregedoria-Geral da União, 2021. Disponible en https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/64869/9/Manual_PAD_2021_1.pdf. Acceso en 20 de junio de 2022.

BRASIL. Estado do Paraná. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção ao Patrimônio Público e à Ordem Tributária. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos. **NOTA TÉCNICA CONJUNTA N° 01/2022.** Disponible en https://patrimoniopublico.mppr.mp.br/arquivos/File/Alteracoes_da_LIA/Nota_Tecnica_Conjunta_CAOPs_01-221.pdf. Acceso en 20 de junio de 2022.

BRASIL. Governo Federal. Ministério da Justiça e Segurança Pública. (02/05/2014). **Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA).**

Institucional. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla>.

BRASIL. Ministério Público Federal. **10 Medidas contra a Corrupção**. Apresentação. Histórico. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/historico>.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. 5ª Câmara de Coordenação e Revisão – Combate à Corrupção. Comissão de Assessoramento Permanente em Leniência e Colaboração Premiada. **NOTA TÉCNICA Nº 01/2021 – 5ª CCR Aplicação da Lei nº 8.429/1992, com as alterações da Lei nº 14.230/2021**. Disponible en http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NTOrientao_12.2021.pdf. Acceso en 20 de junio de 2022.

BRASIL. Senado Federal. Redação. (26/06/219). **Plenário aprova medidas contra corrupção com punição para abuso**. Senado Notícias. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/06/26/plenario-aprova-medidas-contracorrupcao-com-punicao-para-abuso>.

CAMBI, Eduardo Augusto. **Distribuição dinâmica do ônus da prova na ação civil pública por improbidade administrativa**. *Revista da AJURIS*, v. 48, n° 150, p. 59-84, 2021. Disponible en www.ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/1140. Acceso en 20 de junio de 2022.

CAPARRÓS, Eduardo A. Fabian. **Blanqueo de capitales, enriquecimiento ilícito y decomiso de bienes. Debate sobre la presunción de inocencia**. In: LOPEZ, Fernando Rodríguez; GARCÍA, Nicolás Rodríguez. *Corrupción y desarrollo*. 1ª ed. Madrid: Tirant Lo Blanch, 2017.

CALGARO, Fernanda. (30/11/2016). **Câmara retira seis propostas do MPF e desconfigura pacote anticorrupção**. Globo.com. G1. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://g1.globo.com/politica/noticia/2016/11/camara-dos-deputados-conclui-votacao-de-medidas-contracorrupcao.html>.

CALETTI, Leandro. **O controle difuso da convencionalidade e os direitos humanos no Brasil**. In: *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, n° 64, p. 189-2014, jul/dic 2016. Disponible en <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/4759/revista-64-2web.pdf>. Acceso en 20 de junio de 2022.

CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. (27/11/2018). **Ação civil de extinção de domínio: o confisco alheio ao âmbito penal**. Consultor Penal. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://consultorpenal.com.br/a-acao-civil-de-extincao-de-dominio/>. Acceso en 20 de junio de 2022.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. **Derecho Penal: concepto y principios constitucionales**. 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CASTRO, Aldemario Araújo. (02/2022). **Improbidade administrativa por enriquecimento ilícito depois da edição da Lei n° 14.230/2021**. JusBrasil. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://jus.com.br/artigos/96316/improbidade-administrativa-por-enriquecimento-ilicito-depois-da-edicao-da-lei-n-14-230-2021>.

CORDERO, Isidoro Blanco. **Comiso ampliado y presunción de inocencia**. In: *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal*. Granada: Comares, 2008.

COSTA, Pedro Jorge do Nascimento (23/06/2016). **Pelo MP: o crime de enriquecimento ilícito. A compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro**. Jota. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://www.jota.info/justica/pelo-mp-o-crime-de-enriquecimento-ilicito-23022016>.

DELGADO, Jorge Augusto. **Improbidade Administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa**. *STJ – Publicação institucional*, 2002. Disponible en www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/informativo/article/view/404. Acceso en 20 de junio de 2022.

DELGADO, Juana del Carpio. **El delito de enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional**. *Iustel: Revista General de Derecho Penal*, n° 23, may. 2015.

Disponível em www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=8&numero=23. Acesso em 20 de junho de 2022.

DIAS, Ana Beatriz. **Controle de convencionalidade: da compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos**. In: *Cadernos estratégicos: análise estratégica dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos* / Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Coordenação Geral de Programas Institucionais, Centro de Estudos Jurídicos - CEJUR. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2018. Disponível em <http://cejur.rj.def.br/uploads/arquivos/b2009a1a72a742d48483fc2f80e3a585.pdf>. Acesso em 20 de junho de 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DORNBIERER, Andrew. **Enriquecimiento ilícito: una guía sobre las leyes que abordan los activos de procedencia inexplicable**. Basilea: Basel Institute on Governance, 2021. Disponível em: <https://learn.baselgovernance.org/course/view.php?id=65&lang=es> (versión en español de la introducción y primera parte). Acesso em 20 de junho de 2022.

DORNBIERER, Andrew. **Illicit Enrichment: A Guide to Laws Targeting Unexplained Wealth**. Basel: Basel Institute on Governance, 2021. Disponível em illicitenrichment.baselgovernance.org. Acesso em 20 de junho de 2022.

ECHE, Luís Mauro Lindenmeyer. (09/12/2021). **O Direito Administrativo Sancionador e a falta de simetria com o Direito Penal**. Consultor Jurídico – CONJUR. Recuperado em 20 de junho de 2022 de <https://www.conjur.com.br/2021-dez-09/luis-eche-direito-administrativo-sancionador-direito-penal>.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA DOS SANTOS, Fernando. (11/01/2022). **A esfinge do Direito Administrativo Sancionador como metanorma**. Consultor Jurídico – CONJUR.

Recuperado el 20 de junio de 2022 de https://www.conjur.com.br/2022-jan-11/fernando-santos-esfinge-direito-administrativo-sancionador#_ftnref.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 33^a ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GARCÍA, Alejandro Nieto. **Derecho administrativo sancionador**. 4^a ed. Madrid: Tecnos, 2005.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRECO, Luís. (03/12/2015). **Reflexões provisórias sobre o crime de enriquecimento ilícito**. Boletim do IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) n^o 277, dic. 2015. Disponible en <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/exibir/389>. Acceso en 20 de junio de 2022.

GONZÁLEZ RUS, Juan José. **Bien jurídico y Constitución**. Madrid: Mach, Serie Univ. 201, s. f.

LANÇA, Daniel. (24/01/2021). **Por que as novas medidas contra a corrupção não avançam no Congresso?** Veja. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://veja.abril.com.br/coluna/matheus-leitao/por-que-as-novas-medidas-contr-a-corrupcao-nao-avancam-no-congresso/>.

LIMA, Ricardo Alves de; DIAS JUNIOR, Eteócles Brito Mendonça. **Indicativos ou Mandados Constitucionais de Criminalização**. *Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito*, v. 2, n^o 1, p. 176-207, nov. 2020. Disponible en <https://revistas.pucsp.br/index.php/fid/article/view/176>. Acceso en 20 de junio de 2022.

LIMA, Vinicius de Melo. **Das medidas patrimoniais na persecução ao crime de lavagem de dinheiro**. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 1, n^o 71, p. 201-234, ene./abr. 2012. Disponible en http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo_/arquivo_1342125789.pdf. Acceso en 20 de junio de 2022.

LEAL, Rogério Gesta; SCHNEIDER, Yuri. **Os efeitos deletérios da corrupção em face dos direitos humanos e fundamentais.** *Revista da AJURIS*, v. 41, n.º 136, p. 415-435, dic. 2014.

LÓPEZ, Fernando Rodríguez. **Conflictos entre proporcionalidad y eficacia en el Derecho Sancionador.** In: MÉNDEZ-REÁTEGUI, Rúben. *Derecho, enfoques y métodos: una retrospectiva.* Quito: Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica de Ecuador, 2016, p. 149-167. Recuperado el 20 de junio de 2022 de https://www.researchgate.net/publication/309764580_Conflictos_entre_proporcionalidad_y_eficacia_en_el_Derecho_sancionador. Acceso en 20 de junio de 2022.

LÓPEZ, Mercedes Fernández. **Las presunciones en el proceso penal. Análisis a propósito del delito de enriquecimiento ilícito.** In: MELLADO, José M^a Asencio; LÓPEZ, Mercedes Fernández. *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia.* 1^a ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017.

LORA, Alejandro Huergo. **Problemas actuales de derecho administrativo sancionador.** Madrid: Iustel, 2018.

LUZ, Denise. **Direito administrativo sancionador judicializado: improbidade administrativa e devido processo – aproximações e distanciamentos do direito penal.** Curitiba: Juruá, 2014.

MARTINS, Tiago do Carmo. **Improbidade administrativa: análise da Lei 8.429/92 à luz da doutrina e a jurisprudência.** Curitiba: Alteridade, 2022.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional.** 8^a ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MENDES, Guilherme. (10/01/2021). **Nova Lei de Improbidade deve livrar Lira de processos na Justiça.** Congresso em Foco. UOL. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/justica/nova-lei-de-improbidade-deve-livrar-lira-de-processos-na-justica/>.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A teoria dos Mandados de Criminalização e o Combate Efetivo à Corrupção**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*. v. 5, p. 43-68, nov. 2014. Disponible en https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/issue/view/10. Acceso en 20 de junio de 2022.

MUGNATTO, Silvia. (08/08/2018). **Entidades apresentam novo pacote com 70 medidas de combate à corrupção**. Agência Câmara de Notícias. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://www.camara.leg.br/noticias/543111-entidades-apresentam-novo-pacote-com-70-medidas-de-combate-a-corrupcao/>.

MURIEL-PATINO, María Victoria. **Aproximación macroeconómica al fenómeno de la corrupción**. In: GALGO PECO *et al.* *Prevención y represión de la corrupción en el Estado de Decreto*. Santiago: Legal Chile, 2005. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/344720543_Aproximacion_macroeconomica_al_fenomeno_de_la_corrupcion. Acceso en 20 de junio de 2022.

MUZILA, Lindy *et al.* **Dispuestos a Recibir Sobornos. Penalizando el Enriquecimiento Ilícito para Luchar contra la Corrupción**. Serie Recuperación de Activos Robados (StAR). Banco Mundial. UNDOC. Washington, DC: World Bank, 2012. Disponible en https://star.worldbank.org/sites/default/files/on_the_take_spanish_web.pdf. Acceso en 20 de junio de 2022.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NETO, Eurico Bitencourt. **Improbidade administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: DelRey, 2005.

NIETO, Rafael Pérez; DÍAZ-PORTALES, Manuel José Baeza. **Principios del Derecho Administrativo Sancionador**. Vol. 1. Madrid: Lerko Print, 2008.

NU/UN. Naciones Unidas. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción**. Nueva York, 2004. Disponible en www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Convencion_de las NU contra la Corrupcion.pdf. Acceso en 20 de junio de 2022.

NU/UN. Naciones Unidas. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. **Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción**. 2^a ed. Nueva York: Naciones Unidas, 2012. Disponible en https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Corrupcion/Guia_legislativa.pdf. Acceso en 20 de junio de 2022.

NU/UN. Naciones Unidas. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. **Ley Modelo sobre Extinción de Dominio**. Disponible en https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf. Acceso en 20 de junio de 2022.

NU/UN. Naciones Unidas. Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. **The global programe against corruption. Anti-corruption toolkit**. 2º ed. Viena: Naciones Unidas, 2004. Disponible en https://www.unodc.org/documents/corruption/Toolkit_ed2.pdf. Acceso en 20 de junio de 2022.

OEA/OAS. Organización de los Estados Americanos. **Carta Democrática Interamericana**. Disponible en https://www.oas.org/es/centro_informacion/default.asp. Acceso en 20 de junio de 2022.

OEA/OAS. Organización de los Estados Americanos. Departamento de Derecho Internacional. **Convención Interamericana contra la Corrupción, Estado de Firma y Ratificaciones**. Disponible en https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericano_B58_contra_Corrupcion_firmas.asp. Acceso en 20 de junio de 2022.

OEA/OAS. Organización de los Estados Americanos. Departamento de Derecho Internacional. **Convención Interamericana contra la Corrupción**. Disponible en https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corrupcion.asp. Acceso en 20 de junio de 2022.

OEA/OAS. Organización de los Estados Americanos. CIDH - Comisión Interamericana de Derechos Humanos. **Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos**, 2019. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CorrupcionDDHHES.pdf>. Acceso en 20 de junio de 2022.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades**. *Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, v. 22, n° 120, p. 83-126, mar.-abr. 2020. Disponible en: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37901>. Acceso en 20 de junio de 2022.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo descomplicado**. Rio de Janeiro: Forense Método, 2021, p. 203.

PICHLER, Pablo Andrés Rojas. **El delito de enriquecimiento ilícito y su proyección en los convenios internacionales sobre corrupción**. *Revista Penal México*, Ciudad de México, n° 7, p. 217-240, feb. 2015. Disponible en <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/203>. Acceso en 20 de junio de 2022.

PRADO, Francisco Octávio de Almeida. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PUIG, Santiago Mir. **Derecho Penal. Parte General**. 8ª ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. **O combate internacional à corrupção e a lei da improbidade**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite *et al.* *Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

RONCAL, Cecilia Alexandra Pezo. **El bien jurídico específico en el delito de Enriquecimiento Ilícito**. Lima, 2015 (Maestría con mención en Derecho Penal). Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible en <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5824>. Acceso en 20 de junio de 2022.

SANTOS, Roberto Lima. (30/10/2012). **Direito fundamental à probidade administrativa e as convenções internacionais de combate à corrupção**. Revista de Doutrina TRF4. Recuperado el 20 de junio de 2022 de https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Roberto_Santos.html.

SARLET, Ingo Wolfgang. (10/04/2015). **Controle de Convencionalidade dos Tratados Internacionais**. Conjur. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais>.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito administrativo esquematizado**, 2^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SUSANO, Helena. **Criminalização do Enriquecimento Ilícito (dentro dos limites da CRP)**. *Julgar on line*, Lisboa, feb. 2013. Disponible en <http://julgar.pt/da-criminalizacao-do-enriquecimento-ilicito-dentro/>. Acceso en 20 de junio de 2022.

Transparência Internacional Brasil. **Índice de Percepção da Corrupção 2021**, enero de 2022, p. 8-10. Disponible en <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>. Acceso en 20 de junio de 2022.

Transparência Internacional Brasil. **Retrospectiva Brasil 2021**, enero 2022, p. 50. Disponible en <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/retrospectiva-brasil-2021>. Acceso en 20 de junio de 2022.

Unidos contra a corrupção. **Medida 16: ação de extinção de domínio**. Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://web.unidoscontraacorrupcao.org.br/novas-medidas/acao-de-extincao-de-dominio/>.

Unidos contra a corrupção. **Medida 23: criminalização do enriquecimento ilícito dos agentes públicos.** Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://web.unidoscontraacorrupcao.org.br/novas-medidas/criminalizacao-do-enriquecimento-ilicito-de-agentes-publicos/>.

Unidos contra a corrupção. **Quem Somos.** Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://web.unidoscontraacorrupcao.org.br/quem-somos/>.

VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil: justificação, interpretação e aplicação.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

World Justice Program. **WPJ Rule of Law Index, Brazil.** Recuperado el 20 de junio de 2022 de <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/Brazil>.

ZAMALLOA DO PRADO, Fabiana Lemes. **A distribuição dinâmica do ônus da prova na Ação de Improbidade Administrativa.** *O Ministério Público na Defesa da Probidade Administrativa*, p. 46-75, 2019. Disponible en <https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/250-revistas/11866-o-ministerio-publico-na-defesa-da-probidade-administrativa>. Acceso en 20 de junio de 2022.

ZIESEMER, Henrique da Rosa; PINHEIRO, Igor Pereira. **Nova Lei de Improbidade Administrativa comentada.** Leme: Mizuno, 2022.