

## LA TRANSPARENCIA COMO PRESUPUESTO DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN BRASIL\*

### *TRANSPARENCY AS AN ASSUMPTION IN THE COMBAT AGAINST CORRUPTION IN PUBLIC BIDDINGS IN BRAZIL*

Carlos Eduardo GONÇALVES DE GODOI\*\*

**RESUMEN:** La corrupción es un fenómeno inherente a la naturaleza social humana y se manifiesta en la sociedad de diversas maneras. Produce efectos muy negativos sobre varias áreas de importancia y su manifestación más popular es la que ocurre en el sector público, especialmente en la contratación pública. La transparencia tiene un rol muy importante en este ámbito. Se inserta como uno de los pilares de la concepción de gobierno abierto; orienta la reformulación de las administraciones públicas para garantizar la rendición de cuentas que, a su vez, abre margen para la participación ciudadana en los asuntos públicos. Sin duda, la transparencia amenaza las prácticas corruptas que buscan desviar los procedimientos de contratación pública, a través del control de la ciudadanía sobre la actividad pública. Lo anterior, sin depreciar otros mecanismos en conjunto.

**Palabras clave:** contratación pública, corrupción, participación ciudadana, transparencia.

**ABSTRACT:** Corruption is a phenomenon inherent to human social nature and it manifests itself in different ways. It produces major negative effects over many important areas, being the most popular the one that occurs in the public sector, especially in public bidding procedures. Transparency has an important role in this field: inserted as one of the cornerstones of the open government's conception, it orients the reformulation of Public Administrations to guarantee accountability which, in turn, makes way to popular participation in public affairs. Undoubtedly, through citizens' control over the public activity, transparency endangers the persistence of corrupt practices seeking to violate public bidding procedures. The foregoing, without neglecting other mechanisms altogether.

**Keywords:** Public Bidding, Corruption, Popular Participation, Transparency.

---

\* Artículo recibido el 3 de noviembre de 2017 y aceptado para su publicación el 7 de febrero de 2019.

\*\* ORCID: 0000-0002-6567-2655. Posgrado *lato sensu* en Gestión de Negocios por la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais; licenciado en Derecho por la Universidad Federal de Juiz de Fora; licenciado en Administración por el Instituto Metodista Granbery. Correo electrónico: [carlosgodoi@me.com](mailto:carlosgodoi@me.com).

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El marco del gobierno abierto y su manifestación en la normativa brasileña*. III. *La corrupción en la contratación pública en Brasil*. IV. *La transparencia como herramienta de combate a la corrupción en Brasil*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

La corrupción es un fenómeno humano íntimamente relacionado con las sociedades, habiendo teorías dedicadas a su comprensión desde los principios de la comunidad griega, con énfasis sobre su manifestación en el sesgo político, destacando las teorías políticas sobre la corrupción de Aristóteles y Polibio. Lo que todas las teorías sobre la corrupción guardan en común es que ninguna encontró una definición basta y unívoca para dicho fenómeno debido a su complejidad y naturaleza mutable en constante seguimiento de la dinámica humana, pero este estudio se orienta por la concepción que le concibe como un conflicto de agencia en que existe un quiebre de la relación de confianza por actitud del agente a quien se ha confiado el ejercicio de determinados poderes con margen de discrecionalidad en contra de los intereses y las preferencias del principal en favor de un tercero a cambio de una recompensa.

Mientras la corrupción ocurra en diversos sectores de la sociedad, y por eso permite distintas aproximaciones, esta producción restringe su campo de investigación al ámbito de lo público, porque su objeto es el análisis de la corrupción en el seno de las contrataciones públicas, donde ocurre la mayor parte de los hechos delictivos. Por esa razón, el combate a la corrupción en el sector público, especialmente en el ámbito de la contratación pública, es importante objeto de preocupación por parte de las administraciones públicas, sobre todo, por estímulo de los organismos internacionales y la academia con sus diversos estudios sobre el tema.

Entre las diversas herramientas y estrategias disponibles a la administración pública para combatir la corrupción en los procedimientos de contratación pública, hay consenso entre los expertos que la transparencia, la participación y la colaboración de la ciudadanía, las cuales son presupuestas de la concepción de gobierno abierto, propagado por diversos organismos internacionales, consisten en importante medida a ser patrocinada por las democracias de derecho, mientras no sean suficientes para el

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

combate a la corrupción, sino que deben ser asociadas a otros mecanismos igualmente importantes.

El presente artículo busca construir un panorama acerca de la trayectoria de garantía de la transparencia, como un derecho subjetivo de los ciudadanos y los esfuerzos intentados por los organismos internacionales y su internalización en el plan jurídico e institucional brasileño. En seguida, se hace un estudio acerca de cómo la corrupción se manifiesta en el ámbito de la contratación pública, identificando los diversos tipos de fraudes y el tratamiento conferido por el ordenamiento jurídico brasileño. Al final, se dedica a comprender cómo la transparencia puede consistir en una herramienta efectiva de lucha contra la corrupción en el sector público.

La metodología de investigación adoptada en el presente trabajo se basa en un análisis exploratorio acerca de las producciones doctrinarias sobre el tema y un análisis descriptivo sobre cómo las teorías se aplican en el plan fáctico en la realidad normativo-política brasileña. Al respecto del delineamiento de la investigación, ésta se desarrolla a través de investigación bibliográfica en las publicaciones tradicionalmente reconocidas y las recientemente producidas, así como la investigación documental en las producciones legislativas domésticas y tratados internacionales sobre el tema de la transparencia y corrupción.

La tesis planteada en este artículo busca responder las siguientes cuestiones: ¿de qué forma la transparencia es acogida por el ordenamiento jurídico brasileño?, ¿cómo la corrupción se manifiesta en el ámbito de la contratación pública?, ¿cómo el ordenamiento jurídico trata los fraudes contra la contratación pública?, ¿la transparencia ha alcanzado la adopción adecuada en plan doméstico?, ¿la transparencia tiene la capacidad de solucionar el problema de la corrupción en la contratación pública?

## II. EL MARCO DEL GOBIERNO ABIERTO Y SU MANIFESTACIÓN EN LA NORMATIVA BRASILEÑA

En los últimos años, tanto la doctrina jurídica como los organismos internacionales y las normativas domésticas han buscado fortalecer y estrechar los lazos entre las administraciones públicas y los ciudadanos a través de la profundización de los ideales de la transparencia pública, la participación popular y la colaboración ciudadana, mediante el intensivo uso de la tec-

nología, como medidas para luchar contra los conflictos de intereses, los favoritismos y la corrupción que asolan la actividad pública, sobre todo en la contratación pública.

Tal como será planteado más adelante, los procedimientos de contratación pública son objetos muy frecuentes de conspiraciones de corrupción, envolviendo a particulares y agentes públicos con poder decisorio sobre el proceso de compras públicas, siendo aún más evidente donde existen amplios márgenes de discrecionalidad y elevado volumen de recursos económicos en juego, lo que es la combinación más atrayente para los actos de corrupción (Filgueiras y Melo, 2011: 353-354).

La corrupción es un fenómeno complejo por su propia naturaleza humana, lo que justifica las innumerables formas por las cuales se puede manifestar en el ambiente social, razón por la cual el campo científico posee aproximaciones diversas, buscando explicarla y, sobre todo, definirla, sea en el sesgo político, social, psicológico, jurídico o económico; observar los estudios de la escuela económica orientados por la teoría de la elección racional con los conceptos de Susan Rose-Ackerman (1996: 3) y de Pranab Bardhan (1997: 1320-1346); los estudios basados en la teoría de la modernización por Samuel Huntington (1975) y Joseph Nye (1967); y los estudios de la teoría de la cultura política de Ronald Inglehart (2009) y Robert Putnam (2006). Todas las tentativas de teorizar la corrupción y explicarla fallaron en encontrar una definición común, que sirviera a todas sus formas de manifestación en los diversos segmentos de la sociedad, por lo que todas son válidas y deben ser sopesadas de acuerdo con el escenario que se la concibe.

Entre los diversos conceptos de corrupción, por tratarse la discusión acerca de ésta, un examen de su manifestación en el ámbito de los procedimientos de contratación pública es que este trabajo aprovecha las bases de la teoría de la corrupción de gobernantes formulada por Rafael Bustos Gisbert (2007: 138) para comprenderla, la cual se vale del modelo agente-principal aplicado en el campo público para explicarla. Así que la corrupción es comprendida como “la violación de un contrato, en virtud del cual se produjo la transmisión del ejercicio de determinados poderes con un cierto margen de discrecionalidad por parte del agente que, contra los intereses y las preferencias de su principal, actúa a favor de un tercero de quien recibe una recompensa”.

Esta teoría originalmente tiene su campo de alcance restringido a las relaciones de elección de políticos en sistemas democráticos de gobierno, pero este trabajo entiende que es perfectamente posible ampliarlo para las

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

demás relaciones públicas y no sólo las de representación directa, sino también a las del servicio público, pues el funcionario público sirve a los ciudadanos orientándose por un interés/finalidad pública. Así que el agente es aquel que desempeña una función pública (por ejemplo, político o servidor público), el principal son los ciudadanos y el contrato está constituido por la relación de representación política o de servicio público basado en la Constitución y en las leyes, por lo que el desvío de ese interés por parte del agente configura la corrupción.

Es verdad que la corrupción ocurre con más frecuencia en el sector público porque los desvíos en éste son más comentados debido al carácter público de las informaciones y procedimientos administrativos que lo integran, pero no se limita a este sector, sino que también alcanza al privado que, al revés, mientras sea campo para la práctica de actos corruptos, éstos son poco conocidos porque las actividades están bajo el manto del sigilo y del frágil control social inherentes a la naturaleza privada de estas relaciones. De las diversas formas por las cuales se puede realizar la corrupción en el sector público, tal como el tráfico de influencia y la prevaricación, por ejemplo, la que más sucede, el desvío de los agentes públicos, ocurre en el seno de las contrataciones públicas sea por medio de sobornos, propinas y otros mecanismos delictivos, en razón de tres importantes factores: 1) las instituciones públicas no desarrollaron lo suficiente para la formación moral de los agentes públicos, tampoco adoptaron mecanismos eficientes de control de la discrecionalidad del administrador público; 2) no se ha reglamentado lo suficiente el conflicto de intereses entre la iniciativa privada y la administración pública con el desarrollo de instrumentos jurídicos y administrativos, destinados a frenar la búsqueda de los empresarios por poder y conquista de mercados y prestigiar el interés público, y 3) la carencia de mecanismos de control perfeccionados, tanto externos del Legislativo sobre la administración pública, cuanto internos del propio Poder Ejecutivo, que tornaron la actividad pública más vulnerable (Albuquerque *et al.*, 2006: 5-13).

Frente al creciente reconocimiento de este panorama en los diversos tratados internacionales firmados por varios países en las últimas décadas, la academia siguió este movimiento y produjo diversos estudios buscando solucionar el problema de la improbidad en los procedimientos administrativos, especialmente lo relacionado al procedimiento de contratación pública.

En esta vertiente surge la concepción de “gobierno abierto”, también conocido como *open government*, que consiste en un conjunto de medidas direccionadas a potenciar el diálogo constante entre los ciudadanos y la administración pública, con el objetivo de que la población, tradicionalmente alejada de las decisiones de los gestores públicos, puedan conocer qué hacen y cómo lo hacen, así como, por otro lado, acercar el poder público de la ciudadanía para que puedan escucharlos y adaptar sus decisiones a las reales preferencias populares (Calderón y Lorenzo, 2010: 9-12).

Es conveniente aclarar que el gobierno abierto no significa un gobierno transparente, sino que la transparencia gubernamental es uno de sus tres pilares, al lado de la accesibilidad a la información pública y la participación ciudadana. Se puede decir que para que un gobierno y/o administración pública sea calificada como abierta es necesario que se contemplen las siguientes características: 1) transparencia: las acciones públicas y los individuos responsables de las mismas en el ejercicio de la función pública estén bajo el escrutinio público, debiendo informar de manera comprensible las informaciones públicas cuando sean requeridas y sujetas a la impugnación; 2) accesibilidad: los servicios públicos y la información sobre los mismos sean fácilmente accesibles por cualquier ciudadano, en cualquier momento y en cualquier lugar, y 3) el gobierno y/o administración pública sean capaces de conferir respuesta a las nuevas demandas, ideas y necesidades que presenta la ciudadanía y la oportunidad de que ésta participe en el proceso decisorio (Ramírez-Alujas, 2011: 109).

Importa señalar que la idea de gobierno abierto tiene una profunda relación con la noción de democracia, eso porque cada uno de los elementos que lo integran sólo se realizan cuando están bajo las garantías inherentes a los sistemas democráticos de gobierno, pues son derechos y prerrogativas conferidas a los ciudadanos porque son los detentores del poder y de la soberanía. La soberanía popular es lo que fundamenta el control de la administración pública por parte de la ciudadanía, por lo que el gobierno abierto no se realiza en regímenes políticos autocráticos u oligárquicos, donde el control de la máquina pública está en las manos de uno o de pocos. Incluso, el gobierno abierto es asociado a la profundización de la democracia, así lo afirma Enrique Conejero Paz (2014: 3):

Gobierno abierto y profundización de la democracia son dos caras de la misma moneda ya que las medidas para implementarlo constituyen una nueva forma de aproximarse a los ciudadanos, una revolución en la forma de utilizar

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

la información de las administraciones públicas o, incluso, una plataforma en la que los ciudadanos se convierten en los verdaderos protagonistas de la democracia.

La última década en Brasil ha sido marcada por una serie de conspiraciones de corrupción en el sector público, puestas al conocimiento de los ciudadanos debido a las investigaciones llevadas a cabo por la Policía Federal en conjunto con los otros órganos estatales, cuyos trabajos tomaron mayores proporciones gracias a las garantías fundamentales de la democracia, tal como la libertad de prensa y la transparencia pública, que, aunque ha sido importante para develar actos corruptos, involucrando miembros del gobierno, su desarrollo no ha impedido su desviación en favor de actos delictivos.

Uno de los casos más conocidos de corrupción en el seno de las contrataciones públicas ha sido protagonizado por el grupo empresarial brasileño contratista Odebrecht. La compañía brasileña se ocupaba de sobornar a los altos funcionarios gubernamentales relacionados con empresas estatales, con el objetivo de adjudicarles los principales contratos y ganar determinadas licitaciones con un porcentaje sobre el valor de los contratos. Los pagos eran en forma de soborno para los agentes públicos. La empresa pública en donde se han iniciado las primeras investigaciones de soborno en la Operación Lava Jato ha sido la empresa pública Petróleo Brasileiro S. A., más conocida como Petrobras, la cual ejerce el control mayoritario de la explotación de petróleo en territorio brasileño (Cabral de Vasconcelos, 2017: 9-12).

La publicidad de las informaciones obtenidas por las autoridades conducentes de las investigaciones de la Operación Lava Jato generó un sentimiento de impunidad y clamor por justicia entre los ciudadanos brasileños, estimulados aún más por la prensa independiente. Así las cosas, nuevos hechos delictivos han sido descubiertos debido a delaciones de ejecutivos y agentes públicos, y de los acuerdos de lenidad de las empresas involucradas, que dio a conocer una red de corrupción, que vinculó figuras públicas de varios países y proyectos en Latinoamérica, como en Perú, Colombia, Uruguay, Guatemala, Argentina, Ecuador, Venezuela, República Dominicana, México, Estados Unidos y Suiza.

Buscando hacer frente a los maleficios de la corrupción, que desvían al Estado de sus presupuestos, además de perjudicar toda su eficiencia, ya se

había introducido en Brasil, en la década de los setenta, el modelo administrativo burocrático en el que se basaba en la centralidad de las decisiones —ahora centrada en la jerarquía funcional—, por el profesionalismo, por la legalidad formal y por el control apriorístico del procedimiento administrativo, con la finalidad de sustituir la administración patriarcal y proteger al Estado de su corrupción (Costa, 2008: 832-838).

De acuerdo con la idea de gobierno abierto, este acercamiento entre la administración pública y la ciudadanía se realiza a través de la garantía de la efectividad de sus tres pilares, ya citados tempranamente, que son la transparencia, la participación y la colaboración ciudadana. Sin embargo, tales principios conductores de la actividad pública no se encuentran limitados a los papeles, sino que en los últimos años el gobierno abierto ha sido objeto de gran reconocimiento e impulso por parte de las administraciones públicas de varios países, pero ha conquistado mayor relevancia durante el gobierno de Barack Obama en los Estados Unidos, que adoptó en las primeras horas de su gobierno el Memorándum sobre Transparencia y Gobierno Abierto, en el que afirmó el compromiso de la administración en crear un nivel sin precedentes de apertura en el gobierno a través de un sistema que contempla los tres pilares ya mencionados (Ramírez-Alujas, 2011: 101).

Es importante señalar que, mientras la idea de gobierno abierto ha ganado gran relevancia en los últimos años, sobre todo por el impulso del gobierno estadounidense bajo la égida de Barack Obama, no se puede olvidar que su concepción no es reciente, pues remonta a la segunda mitad del siglo XX, con su primera mención de manera oficial ocurrida en el espacio político británico en la década de los setenta, aunque ya tenga antecedentes más antiguos a largo de la historia, como en el derecho de acceso a los archivos, que inicia en 1766 con la legislación sueca de libertad de prensa y con la Ley de Acceso a la Información Pública (*Freedom of Information Act-FOIA*) de 1966 en los Estados Unidos (Ramírez-Alujas, 2011: 67-101).

El uso intensivo de la tecnología para garantizar mayor efectividad a tales principios es un destaque de las manifestaciones del gobierno abierto en la práctica de las administraciones públicas de varios países, con especial mención a las tecnologías bajo la etiqueta de la *web 2.0*, también conocido como gobierno 2.0, en que la gestión pública se vale de la tecnología para aproximarse más a los ciudadanos y facilitar la comunicación, la escucha activa y la participación popular para que actúen de forma efectiva

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.



en el diseño de políticas y provisión de recursos públicos, en una red que ya es parte de la cotidianidad de las actuales generaciones (Martínez, 2016: 3).

Además de la comunicación entre la administración pública y la ciudadanía, a través del uso de las tecnologías 2.0, también hay un creciente movimiento hacia la apertura de los datos públicos, puestos a disposición de los ciudadanos en portales electrónicos que facilitan el libre acceso y favorece la reutilización de los datos públicos y estimula la participación y la colaboración. Esa transparencia de los datos públicos ha tenido fuerte influencia sobre el procedimiento de contratación pública, sobre todo debido al patrocinio de organismos internacionales, tales como el Banco Mundial y la OCDE.

En el plan normativo internacional, la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (UNCAC) se tornó en un marco en materia anticorrupción de gran amplitud y jurídicamente vinculante a los Estados miembros, previendo en su artículo 9o. que las naciones deben adoptar las medidas necesarias para luchar contra la corrupción en la contratación pública, y adoptar procedimientos adecuados con base en los principios de la transparencia y la competencia (Yunkins, 2007: 310). En este mismo sentido, la Convención Interamericana contra la Corrupción (IACAC) realiza en otro esfuerzo de cooperación internacional que, entre otras imposiciones de prevención y combate a la corrupción, en sus diversos ámbitos, demandó a los Estados en su artículo 3o., inciso III, que adopten procedimientos de contratación pública transparentes y eficientes, así como estimular la participación de la ciudadanía (Altamirano, 2007: 491).

Además de los tratados internacionales mencionados, el ámbito internacional aun dispone de otros instrumentos desarrollados con foco en las compras públicas abiertas, estimulando la incorporación de medios electrónicos en los procedimientos de contratación pública y la difusión de los datos para la ciudadanía, permitiendo que ella participe activamente de las licitaciones y ejerza un control del desempeño de la actividad contractual de las administraciones públicas, creando, por consecuencia, dificultades para la operación de conductas corruptas.

Los principios globales para las contrataciones abiertas de la Alianza para la Contratación Abierta es uno de los esfuerzos de organismos internacionales e instituciones no gubernamentales para hacer frente a la corrupción en la contratación pública a través del estímulo a la transparen-

cia proactiva y la participación y supervisión de los ciudadanos (Martínez, 2016: 4-5).

Buscando concretizar los ideales del gobierno abierto, el Estado brasileño asumió acuerdos internacionales en este sentido, y recientemente promulgó la Ley de Acceso a la Información Pública, la Ley 12.527/11, la cual establece la transparencia pública como un derecho de la ciudadanía, imponiendo a la administración pública el deber de responder a los pedidos de información pública formulados por la población, así como a divulgar proactivamente determinadas informaciones en sitios *web*, afectando, entre otros ámbitos, los procedimientos de contratación pública, como será planteado más adelante.

### 1. *Regulación, procedimientos y límites al derecho de acceso a la información pública en Brasil*

La Ley 12.527/11, también llamada de Ley de Acceso a la Información Pública, ha sido promulgada para reglamentar el derecho de acceso a la información pública garantizado en los artículos 5o., inciso XXXIII; 37, § 3o., inciso II, y 216, § 2o., de la Constitución de la República. Establece las restricciones constitucionales a tal derecho, creyendo que no se trata de un derecho absoluto, tal como será planteado en la próxima sección.

Teniendo en cuenta que el derecho de acceso a la información pública es elevado a un derecho de base constitucional y, por lo tanto, elegido como uno de los principios a ser observado por la administración pública, también conocido doctrinariamente como principio de publicidad, y que acompaña a otros como legalidad, moralidad, eficiencia e impersonalidad (Striquer, 2007: 67).

Dicha Ley busca conferir transparencia al Estado tal como lo preconiza la carta magna, garantizada a cualquier ciudadano o persona extranjera que se encuentre en territorio brasileño, según lo indica la Constitución y, por lo tanto, es un derecho fundamental. En Latinoamérica, en virtud de los compromisos internacionales, sobre todo la IACAC, otros países sudamericanos siguen el mismo camino de Brasil, promulgando legislaciones que garantizan el acceso a la información pública a la ciudadanía, como Perú con la Ley 27.806/03 y Chile con la Ley 20.285/08.

El derecho al acceso a la información pública es mirado inicialmente como un derecho subjetivo que, según el jurista alemán Georg Jellinek

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

(1910: 19), “es el poder de la voluntad humana que, protegido y reconocido por el ordenamiento jurídico, tiene por objeto un bien o interés”. De acuerdo con esta premisa inicial, la transparencia es un bien o un interés protegido por el poder de la voluntad perteneciente al individuo, pero esta voluntad es introducida como un medio de realización y defensa del interés; es decir, la voluntad es un elemento servil del interés. Así, el jurista alemán modifica su concepción original para concebir la idea de un derecho público subjetivo en el que se pone el énfasis en la fuerza jurídica puesta al servicio de ese interés, por lo que la transparencia, como un derecho público subjetivo, consiste en un poder de la voluntad dirigido a satisfacer un interés protegido por la ley.

Además de ser un derecho perteneciente a toda persona individualmente, también es un instrumento jurídico de control de la actuación estatal, pues permite a su titular obligar, judicialmente, al Estado a ejecutar su deber (Duarte, 2004: 113). En este sentido, el acceso a la información pública es protegido por el ordenamiento jurídico como un derecho de cada ciudadano, que, por esa razón, puede exigir el cumplimiento de dicho derecho frente al Estado, en virtud del bien jurídico de la efectividad de la democracia.

El artículo 8o. de la Ley de Acceso a la Información Pública determina expresamente el deber que tienen las administraciones públicas para divulgar los documentos de contratación pública, incluyendo el resultado del procedimiento y el contrato firmado, en sitio *web*, de acuerdo con la concepción de informatización de los procedimientos administrativos previstos de la *web 2.0* ya mencionada.

De hecho, tal dispositivo legal es un importante avance en la lucha contra la corrupción en la contratación pública, y garantía de la moralidad en las actividades administrativas, pues la obligatoriedad de publicar los documentos relativos a los procedimientos de contratación pública produce dos efectos considerables, que son: 1) la mayor publicidad de los actos públicos y la facilidad del control del procedimiento administrativo por parte de la ciudadanía, y 2) el mayor compromiso de la administración pública en mantener la legalidad y moralidad en los procedimientos, y así saber que es fiscalizada por los ciudadanos.

La información pública no es divulgada a los ciudadanos solamente mediante el requerimiento de éstos, según una lógica reactiva, sino que el artículo 7o. de dicho ordenamiento legal determina las hipótesis que la

administración pública está obligada a conferir publicidad a sus actos administrativos, llamado por la doctrina jurídica como publicidad activa. Ésta se da cuando la administración pública toma para sí la iniciativa de tornar la información pública a la ciudadanía, independientemente de que sea solicitada, teniendo como su principal canal la red mundial de computadoras (Castro, 2016: 9).

Tanto la Ley 12.527/11 como el Decreto 7.724/12 que lo reglamenta definen elementos que deben constar en los portales *web* de los órganos públicos como indicadores de transparencia activa. El artículo 8o. de la Ley de Acceso a la Información Pública establece el deber de la administración pública en promover, independientemente de requerimientos, la divulgación de informaciones de interés colectivo en un sitio de fácil acceso, que ha sido publicado en la red mundial de computadoras en virtud del artículo 7o. del mismo ordenamiento legal. El artículo 8o. aun prevé una serie de requisitos para la divulgación de las informaciones públicas, así como el decreto que lo reglamenta en el ámbito de la administración pública federal que detalla el dispositivo relativo a la publicidad activa, exponiendo cuáles son las informaciones que deben constar en las páginas *web* de los órganos públicos (Medleg, 2013: 430).

Tal como se verifica por la lectura de los mencionados dispositivos legales, la Ley de Acceso a la Información Pública aumenta la obligación de la administración pública en mantener la transparencia de sus actos, divulgándolos en sitio *web*, y en lo que se refiere a la contratación pública, no sólo la convocatoria pública debe ser divulgada, sino también el contrato firmado y el resultado de la contratación. La transparencia en la contratación pública contribuye para que los administradores observen más los principios de la publicidad y la moralidad; como consecuencia, se protege al principio de la competitividad que debe prevalecer en la disputa por el contrato público.

La no observación del requisito de publicidad de los documentos referentes al procedimiento de contratación pública resulta en violación al requisito de legalidad, que rige a las actividades administrativas, y torna todo el procedimiento nulo; es decir, que los actos administrativos en el ámbito del procedimiento de contratación pública no van a ser convalidados por nulidad absoluta (Santos, 2012). Sin embargo, es válido señalar que la propia Ley 12.527/11 prevé una hipótesis de excepción a la obligación de

publicidad activa, que se refiere a las administraciones públicas de los municipios con población hasta de 10 mil habitantes.

Por otro lado, dicha Ley también prevé el deber de la administración pública de recibir las solicitudes de acceso a la información pública por parte de la ciudadanía, que según la doctrina jurídica se trata de la publicidad pasiva. De acuerdo con el artículo 11 de la Ley 12.527/11, la administración pública tiene un plazo de veinte días, prorrogables hasta diez más, para contestar a las solicitudes de acceso a la información pública, cuando su ofrecimiento inmediato no es posible.

Sin embargo, el derecho de acceso a la información pública, protegido constitucionalmente como un derecho fundamental y reglamentado por el comentado ordenamiento legal, no es un derecho absoluto, sino que admite restricciones previstas en el ordenamiento jurídico nacional. El artículo 23 de la Ley de Acceso a la Información Pública prevé ocho hipótesis por las cuales la información pública recibe la clasificación de sigilosa y, por lo tanto, es permitido el acceso restringido. Dicha Ley establece un régimen de sigilo basado en tres grados, los cuales son “reservado”, “secreto” y “ultra secreto”, con un plazo máximo de restricción de 5, 15 y 25 años, respectivamente.

El artículo 24 prevé la restricción a la información pública por motivo de grado de confidencialidad especial, que se refiere a las informaciones que puedan poner en riesgo la seguridad del presidente y del vicepresidente de la República y sus respectivos cónyuges e hijos, y cuya confidencialidad prevalece hasta el fin de su último mandato electivo.

El artículo 24, § 5o., de la Ley 12.527/11 establece los criterios que deben ser observados por la administración pública para determinar el grado de sigilo de la información pública, que son: 1) la gravedad del riesgo o daño a la seguridad de la sociedad y del Estado, y 2) el plazo máximo de restricción de acceso o el evento que defina el término final. Las autoridades competentes para tal clasificación están dispuestas expresamente *numerus clausus* en el artículo 27 del indicado ordenamiento legal y varían de acuerdo con el grado de confidencialidad de la información pública (Condeixa, 2012: 3-4).

Además de las hipótesis de clasificación de sigilo, previstas en el artículo 23 de la Ley de Acceso a la Información Pública, el ordenamiento jurídico brasileño permite la restricción a este acceso, como las informaciones relativas a los datos de carácter personal, que incluso es contemplado por

el artículo 31, § 1o., inciso I, de dicho ordenamiento legal. La Ley en el artículo 7o., § 1o., aun prevé otra hipótesis de restricción al derecho de acceso a la información pública, que está relacionada con las informaciones relativas a los proyectos de investigación y desarrollo científico o tecnológico cuyo sigilo sea imprescindible a la seguridad de la sociedad y del Estado, lo que alcanza, por ejemplo, las informaciones que exponen secretos nucleares a terroristas, patentes de interés de la defensa nacional de que trata el artículo 75 de la Ley 9.279/96, entre otros.

Las restricciones previstas en los diplomas legales distintos de la Ley de Acceso a la Información Pública en la normativa brasileña están previstas en: *a)* el artículo 5o., inciso XII, de la Constitución Federal, referente al sigilo de las comunicaciones; *b)* el artículo 5o., incisos X y XII, de la Constitución Federal, referente al sigilo de los datos; *c)* el artículo 5o., inciso XIV, de la Constitución Federal, referente al sigilo de la fuente; *d)* los artículos 5o., inciso XXXVIII, letra b; 14; 52, incisos III, IV y XI; 55, § 2o.; 66, § 4o.; 119, inciso I; 120, § 1o., inciso I, y 130-A, § 3o., de la Constitución Federal, referentes al sigilo de las votaciones electorales; *e)* los artículos 154 del Código Penal y 230 del Código Penal Militar, referentes al sigilo profesional; *f)* los artículos 153 del Código Penal y 228 del Código Penal Militar, referentes al sigilo particular; *g)* el artículo 198 del Código Tributario Nacional, referente al sigilo fiscal; *h)* el artículo 9o. de la Ley 9.883/99, referente al sigilo de las actividades de la Agencia Brasileña de Inteligencia Nacional (ABIN); *i)* el artículo 195 de la Ley 9.279/96, referente al sigilo industrial; *j)* el artículo 18 de la Ley 7.492/86, referente al sigilo de operación y servicio prestado por institución financiera, y *k)* el artículo 3o., § 3o., de la Ley 8.666/93, referente al sigilo de la oferta presentada en procedimiento de contratación pública.

En el caso del sigilo de las ofertas presentadas en el procedimiento de contratación pública, si se trata de un sigilo temporal para garantizar la justa competencia, evitando que otro licitador solicite datos de la oferta de su competidor para ofrecer una propuesta más ventajosa en términos de precio o técnica. Todavía, superada la fase de evaluación y selección de la oferta, los datos se tornan públicos, incluso para permitir que un licitador pueda recurrir de la decisión de la administración pública que adjudicó un contrato público.

Sin embargo, el derecho de acceso a la información pública no siempre es respetado en el ámbito de la administración pública, aunque este

derecho esté reglamentado y garantizado por ley, lo que lleva a los ciudadanos a recurrir a los medios administrativos y judiciales disponibles para garantizar su derecho de acceso a la información pública, los cuales están previstos en la legislación y serán planteados en el ítem siguiente.

## *2. Instrumentos jurídicos e institucionales de garantía al derecho de acceso a la información pública en Brasil*

En los casos de publicidad pasiva en que la ciudadanía solicita a la administración pública el acceso a la información pública resguardado por ley, es posible que el órgano público rechace la solicitud, ya sea con base en una justificación basada en una interpretación de la norma, como por deliberado incumplimiento del deber. En esta hipótesis, el artículo 15 de la Ley 12.527/11 permite que el titular del derecho interponga un recurso en ámbito administrativo ante a la autoridad jerárquica superior al administrador público que ha negado la información, en el plazo de diez días.

En el ámbito del Poder Ejecutivo federal, el artículo 16 de dicha Ley aun prevé recurso a la Contraloría General de la Unión (CGU) como tercera instancia, y el § 3o. de tal dispositivo legal prevé la Comisión Mixta de Revaluación de Información como la cuarta instancia de recurso. En los casos de pedido de desclasificación de sigilo de la información pública, donde el ciudadano cuestiona la clasificación de confidencialidad de la información pública, además de las instancias ya mencionadas, hay una quinta instancia para interposición de recurso, que es el ministro de Estado del respectivo órgano.

Tratándose del Poder Judicial y del Ministerio Público, que también poseen actividades administrativas e incluso realizan procedimientos de contratación pública, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) y el Consejo Nacional del Ministerio Público (CNMP), ejercen la tercera instancia de recursos, respectivamente.

En el ámbito de los estados y municipios, la Ley de Acceso a la Información Pública deja a cada uno de los miembros de la Federación la competencia para reglamentar los procedimientos de recursos a la negativa de acceso a la información por parte de las administraciones públicas.

Las autoridades administrativas responsables por el juzgamiento de los recursos interpuestos por la ciudadanía, relativos a la negativa de acceso a la información pública por parte de la administración pública, son objeto

de críticas por parte de la academia brasileña debido al hecho de que estos órganos competentes, a ejemplo de la Comisión Mixta de Revaluación, son compuestos exclusivamente por miembros del gobierno, lo que compromete sus decisiones. Además, no hay información pública disponible sobre cuándo serán juzgados los recursos, tampoco existe un estatuto que disponga sobre los parámetros que orientan las decisiones de estas autoridades (Conectas Direitos Humanos, 2014).

Cabe señalar que la organización no gubernamental Conectas Derechos Humanos (CDH) emitió un informe sobre las experiencias obtenidas con las solicitudes públicas de acceso a la información hechas por la entidad ante la administración pública federal en 2014 (CDH, 2014), en cuanto que, por otro lado, la CGU también emitió, sobre el mismo período, un informe de la implementación de la Ley de Acceso a la Información Pública (CGU, 2015). El objetivo de la presentación de los datos divulgados por las dos entidades es contrastar los datos emanados por la administración pública y de un ente no afectado por conflictos de interés en demostrar resultados de transparencia.

De acuerdo con la CDH, solamente 22.2% de los 27 pedidos de acceso a la información pública realizados por la entidad han sido respondidos integralmente, en tanto que 25.9% estuvieron sin respuesta, y 7.4% de las solicitudes tuvieron negado el total acceso por las autoridades. De acuerdo con la CGU, 69% de las solicitudes recibidas han sido respondidas integralmente, en cuanto que 12.95% estuvieron sin respuesta, que, según la entidad, resulta por no tratarse de solicitud de información, o por tratarse de información inexistente, o porque el órgano no tiene competencia para responder, o porque la solicitud estuvo duplicada. De las 232,000 solicitudes de acceso a la información enviadas a los órganos públicos sometidos a la CGU, 10.55% han sido negados.

De acuerdo con un balance hecho por la organización no gubernamental Article 19 sobre los últimos cinco años de la entrada en vigor de la Ley de Acceso a la Información Pública, la implementación de la transparencia en las administraciones públicas brasileñas sigue un camino muy lento y no está en una situación ideal, pues aún no ha sido adoptado por la mayoría de los órganos y entidades públicas. Sin embargo, la entidad señala aspectos considerados urgentes acerca de la diseminación y aplicación de dicha Ley en las administraciones públicas, que son: a) hay una disparidad en el grado de efectividad de aplicación de la ley en los tres poderes en

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.



el ámbito federal, siendo aún más crítico en los estados y municipios; *b*) hay ausencia de sitios *web* especializados para la realización de solicitudes de información en algunas esferas y niveles de poder, así como no hay garantía de acceso *offline* a la información, lo que es un limitador del ejercicio del derecho; *c*) en todas las esferas de gobierno, en especial la estatal y municipal, hay imposición de exigencias excesivas relativas a la identificación del solicitante; *d*) aún hay baja publicidad activa de las informaciones públicas con calidad suficiente que viabilicen la participación popular efectiva; *e*) existen dudas e incoherencias en la divulgación del listado de documentos clasificados como sigilosos, y *f*) aunque las respuestas a las solicitudes han mejorado, la calidad e integralidad de las respuestas aún es crítica (Nóbrega, 2017: 8-9).

En términos de publicidad activa, hay una carencia en cuanto a referencias a la participación popular y al listado de documentos clasificados y desclasificados como sigilosos para permitir el conocimiento público acerca de las restricciones de acceso a la información pública. Con relación a la publicidad pasiva, las mayores dificultades se refieren a la calidad de las respuestas y la necesidad de un registro de los recursos.

Con relación a la actuación de las autoridades competentes para hacer cumplir las normas de la Ley de Acceso a la Información Pública, el estudio de Nóbrega (2017: 10-11) verificó que hay pocas informaciones centralizadas en los órganos de control acerca de los documentos que fueron desclasificados y de las solicitudes de desclasificación en el ámbito de los estados y municipios, así como respecto de los agentes públicos responsabilizados por conducta inadecuada a dicha Ley.

Actualmente no existe en Brasil un órgano autónomo destinado a promover y garantizar el acceso a la información pública en todos los niveles y esferas de gobierno, dejándose a cargo de la CGU la tarea de conducir la implementación de la transparencia en los órganos públicos del Poder Ejecutivo federal. Todavía, desde 2016 la CGU se tornó un Ministerio, lo que enflaquece el órgano de control, pues posee el mismo nivel de autonomía que los órganos que investiga, perjudicando no sólo la lucha contra la corrupción, sino también la promoción y garantía de la transparencia en la actividad administrativa.

La Comisión Mixta de Revaluación de las Informaciones es una autoridad con capacidad meramente resolutoria limitada a revisar la clasificación y prórroga de sigilo de informaciones públicas, no poseyendo capaci-

dad sancionadora, la cual pertenece a otras autoridades de acuerdo con el estatuto que rige al agente público infractor.

La negativa a proporcionar información pública solicitada en los términos de la Ley, el injustificado retraso a proporcionar la información o su ofrecimiento de forma incorrecta, incompleta o imprecisa, por dolo del agente público, configura un ilícito administrativo. El artículo 32 de la Ley 12.527/11 enumera una serie de conductas que resultan en responsabilidad administrativa al agente público que frustra el derecho de acceso a la información pública, considerado un acto que atenta contra la transparencia de la actividad pública.

En el caso de que la violación a dicha Ley sea cometida por un agente público militar, podrá resultar como transgresión disciplinar media o grave, de acuerdo con los estatutos de las fuerzas armadas, además de configurar improbidad administrativa. Para los agentes públicos civiles federales se aplicará sanción administrativa de acuerdo con el Estatuto de los Funcionarios Públicos Federales, con pena mínima aplicable de suspensión, siendo posible aun responder por improbidad administrativa.

En caso de que la infracción a la Ley de Acceso a la Información Pública haya sido practicada por una persona privada que, por fuerza de actividad pública ejercida o vínculo con la administración pública, tenga acceso a informaciones públicas, responde de acuerdo con el artículo 33 de la Ley, siendo posible suspender su derecho de contratar con la administración pública hasta por dos años o hasta que se rehabilite con la misma en caso de haber declaración de no idónea.

La crítica acerca de las autoridades sancionadoras de las conductas que violan la Ley de Acceso a la Información Pública por parte de los agentes públicos merece críticas a su debilidad al no establecer una autoridad independiente para aplicar las sanciones, sino que confiere este poder-deber a una comisión de jerarquía superior del mismo órgano que ha recusado la prestación de información, lo que abre margen al conflicto de intereses y la impunidad.

Mientras estos aspectos críticos de la legislación que buscan garantizar la transparencia en la actividad pública, hubo un gran avance en esta materia, especialmente por ser una herramienta muy importante para frenar la corrupción en la contratación pública en Brasil, cuyos casos descubiertos crecen vertiginosamente en la prensa nacional e internacional. Sin embargo, antes que se plantee sobre cómo la transparencia puede impactar en las

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

conductas corruptas en el ámbito de los procedimientos de contratación pública, es importante plantear sobre cómo la corrupción se manifiesta en este escenario, lo que será objeto del apartado siguiente.

### III. LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN BRASIL

Mientras los estudios históricos sobre la civilización humana consideren que el procedimiento de contratación pública se remonta a los inicios de la organización política de la sociedad como mecanismo utilizado para adquisición de los despojos de guerra y para realización de obras públicas, con un incipiente desarrollo y tímido abordaje en el derecho romano (Fernández, 2010: 212-213), su protagonismo y finalidad con que se le conoce actualmente se remonta a la génesis de la administración pública burócrata.

En el siglo XIX, durante la hegemonía del Estado liberal, surge la administración pública burócrata como respuesta a la antigua administración pública patrimonialista que buscaba mantener los beneficios socioeconómicos del clero y la nobleza, en un Estado absoluto donde prevalecía la figura monárquica como el centro de las decisiones político-administrativas, lo que abrió margen a la corrupción, favoritismo y nepotismo dentro de la administración pública (Bresser, 1996: 4).

Buscando hacer frente a tales maleficios que desviaban al Estado de sus presupuestos, además de perjudicar toda su eficiencia, fue que se introdujo, a través de la administración burócrata, la centralidad de las decisiones, ahora basada en la jerarquía funcional, por el profesionalismo, la legalidad formal y el control apriorístico del procedimiento administrativo con el objetivo de sustituir la administración patriarcal y proteger el Estado de su corrupción (Bresser, 1996: 5).

El modelo administrativo burocrático es la clásica concepción del funcionamiento del Estado basado en relaciones jerarquizadas de subordinación entre órganos y agentes, dirigida hacia una finalidad de mayor grado de intervención para reducir las desigualdades sociales y por eso ocupándose del desarrollo de diversas tareas, además del mínimo esencial. Con el aumento de la máquina pública, este modelo de administración se caracterizó por una autoridad basada no más en el nepotismo, sino en la legalidad; la competencia técnica empezó a ser el criterio de selección personal,

hubo un control de las finalidades de la administración y un énfasis mayor en los procedimientos (Mazza, 2011: 30-31).

En este momento, el procedimiento de contratación pública se tornó más evidente y ganaron las formas basillares por las que se le conoce actualmente. Sin embargo, el mayor énfasis en los procedimientos administrativos han sido objeto de críticas en cuanto a su engrosamiento y por ser demasiado prolijo, con el objetivo de luchar contra la corrupción y la ineficiencia que, al fin y al cabo, no se alcanzaban, pues la máquina pública permanecía sin la debida gerencia, y especialmente los procedimientos de contratación pública estaban llenos de vicios, brechas legales y mala calificación de los entes públicos (Vieira, 2006).

En este contexto, surge la administración gerencial para corregir tales problemas a través de una gestión más eficiente de los gastos públicos, uso de procedimientos más flexibles, descentralización administrativa y responsabilidad del gestor público, donde incluso el procedimiento de contratación pública sufrió cambios a costa de su mejoramiento efectivo, sobre todo en su direccionamiento hacia el control eficiente de los gastos en las compras y contrataciones (Secchi, 2009: 354).

El modelo administrativo gerencial, al revés del burocrático, buscó disminuir la máquina pública por medio de la reducción de las atribuciones del Estado para un mínimo esencial, como el ejercicio del poder de policía, las actividades legislativas y judiciales, y mínimamente algunos aspectos de asistencia social. El alcance de tal finalidad reposa sobre la descentralización política y administrativa, con una estructura organizacional compuesta de pocos niveles jerárquicos, mayor flexibilidad y control de resultados, al contrario del control de los procedimientos, permitiéndose la mayor participación y control democrático por la sociedad civil (Carvalho, 2009).

La mayor diferencia entre estos modelos administrativos con relación a la contratación pública es que en la administración burócrata el control se basa en los procedimientos; es decir, la forma como los actos administrativos son realizados está íntimamente conectada a la rigidez del sistema normativo; al paso que la administración gerencial tiene un control basado en los resultados de tales actos administrativos que, por consecuencia, permitió mayor flexibilidad en la utilización de los recursos que, por tal razón, estimuló una actuación cada vez más intensa de los órganos de fiscalización sobre la utilización de tales recursos en los procedimientos licitatorios.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

Mientras haya honrosos esfuerzos de modernización legislativa con el objetivo de frenar el avance de la corrupción en el seno de la contratación pública, se han producido muy pocos efectos prácticos, puesto que la corrupción en este sector continúa, cada vez más frecuente que en otras ramas de la actividad pública. Además de los motivos ya mencionados tempranamente, lo que alimenta esta condición en Brasil es que los fraudes en licitaciones son una herencia transmitida desde las administraciones imperiales, y por esta razón se ha ganado mucha experiencia para tornarlos cada vez más sofisticados. Se suma a eso el hecho de que poco se ha invertido para que los órganos de control y fiscalización fuesen dotados de inteligencia capaz de acompañar este desarrollo por parte de los criminales, así que la disparidad entre la agilidad de los defraudadores y las autoridades fiscales permite que éste sea un campo fértil para la práctica corrupta, mientras que en los últimos años las policías y las fiscalías brasileñas han descubierto muchos casos de fraudes de licitaciones (De Vasconcelos, 2005: 8-21).

Antes de profundizar el estudio de las licitaciones en Brasil, es necesario poner atención a una importante cuestión de orden que es respecto de la naturaleza jurídica de este instituto. La academia jurídica abunda en el debate sobre la materia, ahora concibiendo la oferta como un acto administrativo, y como un procedimiento administrativo, que la doctrina jurídica brasileña referencia como procedimiento y proceso administrativo, respectivamente. Esta observación es importante porque las palabras, mientras sean similares, tienen relación a conceptos distintos que pueden confundir al proceder a la lectura de los estudios en lenguaje hispano luso, pues

...los autores de lengua castellana ya emplean la palabra “procedimiento” en el sentido de proceso administrativo, ahora en el procedimiento administrativo propiamente dicho, lo que exige del lector la debida atención para hacer la distinción necesaria, ya que para nosotros proceso y procedimiento tienen un significado jurídico diverso (Meirelles, 1996: 139).

Respecto del acto administrativo, se han desarrollado muy diversos conceptos formulados con criterios diferentes, siendo posible separarlos en dos grandes grupos, a saber, los elaborados con un criterio orgánico y los planteados con un criterio material. El acto administrativo, según un criterio orgánico, también llamado subjetivo o formal, es aquel realizado

sólo por los órganos administrativos del poder público, excluyendo a los órganos judiciales y legislativos; al paso que el acto administrativo, según un criterio material, también llamado objetivo o sustancial, independientemente de la naturaleza del órgano que lo realiza, sino que importa la sustancia administrativa del acto, es decir, que su contenido sea producto de una actividad materialmente administrativa. El ordenamiento jurídico brasileño adopta la concepción del acto administrativo de acuerdo con el criterio material, pues sabemos que, incluso, los órganos jurisdiccionales y legislativos también realizan licitaciones que son actos administrativos no restringidos a los órganos puramente administrativos.

El acto administrativo puede ser concebido de acuerdo con un sentido lato o amplio, según el cual se considera como todo aquel que es realizado en ejercicio de la función de administración que produce efectos jurídicos (Gordillo, 1969: 40). Sin embargo, buscando una definición más significativa que evite excesivos fraccionamientos y permita la aplicación de mayor número de principios, se formuló la concepción orientada por un sentido restringido, que es la defendida por la mayoría de la academia brasileña, según el cual, el acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad de un órgano del poder público en ejercicio de la función administrativa, con efectos jurídico directos respecto de casos individuales específicos (Alessi, 1970: 249).

A su vez, la doctrina administrativa también considera el acto administrativo dentro de una sistematización articulada a una finalidad u objetivo común, tal como Héctor Jorge Escola (1984: 503) afirma al decir que "...comúnmente, para dictar un acto administrativo se requiere seguir un procedimiento, una serie de actos y condiciones, previamente establecidos, como vía que debe adoptarse para formar la voluntad administrativa y expresarla en un acto". Así que la ordenación y sistematización del ejercicio de las competencias y facultades de la administración pública consiste en el procedimiento administrativo definido como una serie de actos administrativos sucesivos que deben efectuarse para lograr un fin específico que no podrá alcanzarse si falta alguno o varios de ellos (Carnelutti, 1942: 243).

En el ordenamiento jurídico brasileño (el artículo 37, XXI, de la Constitución Federal y, por consecuencia, la Ley 8.666/93, que es la legislación a nivel federal que reglamenta la licitación en todas las administraciones públicas del territorio nacional) se adopta el entendimiento mayoritario de la academia brasileña que lo concibe como un proceso administrativo

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

(procedimiento administrativo), mientras otra parte de los estudiosos brasileños aún lo consideran como un procedimiento (acto administrativo). De hecho, se comprende el procedimiento administrativo como una fase o etapa procesal, siendo así un acto aislado sin principio, medio y fin, al revés del proceso administrativo que es compuesto de varios procedimientos interconectados por un objetivo común. Este es el caso de la licitación, cuya naturaleza jurídica es interpretada como una naturaleza jurídica procesal, compuesta de diversas fases o procedimientos administrativos (Bandeira de Mello, 1991: 346-347).

En Brasil, el procedimiento de contratación pública ha sido objeto de diversas transformaciones a lo largo de las últimas décadas, empezando con el Decreto 2.926/62, que reglamentó el procedimiento y fue complementado por diversas leyes posteriores, y sistematizado en el ámbito federal a través del Decreto-Ley 200/62 y extendido a las otras esferas de poder por medio de la Ley 545/68.

Aunque con las reformas administrativas operadas en el sesgo del procedimiento de contratación pública, operado por tales emanaciones legislativas, dicho procedimiento permanecía lleno de brechas legales, que abrió margen para varias interpretaciones, muchas de ellas de carácter subversivo, en un reflejo de la administración centralizadora y burócrata que dirigía el país durante el período de dictadura militar que llevó veinte años para ser derribado.

Con el advenimiento del proceso de democratización de Brasil, el procedimiento de contratación pública conquistó notoriedad con el Decreto-Ley 2.300/86 y sus siguientes actualizaciones en los Decretos-Ley 2.348/87 y 2.360/87 que establecerán, por primera vez, un estatuto legal con normas generales y específicas destinadas exclusivamente a la materia del procedimiento de contratación pública.

Con el vigor de la Constitución democrática brasileña de 1988, el procedimiento de contratación pública adquirió estatus de principio constitucional, inserto en el artículo 37, inciso XXI, de la carta magna, que posteriormente fue reglamentada por la Unión, por fuerza de lo dispuesto en el artículo 22, inciso XXVII, a través de la Ley 8.666/93, que ha sido un marco en materia legislativa referente al procedimiento de contratación pública en Brasil.

Toda la administración pública a nivel federal, regional y local, está sometida a la obligatoriedad de observancia de la legislación sobre lici-

tación para proceder a la compra de bienes o contratación de servicios, estando dispensadas de contratar según el procedimiento licitatorio en las hipótesis del artículo 24 de la Ley 8.666/93, y siendo inaplicable cuando se cumple lo dispuesto en el artículo 25 del mismo ordenamiento legal. Están sujetos a este procedimiento los órganos de la administración directa, los fondos sociales, las autarquías, las fundaciones públicas, las empresas públicas, las sociedades de economía mixta y demás entidades controladas directa o indirectamente por la Unión, estados, Distrito Federal y municipios, así como las corporaciones legislativas, el Poder Judicial y los tribunales de cuentas. Las contrataciones corren a cargo de cada entidad contratante de forma autónoma, respetándose, además de las normas federales, los reglamentos locales y las normas presupuestarias (Di Pietro, 2011: 329).

Aunque el advenimiento de dicha legislación tenga instituido diversas modalidades de procedimiento de contratación pública, que son la competición (artículo 22, I, § 1o. de la Ley 8.666/93), la tomada de precio (artículo 22, II, § 2o. de la Ley 8.666/93), el convite (artículo 22, III, § 3o. de la Ley 8.666/93), el concurso (artículo 22, IV, § 4o. de la Ley 8.666/93) y la subasta (artículo 22, VI, § 5o. de la Ley 8.666/93), los resquicios de la administración burócrata aún permanecieron presentes en el procedimiento a través de los plazos, análisis documental previo, recursos, entre otros requisitos legales que influenciaban en la celeridad del procedimiento. Buscando superar tal problema y conferir mayor celeridad al procedimiento de contratación pública, la Medida Provisoria 2.026/00 introdujo en el ordenamiento jurídico brasileño el pregón como nueva modalidad de contratación pública que, inicialmente se restringió al ámbito federal, posteriormente fue extendido a los estados y municipios por medio de la Ley 10.520/02.

La existencia de las tres primeras modalidades de licitación presentes en el artículo 22 de la Ley 8.666/93 (competición, tomada de precio y convite), componen una modalidad común, porque pueden ser utilizadas por cualquier tipo de contratación previsto en el artículo 45 de dicho ordenamiento legal, diferenciándose entre sí de acuerdo con la estructura de las fases de publicidad, habilitación y proposición. Por otro lado, las últimas modalidades de licitación presentes en el mismo dispositivo legal, el concurso y la subasta, componen modos especiales porque son destinadas a finalidades específicas previstas en la norma. Así que, entre las modali-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.



dades comunes, lo que determina la adopción de una u otra es el valor económico estimado para la contratación, siendo permitido a la administración la adopción de modalidad superior al valor económico aplicable debido a la complejidad del objeto de contratación; al paso que para las modalidades especiales la elección está basada en un criterio de finalidad.

La modalidad de pregón, prevista en legislación apartada, no posee límite de valor a ser contratado, pero es restringido a la adquisición de bienes o servicios comunes, entendidos como aquellos cuyos patrones de desempeño y calidad pueden ser objetivamente definidos en convocatoria, conforme a la disposición del párrafo único del artículo 1o. de la Ley 10.520/02. La gran innovación de tal modalidad es que una inversión de las fases de habilitación y análisis de las ofertas, la posibilidad de ofertas verbales y negociaciones de valores, simplificación y reducción del número de recursos y plazos, y la informatización de todo el procedimiento, permite que más ciudadanos puedan hacer ofertas y así aumentar la competencia. Hay que señalar que el rol constante en el artículo 22 de la Ley 8.666/93, por disposición del párrafo octavo, acumulativo con la modalidad de pregón, prevista en la Ley 10.520/02, no permite la combinación de las reglas procedimentales a modo de producir modalidades innovadoras para contratación.

Es importante destacar que las modalidades de licitación consisten en institutos jurídicos distintos de los tipos de licitación, como bien determinó el legislador brasileño. Los tipos de licitación están previstos en el artículo 45 de la Ley 8.666/93 y determinan los criterios de evaluación y elección de la mejor oferta por la administración pública. Los tres tipos básicos son menor precio, mejor técnica y técnica y precio, siendo las dos últimas aplicables a las situaciones especiales del artículo 46 que tienen relación con la contratación de servicios de naturaleza predominantemente intelectual. El cuarto tipo, que es el de mayor lance u oferta, es adoptado específicamente en los casos de venta de bienes o concesión del derecho real de uso.

En virtud de la Copa del Mundo de 2014 y de los Juegos Olímpicos de 2016, el gobierno brasileño buscó conferir mayor celeridad al procedimiento de contratación pública para la adquisición de bienes y servicios relacionados con estos dos eventos y las obras del Programa de Aceleración del Crecimiento, instituido por el Ejecutivo federal, por considerar que los actuales modelos previstos en las leyes 8.666/93 y 10.520/02 estaban alejadas de los preceptos de la administración pública gerencial, pues espe-

cialmente en la fase de evaluación y selección de ofertas, el procedimiento de contratación pública debería empezar con la verificación de documentos que permitían la presentación de recursos que al fin y al cabo retardaban el procedimiento (Heinen, 2013: 3).

Por esa razón, se instituyó a través de la Ley 12.462/11 el Régimen Diferenciado de Contratación (RDC) con el objeto de acortar el tiempo del procedimiento de contratación pública y el costo de los proyectos públicos por medio de una simplificación del modelo tradicional, donde se permite la inversión de la fase de habilitación del licitador y de evaluación y selección de oferta para que primero se evalúe la oferta y se establezca la fase de lances de menor precio para la administración pública, tal como una subasta inversa, y al final la habilitación del licitador, que es una fase más morosa (Heinen, 2013: 4-5).

Sin embargo, parte de la doctrina jurídica brasileña critica dicho ordenamiento legal, poniendo en duda incluso la constitucionalidad, afirmando que, enmascarado por los argumentos de la administración gerencial, el RDC confiere graves problemas a la igualdad y moralidad en la contratación pública de obras y servicios de ingeniería con la llamada contratación integrada, donde la administración pública entrega en las manos del licitador el proyecto básico de la construcción, es decir, las decisiones generales del método constructivo, los materiales y los planes de acción, entre otros, y deja a la administración pública solamente el encargo de hacer un sintético anteproyecto (Rezende, 2011: 45-46).

Lo que pasa es que tal aspecto impide que la administración pública ejerza el cotejo de las ofertas de forma objetiva debido a la falta de criterios objetivos de evaluación que posibilitan un amplio margen para manipulaciones subjetivas del procedimiento en la fase de adjudicación, además de dejar la dimensión de la construcción como dimensión política en las manos del particular, lo que sofoca el control estatal (Carvalho, 2009; véase también Soares *et al.*, 2016: 10). Felipe César Lapa Boselli (2013: 88) aun advierte para la posibilidad de que haya reducción en la calidad de la obra o servicio de ingeniería, pues, orientado por la lógica de reducción de los costos para mayor obtención de lucro en la actividad económica, el licitador, con conocimiento del valor total de la contratación puede realizar el proyecto básico con calidad inferior y aprovecharse de la debilidad de algunas administraciones públicas sin conocimiento técnico suficiente para hacer el anteproyecto.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

Otro aspecto criticado en dicha norma se refiere al alto grado de subjetividad conferida a la administración pública en poder evaluar las ofertas según el criterio de técnica y precio, pues la variable técnica permite que el agente público manipule fácilmente los resultados de las evaluaciones y ejerza juicios a favor de determinado licitador (Rezende, 2011: 33).

Se debe tener en cuenta que el propósito del procedimiento de contratación pública es evitar la transformación del patrimonio público en privado por impedir, a través de la imposición de reglas y procesos, que ocurra el direccionamiento de los recursos de acuerdo con el interés particular de los gestores públicos, garantizando, al fin y al cabo, la economía en costos para las arcas públicas y la igualdad de oportunidades para los particulares que desean contratar con la administración pública (Meirelles, 2009: 274).

Sin embargo, mientras la legislación contemple una serie de normas que tornan obligatoria la contratación pública con un procedimiento previo que garantiza no sólo la eficiencia, sino también la economía de los recursos públicos, y pone la administración pública dentro de los fines y preceptos constitucionales que dirigen el Estado, tal procedimiento aun es objeto de corrupción, razón por la cual existen innumerables demandas juzgadas y condenas por fraudes en la contratación pública, además de varias investigaciones en curso en las corregidoras y fiscalías del Estado respecto de este tema.

La legislación brasileña prevé los diversos tipos de fraudes contra los procedimientos de contratación pública y les atribuye sanciones de naturaleza jurídica penal, civil y administrativa, tanto para las personas físicas como para las personas jurídicas involucradas en los hechos de corrupción contra la administración pública. Sólo eso no impide que la corrupción en este sesgo acontezca, tal como será planteado adelante, necesitándose de otras medidas por parte del Estado, además de las normas de carácter punitivo, que especialmente con relación al presente trabajo, se propone la garantía de la transparencia, uno de los pilares de la concepción de gobierno abierto, tempranamente planteado como una de las medidas efectivas para luchar contra la corrupción en el procedimiento de contratación pública en Brasil.

### 1. *Fraudes operados en colusión entre licitadores*

Las conspiraciones de corrupción que involucran colusión entre licitadores tienen por objeto contornar los procedimientos legales que rigen la

contratación pública a través del uso de estrategias de acción fraudulentas para manipular las propuestas al largo proceso de formación del contrato público, creando un ambiente de falsa competencia y frustrando la moralidad pública y la confianza en la administración pública, en una notable lesión a las arcas públicas y a la competencia justa.

De acuerdo con la literatura estadounidense, la corrupción en la contratación pública, involucrando colusión entre licitadores, puede asumir, de forma general, cuatro tipos que utilizan lógicas distintas para alcanzar el objetivo de defraudar el procedimiento administrativo de contratación, los cuales son: 1) la contratación complementaria (*complementary bidding*); 2) la rotación de oferta (*bid rotation*); 3) la supresión de oferta (*bid suppression*), y 4) la división de mercado (*market division*) (Association of Certified Fraud Examiners [ACFE], 2013: 1408-1409).

El fraude de contratación complementario ocurre cuando los licitadores conspiran para seleccionar entre ellos quién será el vencedor del proceso de contratación pública; es decir, hay un acuerdo previo entre oferentes, sin la ciencia y consentimiento de la administración pública, para que las ofertas sean presentadas en la fase de selección del adjudicado de modo que uno de ellos obtenga el contrato público (U.S. Department of Justice, 2007: 2).

Dicho fraude se vale de la presentación de ofertas elevadas en precio o que, aunque sean competitivas en términos de precio, dejan de cumplir con las especificaciones del contrato o poseen condiciones que se sabe que no serán aceptadas por la administración pública.

La Fiscalía del Estado de Río Grande del Sur, a través de la Operación Capibara, descubrió una conspiración de fraudes contra 34 licitaciones promovidas por la administración pública de diversos municipios del estado a través de colusión entre los empresarios de la construcción civil que negociaban entre sí cuáles serían las empresas retiradas de la competición. Con cuantías determinadas con base en el precio presupuestado, las empresas involucradas en la conspiración corrupta frustraban el carácter competitivo de la licitación, ya sea por la ausencia, en la fase de apertura, de sobres u ofertando propuestas con valores superiores al de la empresa elegida por ellos como la vencedora (Ministerio Público del Estado de Río Grande del Sur, 2014).

El fraude de rotación de oferta consiste en el acuerdo entre dos o más licitadores para alternar al adjudicado seleccionado por la administración

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

pública en una lógica de rotación en que los licitadores reparten los contratos públicos, permitiendo que todos contraten con la administración pública a su turno (U.S. Department of Justice, 2007: 3).

La diferencia de este fraude con relación al de contratación complementaria consiste en que, en el primero, existe un acuerdo ilícito de ejecución continua que supone un lapso temporal consistente de mediano a largo plazo, en cuanto que el fraude de contratación complementaria considera el ilícito en, por lo menos, una contratación, lo que no asume necesariamente la necesidad de la continuidad del fraude en una multiplicidad de procesos de contratación, tal cual ocurre en el fraude de rotación de oferta.

En el fraude de rotación de oferta, los licitadores comparten informaciones sobre sus ofertas para garantizar que siempre uno de ellos obtenga un contrato con la administración pública. Además, dicho fraude puede acumular acuerdos entre el adjudicado seleccionado y los otros oferentes involucrados en el fraude para que sean subcontratados con el objeto de compensar la pérdida del contrato, a través de la formación de flujo de caja mientras espera su turno.

En 2016, el Grupo de Acción y Combate al Crimen Organizado (GAECO), a través de las investigaciones de la Operación Remora, develó una conspiración de fraude en licitaciones que abarcaban 23 obras de construcción y reforma de escuelas públicas del estado de Mato Grosso, ocurridas en 2015, en el cual, empresas de construcción civil, en reuniones cerradas, repartían las obras públicas. Las empresas corruptas evitaban la competencia por medio de frustraciones al proceso licitatorio, de modo que cada uno de los miembros del esquema ganara una licitación para obra pública en una lógica de rotación (Rodrigues y Morais, 2016).

La supresión de oferta es otro tipo de fraude que ocurre cuando una multiplicidad de licitadores acuerda que por los menos uno de ellos se abstenga del contrato público o retire su oferta ya sometida a la administración pública, con el objeto de garantizar que el competidor corrupto elegido sea el adjudicado seleccionado (Attorney General of the State of Connecticut [AGSC], 2009: 4).

Este fraude puede asumir formas más agresivas cuando existe la competencia con licitadores fuera de la conspiración corrupta, pues su participación por el contrato público puede crear banderas rojas relacionadas a la gran inflación de precios señalada por la discrepancia con la propuesta dentro de los valores de mercado que no lleva en consideración el costo del

soborno, así como otras sospechas de una probable relación estrecha entre competidores.

Por ese motivo, los oferentes tramposos pueden ofrecer un beneficio al licitador alejado del fraude para que se abstenga de presentar oferta o para que retire la oferta ya presentada. La agresividad de los licitadores corruptos ocurre en la hipótesis de negativa a tal propuesta por parte del oferente externo, lo que estimula a los licitadores corruptos a adoptar medidas más agresivas para neutralizar dicho competidor a través de la fabricación de protestas a su oferta o coacción a proveedores del sector de mercado, para que eviten relaciones comerciales con el licitador externo.

La Policía Civil del estado de Pernambuco coordinó la Operación Castillo de Fariña y develó un fraude contra licitación para suministro de meriendas para escuelas públicas del municipio de Ipojuca, a través de amenazas y coacciones por parte de tres representantes de la empresa Casa de Farinha S/A contra otros tres competidores, para que salieran de la competencia. Las conductas delictivas involucraron abatir un coche conducido por un empleado de una empresa competidora de camino a Ipojuca, así como la toma violenta de documentos de propuesta llevadas por un empleado de otra empresa competidora en la misma fecha de camino hacia dicho municipio, y una amenaza de muerte contra otro empleado de otro competidor (Tavares, 2018).

Otro tipo de fraude es el de división de mercado, el cual consiste en la repartición del mercado entre licitadores de determinada(s) administración(es) pública(s) según distintos criterios como son la zona geográfica o el segmento de mercado. Por medio de ese fraude, cada oferente obtiene exclusividad sobre parte de las contrataciones públicas de acuerdo con la lógica de división acordada entre los conspiradores (AGSC, 2009: 4).

Además, este fraude puede acumular otras estrategias corruptas, tal como la creación de “empresas fachada” para enmascarar el fraude y favorecer una falsa apariencia de competición. El uso de las empresas ficticias para defraudar los procedimientos de contratación pública aún puede disminuir las sospechas sobre la inflación de los precios de las ofertas, porque tales instrumentos son utilizados para presentar ofertas con precios aún más altos (ACFE, 2013: 1409).

En una de las más conocidas investigaciones de corrupción de la actualidad en Brasil, la Operación Lava Jato, descubrió un fraude de la licitación del Centro Administrativo del Distrito Federal, entre 2007 y 2014, a través

del esquema de división de mercado entre las empresas Odebrecht, Via Engenharia, Delta y Manchester, cuyo acuerdo firmado entre los licitadores fue que el consorcio formado por las dos últimas empresas se retiraran de la competencia, y en cambio participaran del 25% de la parte de operación y manutención de la obra pública, conforme delación de los antiguos ejecutivos de Odebrecht a la Fiscalía Federal (Rodrigues, 2017).

Los fraudes contra la contratación pública cometidos en colusión entre licitadores son dañinos para la administración pública, pues falsean todo el procedimiento diseñado para garantizar la equidad y la eficiencia de las relaciones económicas entre la administración pública y los agentes privados, quitando todos los beneficios de una justa y verdadera competencia dictada por las fuerzas económicas normales que, al fin y al cabo, genera un desequilibrio económico-financiero de los contratos públicos celebrados.

## 2. *Fraudes operados en colusión entre licitadores y agentes públicos*

Las conspiraciones de corrupción de las contrataciones públicas también se pueden realizar en colusión entre licitadores y los agentes públicos. El fraude se procesa a través de un *pactum sceleris* entre el licitador y el agente público con influencia sobre el procedimiento de contratación pública; es decir, un ajuste ilícito previo entre un agente público que se vale de su dominio sobre informaciones o decisiones en el procedimiento de contratación pública para colaborar con el oferente privado para que él sea el adjudicado seleccionado por la administración pública.

Es importante señalar que mientras pueda encontrarse con afirmaciones de que la corrupción en la contratación pública es hecha en colusión entre licitadores y administración pública, motivado por la concepción de personalidad jurídica única, por la cual se atribuye a la administración pública una unidad en el sentido de que, sin perjuicio de la competencia propia de sus distintos departamentos ministeriales y órganos, sus actos son atribuidos a la administración pública como una sola e indivisible institución (López, 1981: 62).

Tal concepción de personalidad jurídica única de la administración pública es adoptada pacíficamente en la doctrina jurídica española, en la cual se interpreta el artículo 1o. de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración como una declaración de que la administración del Estado,

constituida por sus órganos jerárquicamente ordenados, actúa para el cumplimiento de sus fines como una sola persona jurídica (Santamaria, 1981: 17). La doctrina jurídica brasileña acoge esta misma concepción a través del principio de la impersonalidad, por la cual los actos administrativos ejecutados por órganos y agentes públicos deben ser exclusivamente imputados a la administración pública por la cual se realizan, eliminando las características personales de quien las produce (Di Pietro, 2017: 65).

El uso de esta concepción jurídica para afirmar que el fraude contra la contratación pública puede ser realizado entre licitadores y la administración pública es un error técnico-jurídico, pues el ilícito de corrupción es practicado contra la administración pública a favor única y exclusivamente de los individuos implicados en el acuerdo ilícito. Recorriendo a la doctrina jurídica penal, la teoría general del crimen propone el concepto de sujeto pasivo a la administración pública en los crímenes de corrupción, pues es el ente público el que sufre los daños de la infracción penal (Bitencourt, 2011: 95).

La literatura estadounidense especializada apunta seis formas por las cuales se realiza el fraude en la contratación pública, involucrando la colusión entre licitadores y agentes públicos, los cuales son: 1) los esquemas de reconocimiento de necesidad (*need recognition schemes*); 2) la adecuación de oferta (*bid tailoring*); 3) la manipulación del certamen (*bid manipulation*); 4) la filtración de datos de oferta (*Leaking bid data*); 5) la división de oferta/contrato (*bid splitting*), y 6) los premios injustificados y otros métodos no competitivos (*unjustified sole source awards or other noncompetitive method of procurement tailor the bid*) (ACFE, 2013: 1615-1622).

El fraude de esquema de reconocimiento de necesidad ocurre en la fase de planeación del procedimiento de contratación pública, en el cual la administración pública fija las especificaciones y cantidades de los bienes y/o servicios que van a ser objeto de contrato. En tal fraude, el agente público con potestad discrecional sobre este proceso de la contratación reconoce la necesidad de adquisición de un bien en cantidad excesiva o innecesaria a favor de determinado licitador mediante el pago de soborno (U.S. Agency for International Development, 2010: 26).

La Operación Reboot, conducida por la Policía Federal, develó un esquema de fraude de licitación en la alcaldía de Marília, en el estado de São Paulo, donde fue comprado, con recursos federales del Ministerio de la Salud, equipamiento informático con sobreprecio. El fraude había sido ope-



rado entre un agente público responsable por la compra y la empresa Kao Sistemas de Telecomunicações Ltda, cuyo propietario es cuñado del servidor público. Las investigaciones constataron que el mismo equipo, con las mismas especificaciones técnicas, garantía y soporte, había sido comprado por la misma alcaldía en el mismo año por un precio elevado en más del doble de lo que había sido comprado previamente y que el practicado en el mercado (Cruz, 2018).

Por su parte, el fraude de adecuación de oferta ocurre en las fases de alcance y especificaciones del contrato del procedimiento de contratación pública, en el cual el agente público con toma de decisión sobre el proceso determina especificaciones que ponen a los competidores en desventaja con relación al licitador que le sobornó, confiriéndole una ventaja desleal que le permite ser el seleccionado por la administración pública (ACFE, 2013: 1617).

Dicho fraude puede manifestarse bajo diferentes modos, entre los cuales las tres formas más comunes reconocidas por la literatura especializada son: 1) la elaboración de especificaciones estrechas, aquí, el agente público corrupto adapta las especificaciones del contrato público de modo que acomoda las capacidades del licitador corrupto para ponerlo en ventaja competitiva frente a los demás licitadores; 2) la elaboración de especificaciones generales por parte del agente público corrupto, esto a través de la edición de los criterios de evaluación y selección del licitante adjudicado demasiado amplias para que el licitador en colusión sea el adjudicado seleccionado, que en condiciones normales no atendería las calificaciones regulares, y 3) la elaboración de especificaciones vagas por parte del agente público con el objeto de permitir cambios contractuales posteriores para elevar el precio del contrato (ACFE, 2013: 1617-1618).

La Fiscalía Federal, a través de la Operación Ghost-Writer, reveló una conspiración de fraude en dos licitaciones de compra de mobiliario ocurridas en la Universidad Federal de Juiz de Fora (UFJF), en ésta los agentes públicos responsables por la contratación frustraban su carácter competitivo por medio de cláusulas restrictivas en el concurso en favor de una determinada empresa, exigiendo certificaciones técnicas específicas que solamente este licitante corruptor podía presentar (Arbex, 2018).

El fraude de manipulación del concurso ocurrió en la fase de evaluación y selección del licitador adjudicado, donde el agente público con dominio decisorio, mediante el soborno, manipula el proceso para favorecer

a determinado licitador frente a los otros competidores a través de diversas maniobras, como emitir publicaciones oscuras o en días festivos, aceptar ofertas retrasadas, extender injustificadamente la fecha límite para la presentación de la oferta, liberar informaciones confidenciales del procedimiento al licitador corrupto y descalificar competidores por motivos impropios (ACFE, 2013: 1618).

En 2017, la Fiscalía del Estado de Bahía y la Contraloría General de la Unión, actuando en conjunto en la Operación Lateronis, develaron una conspiración de fraude en licitaciones públicas de varias ciudades del estado de Bahía, operada por políticos, empresarios y servidores públicos. El fraude consistió en realizar ofertas en días de punto facultativo con el objetivo de dificultar o impedir la participación de otros interesados en la contratación pública. Con eso, solamente los representantes de las cooperativas y las empresas involucradas en el fraude competían, resultando en un desvío de más de 45 millones de reales de las arcas públicas (Rede Bahia 2017).

En el fraude de filtración de datos de oferta, al contrario del agente público corrupto, se alteran las especificaciones del contrato público en la fase de planeación, él atenta contra el sigilo de las ofertas, durante el plazo de presentación de las ofertas por los licitadores, filtrando tales informaciones al oferente que le ha sobornado para favorecer que él diseñe su oferta en ventaja a los demás (ACFE, 2013: 1619-1620).

Otra forma de manejo de este tipo de fraude contra el procedimiento de contratación pública consiste en informar al licitador, mediante soborno, sobre la apertura del procedimiento de contratación pública con cierta antelación para que él diseñe su oferta con plazo mayor que los demás competidores que, además, tienen un plazo corto para la adecuada elaboración de sus ofertas (Piper, 2017: 53).

Por su parte, la Operación Pecúlio, conducida por la Policía Federal, en su octava fase bautizada de *Renitência*, develó una conspiración de fraude de licitación de contratación de emergencia, de alquiler de equipos de digitalización de imágenes para el Hospital Municipal de Foz do Iguaçu. En este esquema, el responsable por el sector de radiología informaba al propietario de una empresa licitante informaciones sobre las propuestas de los competidores para que éste diseñara su oferta y ganara la competición a cambio de un soborno (Wurmeister y Bernardi, 2018).

Los ordenamientos jurídicos nacionales, en general, acogen leyes sobre las contrataciones públicas que prevén distintas modalidades de procedimiento con el objeto de garantizar la mayor eficiencia de los actos administrativos de contratación pública. En determinadas modalidades de estos procedimientos la complejidad se ralentiza a un nivel que puede favorecer la conducción de maniobras fraudulentas por parte del agente público.

El escenario en que el agente público se puede encontrar favorecido por la flexibilidad de exigencias legales en determinadas modalidades de procedimientos, consiste en el contexto jurídico favorable para el fraude de división de oferta o contrato, en el cual un agente público reparte un proyecto en varios proyectos menores presupuestados en valores menores que permiten modalidades que relativizan las reglas legales, permitiéndose así evitar determinados requisitos y el escrutinio exigido para los contratos de alto precio, todo en favor del licitador corrupto (World Bank Group, 2009: 10-11).

La Fiscalía Federal en Tocantins denunció una conspiración de fraude de licitaciones para ampliación de dos escuelas infantiles de la ciudad de Palmas en 2008, involucrando las empresas Construtora Lago Azul Ltda y C&A Distribuidora de Materiais de Construção y agentes públicos de la alcaldía responsables por el procedimiento licitatorio. La alcaldía fraccionó el objeto de la contratación en dos licitaciones de menor valor para evitar la modalidad de toma de precios prevista en el artículo 23, inciso b, de la Ley núm. 8.666/93, y realizar el procedimiento de contratación por la modalidad de invitación, prevista en el artículo 22, § 3o., del mismo ordenamiento legal, pues tiene exigencias formales más suaves que la primera (Procuradoria da República no Tocantins, 2010).

El fraude del esquema de premios injustificados y otros métodos no competitivos se realiza en situaciones en que hay expresa excepción a la regla general de competencia en la contratación pública, ahí existe autorizada dispensa del procedimiento, sea en virtud del valor del contrato o de la naturaleza del negocio (ACFE, 2013: 1621-1622).

La Fiscalía Federal, a través de la Operación João de Barro, conducida por la Policía Federal, descubrió un fraude por dispensa de procedimiento licitatorio en la alcaldía de Cachoeiro de Itapemirim, en 2007. De acuerdo con la denuncia, el alcalde de entonces firmó un decreto, declarando situación de emergencia debido a las inundaciones causadas por las lluvias

y, por consiguiente, después de 119 días de la situación de emergencia, el procurador general emitió una opinión legal autorizando la contratación de las empresas Santos Mota Engenharia y Construtora e Incorporadora Araguaia para realizar obras públicas con dispensa de licitación con base en la justificativa de carácter de emergencia. Ocurre que los elementos técnicos necesarios para la contratación ya estaban estipulados desde un año antes, además de la planilla de precios de las empresas contratadas estaban con sobreprecio para cubrir el repase de soborno a los agentes públicos involucrados (Ministerio Público Federal, 2018).

En España, la posibilidad de ayuda en los contratos celebrados por la administración pública del procedimiento de contratación está consolidada en el artículo 4o. de la Ley de Contratos del Sector Público. En Brasil, la dispensa del procedimiento de contratación pública ocurre en las hipótesis previstas en los artículos 24 y 25 de la Ley sobre Licitaciones núm. 8.666/1993.

La dispensa o inexigibilidad del procedimiento de contratación pública permite que la administración pública contrate una fuente única sin competencia, confiriendo condiciones más favorables para manipular la contratación pública contra los principios de la contratación abierta, dirigida por el agente público mediante el pago de soborno por parte del licitador. Tal fraude también puede ocurrir con el incumplimiento al reglamento legal de la contratación pública.

Así como sucede con los fraudes operados en colisión entre licitadores, los fraudes perpetrados en colisión entre licitadores y agentes públicos dañan los presupuestos basilares de la concepción de contratación abierta, perjudicando la libre y justa competición y el equilibrio económico-financiero de los contratos públicos.

### *3. El tratamiento jurídico brasileño de los fraudes en la contratación pública*

Todos los fraudes en el procedimiento de contratación pública explicados previamente guardan en común la frustración del carácter competitivo de dicho procedimiento administrativo, pues el fraude, en todos los casos, burla en alguna fase del procedimiento de contratación pública su regular ejecución por conducta indebida de los particulares interesados en el objeto de la contratación pública con o sin el concurso de un agente público.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

Los casos de conspiraciones de corrupción, involucrando la colisión entre licitadores, son más complicados para ser identificados por las autoridades públicas competentes debido a su carácter más oscuro y lejano a la esfera pública, incluso cuando las banderas rojas de estos fraudes se hacen más evidentes, volviéndose más probable el ser descubiertos y la persecución de estos ilícitos. Para eso, es fundamental que la administración pública posea un programa de integridad pública que permita el control de la legalidad del procedimiento de contratación pública, así como la adopción de medidas de transparencia pública para el control, tanto por la fiscalía como por los propios ciudadanos.

Los fraudes operados en colisión entre licitadores son realizados, en general, en la fase de adjudicación y presentación de las proposiciones, donde los licitadores tienen acceso a la publicación oficial de apertura del procedimiento de contratación pública con el alcance y las especificaciones del contrato público y así puedan conspirar contra su legalidad.

Los fraudes operados en colisión entre licitador y agente público son realizados en distintas fases del procedimiento de contratación pública, siendo el fraude de esquemas de reconocimiento de necesidad el que se ejecuta en la fase preparatoria o de planeación; los fraudes de adecuación de oferta y de división de oferta se hacen en la fase de redacción del pliego, donde existe el establecimiento de criterios y prescripciones técnicas de adjudicación, así como la elección del procedimiento y forma de la adjudicación; los fraudes de manipulación de oferta y filtración de datos de oferta ocurren en la fase de adjudicación o de evaluación y selección del licitador.

Especialmente, el fraude de premios injustificados y otros métodos no competitivos no ocurre en ninguna fase del procedimiento de contratación pública, pues tiene por objeto la no realización del propio procedimiento, valiéndose o no de las inexigibilidades previstas en ley.

La legislación brasileña prevé consecuencias legales de orden penal, civil y administrativo tanto a las personas físicas como jurídicas involucradas en tales conspiraciones de corrupción contra el regular procedimiento de contratación pública. En los fraudes operados en colisión entre licitadores no hay configuración del crimen de corrupción, pues en el ordenamiento jurídico penal brasileño no se reconoce aún la corrupción en el sector privado; sin embargo, los individuos privados pueden responder por el crimen de impedimento, perturbación o fraude de competición previsto en los artículos 93 y 95 de la Ley 8.666/93.

En los fraudes operados en colusión entre licitador y agente público, hay conminación de sanción de naturaleza penal por la comisión del crimen de corrupción activa prevista en el artículo 333 del Código Penal, por parte del licitador, y del crimen de corrupción pasiva prevista en el artículo 317 del Código Penal, por parte del agente público.

Una cuestión que es polémica en la doctrina jurídica brasileña consiste en el concurso material entre los crímenes de los artículos 93 y 95 de la Ley 8.666/93 y del artículo 333 del Código Penal, practicados por el licitador en colusión con el agente público. Parte de la doctrina, propuesta por Paulo José da Costa Junior (2004: 26), se posiciona en sentido de que el ilícito de corrupción activa del artículo 333 del Código Penal, absorbe los ilícitos previstos en la Ley de Licitaciones, por ser un ilícito más grave. En este mismo sentido Vicente Greco Filho (2007: 76) afirma que los ilícitos previstos en los artículos 93 y 95 la Ley 8.666/93 son absorbidos por el crimen de corrupción activa, pues el bien jurídico es el mismo, aunque expresados en distintos grados de moralidad y probidad administrativa.

Por el contrario, la otra parte de la doctrina jurídica brasileña, propuesta por Sandro Luiz Nunes (2009: 3), no está de acuerdo con tal posicionamiento, afirmando que, la corrupción activa no es el medio necesario para obtener el resultado del ilícito penal de los artículos 93 y 95 de la Ley de Licitaciones, sino el de defraudar el carácter competitivo del procedimiento de contratación pública, lo que no permite la absorción de tales ilícitos por el crimen del artículo 333 del Código Penal, sino que debe existir el concurso material y la suma de la sanción por los ilícitos cometidos.

El último posicionamiento doctrinario planteado es corroborado por la jurisprudencia brasileña, que cree que los ilícitos en cuestión buscan proteger bienes jurídicos distintos, donde el crimen de corrupción activa protege la moral administrativa de la administración pública y el propio agente público, en cuanto que el ilícito de fraude contra la contratación pública busca proteger solamente el servicio público, como se desprende de la lectura de la Sentencia del Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región:

Enquanto no crime de corrupção ativa protege-se a moral administrativa do Serviço Público e do próprio servidor, no crime de frustrar concorrência protege-se tão somente o serviço público e os concorrentes —o servidor público não é atingido diretamente pelo ato de frustração da concorrência... O crime de corrupção ativa não faz parte da linha causal do crime de frustração

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

de concorrência, que poderia ser realizado com ajuste entre os concorrentes, fraudes, mas sem atingir com vantagens indevidas os servidores envolvidos no certame licitatório. Ao fazer oferta de vantagem para frustrar a concorrência, o que se aperfeiçoa, vem a praticar o réu duplo crime: de corrupção ativa e de frustração da concorrência (TRF4, Apelação Criminal, 2002.04.01.004954-7, Sétima Turma, Relator Nêfi Cordeiro, D.E. 11/07/2007).

Aun tratándose de tramas de corrupción realizadas en colusión entre licitadores, el fraude de supresión de oferta, cuando adquiere formas más agresivas para alejar un licitador del procedimiento de contratación, puede resultar en el ilícito penal previsto en el artículo 95 de la Ley 8.666/93. El *caput* del dispositivo legal prevé la sanción a los licitadores que utilizan la violencia, la grave amenaza o el ofrecimiento de ventaja de cualquier tipo a otro particular para que se aleje del procedimiento de contratación pública, mientras que el párrafo único dispone de la aplicación de la misma sanción penal al licitador que se aleje del procedimiento administrativo por aceptar la ventaja indebida.

En las conspiraciones de corrupción entre licitadores y agentes públicos hay el fraude específico llamado por la doctrina estadounidense como “fraude de esquema de premios injustificados y otros métodos no competitivos”, donde el agente público, en el uso de su potestad, dispensa el procedimiento de contratación pública dentro o fuera de las hipótesis previstas en la ley.

La normativa brasileña prevé la sanción penal a los agentes públicos que, en el uso de sus atribuciones, dispensa, o no exige, el procedimiento de contratación pública fuera de las hipótesis legales o que dejan de observar tales formalidades, como está dispuesto en el artículo 89 de la Ley 8.666/93, consubstanciando sanción al licitador que se vea beneficiado con la dispensa ilegal. Todavía, cuando la dispensa o ilegitimidad es adoptada en conformidad con la ley como fruto de un fraccionamiento del contrato para oscurecer un favorecimiento indebido a un licitador, se torna más difícil su detección, pues es más complejo probar el elemento subjetivo de dolo de los individuos implicados en el ilícito, así como los delincuentes no responden por dicho dispositivo legal, ya que el fraude ha sido cometido de conformidad con la ley.

La doctrina destacada por Fernando Capez (2007: 188) comprende que en tal caso hay atipicidad penal, no aplicándose el artículo 89 de la Ley de

Licitaciones, por cuanto existe una causa justificadora dentro de los preceptos legales, aunque no describa los hechos criminosos y sea irregular desde el punto de vista formal, no habrá crimen por perseguir, pero solamente una irregularidad formal lleva a penas de orden administrativo.

El presente artículo disiente de la posición anterior, pues hay solamente una apariencia de legalidad, por cuanto no hay legalidad material, pues la motivación que deben conformar todos los actos administrativos, según los artículos 2o., inciso VII, y el 50, inciso IV, de la Ley 9.784/99, está viciada, ya que los hechos y fundamentos explicados por el agente público no coinciden con la realidad y, además, van en contra de la búsqueda del bien común, de la moralidad y la simplicidad del acto público. En este sentido, de acuerdo con Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011: 200), la falsa motivación equivale a la ausencia de la misma, lo que resulta en una violación a la legalidad del propio acto administrativo. Por lo tanto, la dispensa o ilegitimidad en esta hipótesis permanece ilegal, y cabe la aplicación del artículo 89 de la Ley de Licitaciones, aunque sea más difícil de probar.

La jurisprudencia brasileña corrobora la concepción defendida por el presente estudio, tal como se verifica por el extracto de las sentencias emanadas del Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región:

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. DISPENSAR OU INEXIGIR LICITAÇÃO. ART. 89 DA LEI Nº 8666/93. FRACIONAMENTO DA OBRA. FALECIMENTO DO RÉU. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. 1. Responde pelo delito previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 o dirigente que, visando eximir-se da realização de certame, fraciona a realização de serviços de reforma no prédio sede de conselho profissional, mormente quando há previsão orçamentária, naquele ano, para a execução de todo o projeto. 2. Extingue-se a punibilidade com o falecimento do réu, na forma do disposto no art. 107, I, do CP. (TRF4, Apelação Criminal, 2003.71.00.073774-9, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 11/04/2007).

EMENTA: PENAL. DISPENSA OU INEXIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO ADMINISTRATIVA. ARTIGO 89 DA LEI 8.666/93. PARÁGRAFO ÚNICO. TIPICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA. AUSÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. 1. A elementar típica prevista no delito do parágrafo único do artigo 89 da Lei 8.666/93, consistente na “dispensa ou inexigibilidade ilegal”, também contempla aqueles casos em que o administrador público, em detrimento ao disposto no artigo 26 do mesmo Diploma Legal, deixa de manifes-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.



tar os motivos da contratação direta. 2. Considerando que o objeto jurídico tutelado pelo crime estatuído na parte final do caput do artigo 89 da Lei das Licitações —“deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”— é a moralidade/lisura do procedimento licitatório, a sua configuração está a exigir do agente público o dolo específico de beneficiar indevidamente o particular contratado. 3. Em atenção ao princípio do *in dubio pro reo*, impõe-se a absolvição dos réus quando não existem nos autos provas convincentes da sua participação na “consumação da ilegalidade” (artigo 89, parágrafo único, Lei 8.666/93) ou do intuito de favorecer a parte contratada por meio da omissão de formalidades legais para dispensa/inexigibilidade de licitação. (TRF4, Apelação Criminal, 2000.72.00.001156-9, Oitava Turma, Relator Luiz Fernando Wovk Pentead, DJ 19/10/2005).

El fraude de esquema de reconocimiento de necesidad puede resultar en ilícitos penales distintos que dependen de la conducta típica operada por el agente público. Cuando el agente público reconoce la supuesta necesidad e instaura procedimiento de contratación pública para la adquisición de una cantidad innecesaria de un bien a favor de un licitador, estará cometiendo el ilícito de abogacía administrativa en licitaciones, presente en el artículo 91 de la Ley 8.666/93, desde que el procedimiento fraudulento sea invalidado en la vía judicial. Sin embargo, cuando se trata del establecimiento de procedimiento de contratación pública para la adquisición de un bien en cantidad excesiva, permanecerá configurado como crimen de defraudación en la competitividad en las licitaciones, dispuesto en el artículo 90 del mismo ordenamiento legal.

El fraude de filtración de datos de oferta ha sido considerado por el legislador brasileño en el momento de editar la Ley de Licitaciones, que dedicó el artículo 94 al crimen de violación de oferta, el cual consiste en punir al agente público que viola el sigilo de las ofertas de un procedimiento de contratación pública o dejar que una tercera persona lo haga. Por lo tanto, el hecho de permitir, dejar o facilitar que un tercero tome conocimiento de la oferta de un licitador, tal como ocurre en dicho fraude, llevará a la sanción penal.

Además de las respuestas penales, el ordenamiento jurídico brasileño dispone de sanciones administrativas a los agentes públicos involucrados en conspiraciones de corrupción contra la administración pública, incluso en el ámbito de procedimientos de contratación pública, en las llamadas improbidades administrativas, previstas en la Ley 8.429/1992.

Tal como se ha planteado previamente, el fraude de adecuación de oferta puede asumir la forma de elaboración de especificaciones vagas por parte del agente público con el objeto de permitir cambios contractuales posteriores para elevar el precio del contrato. En este caso, la consumación del hecho delictivo de reajustar y modificar o prorrogar los contratos públicos sin autorización legal, es decir, fuera de los límites expresos en los artículos 40, inciso XI; 55, inciso III, y 57, de la Ley 8.666/93, constituye acto de improbidad administrativa, de acuerdo con el artículo 10, inciso VIII, de la Ley 8.429/92.

Cuando las elevaciones de precios realizadas por el agente público en el contrato público son muy superiores a los practicados en el mercado, es decir, se alejan del precio promedio comúnmente practicado en el mercado, se configura una superación del contrato público, sancionado como acto de improbidad administrativa en el artículo 10, inciso V, de la Ley de Improbidad. La subfacturación del contrato público, que es la estrategia inicial de este fraude, para una posterior elevación de los precios a favor del licitador, también constituye el mismo ilícito administrativo, no habiendo acumulación de conductas típicas, sino que configuran el mismo tipo administrativo.

El fraude de manipulación de certamen también permite que el agente público incurra en las penas de dicha Ley, cuando libera informaciones confidenciales del procedimiento a un licitador —lo que es diferente de la filtración de oferta, pues en este caso se trata solamente de informaciones relativas al contrato y a los procedimientos administrativos—. En esta hipótesis existe un acto de improbidad que atenta a los principios de la administración pública, donde cabe la aplicación de lo dispuesto en el artículo 11, inciso III, de la Ley 8.429/92.

Las personas jurídicas privadas que participan de los procedimientos de contratación pública también pueden ser objeto de responsabilidad objetiva de carácter civil y administrativo por los actos lesivos a la administración pública, tal como dispone el artículo 2o. de la Ley 12.846/2013. El artículo 5o., inciso IV, de esta Ley reúne todas las hipótesis en que las personas jurídicas pueden ser castigadas por los actos practicados contra la administración pública en el procedimiento de contratación pública, los cuales alcanzan a todos los tipos de fraude planteados previamente.

El ordenamiento jurídico brasileño dispone de legislaciones penales, civiles y administrativas que posibilitan la sanción tanto de personas físicas, como de personas jurídicas, por la práctica de actos corruptos en el ámbito

de los procedimientos de contratación pública, lo que, de acuerdo con el informe del Noveno Encuentro del Grupo de Trabajo en Recuperación de Activos de las Naciones Unidas, publicado en septiembre de 2015 (United Nations Office on Drugs and Crime, 2015: 1), la existencia de respuestas de diferentes naturalezas para solucionar el problema de la corrupción, se muestra más efectivo en la lucha contra tal fenómeno, principalmente con relación a la recuperación de activos y la cooperación internacional en la persecución de los ilícitos.

#### IV. LA TRANSPARENCIA COMO HERRAMIENTA DE COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN BRASIL

El acceso a la información pública pertinente a los procedimientos de contratación pública es de gran importancia en la garantía de la legalidad y moralidad en tal actividad administrativa, pues permite que la ciudadanía asuma un papel de fiscalía de la actividad pública y torne la práctica corrupta más probable de ser identificada, cohibiendo las prácticas ilícitas de los gestores públicos.

En este sentido, la ONG Article 19 (Mendel, 1999: 1-12), en su trabajo *The Public's Right to Know: Principles on Freedom of Information Legislation*, corrobora tal concepción, al afirmar que

La información es el oxígeno de la democracia. Si las personas no saben lo que se pasa en la sociedad, si las acciones de aquellos que la rigen son ocultas, entonces ellos no pueden ejercer papel significativo en los asuntos de esta sociedad. Sin embargo, la información no es solamente una necesidad para las personas —ella es una parte esencial de un buen gobierno—. Los malos gobiernos necesitan de secreto para sobrevivir. Eso permite que la ineficiencia, el desperdicio y la corrupción prosperen. Tal como Amartya Sen, la ganadora del Premio Nobel de economía ha observado, no ha habido una hambruna sustancial en un país con una forma democrática de gobierno y una prensa relativamente libre. La información permite a la gente escudriñar las acciones de un gobierno y es la base para un debate adecuado e informado de esas acciones [traducción propia].

El propósito de la Ley de Acceso a la Información Pública es empoderar a la ciudadanía con un derecho que le posibilite extraer las informaciones y le permita conocer las contrataciones públicas realizadas, así como

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*  
*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.  
*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

el camino transcurrido hasta su celebración, las razones para la elección del contrato, las obligaciones asumidas por las partes y el valor de la contratación.

La lucha contra la corrupción demanda diversas medidas de prevención, detección y mitigación. El ordenamiento jurídico brasileño posee una serie de normativas y la previsión de sanciones para los hechos de corrupción, incluso en el ámbito de la contratación pública; además, ya se sabe que los mecanismos sancionatorios no deben ser la única herramienta estatal de combate a la corrupción, sino que también deben haber instrumentos preventivos.

La exigencia de transparencia es una efectiva herramienta puesta a las manos de los ciudadanos, pues a través del derecho de acceso a la información pública y el deber de publicidad activa por parte de las administraciones públicas, es posible llegar a un escenario de incentivo a la tentativa de los gestores públicos de evitar desvíos comportamentales por saber que están siendo observados.

Además de la Ley de Acceso a la Información Pública, la Ley de Licitaciones en su artículo 3o., inciso V, dispone sobre el deber de observancia del principio de la publicidad en las contrataciones públicas, previendo el refuerzo de las normas de transparencia al exigir la publicidad de todos los actos practicados por la administración pública en todas las fases del procedimiento administrativo. La Ley de Licitaciones aún prevé otras normas de transparencia que incentivan aún más la participación y el control de la ciudadanía, como la publicación de avisos, conteniendo el resumen de las llamadas públicas en la prensa, tal como dispone el artículo 21; la previsión de audiencia pública para las contrataciones que contemplan valores altos, como prevé el artículo 39; entre otros derechos previstos en los artículos 23 y 63 de dicho ordenamiento legal.

En los últimos años, el gobierno brasileño, sobre todo en el ámbito federal, ha invertido significativamente en la implementación de mecanismos para conferir mayor eficiencia y celeridad a los procedimientos de contratación pública, incluso para ampliar la transparencia en los certámenes a través de la modernización de los canales de comunicación y la informatización de los procedimientos en ambientes electrónicos. El pregón electrónico es el mayor ejemplo del uso de recursos de tecnología de la información en la contratación pública en Brasil, donde todo el procedimiento de contratación ocurre a través de Internet, permitiendo que cualquier ciudadano ejerza el control social.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

Sin embargo, esta oferta electrónica aún es poco amplia, pues muchas administraciones públicas, sobre todo a nivel regional, utilizan el pregón presencial donde los fraudes son más frecuentes debido a ser difícilmente detectable, especialmente cuando se trata de localidades distantes. Para mayor control del proceso de contratación pública es fundamental un amplio acceso a las informaciones públicas de la licitación, permitiendo el control no sólo de los órganos especializados y de los tribunales de cuentas, sino también por parte de los ciudadanos. Eso se alcanza sólo a través del pregón electrónico que debería ser una exigencia para todas las administraciones públicas, extinguiendo la modalidad presencial de este tipo de licitación.

La realización de contrataciones públicas a través de una plataforma electrónica que permita el acceso y control público de la información es muy importante, especialmente en la actual era de la información y del gobierno electrónico, pues permite el desarrollo de nuevas herramientas y tecnologías que hagan con mayor eficiencia y eficacia el seguimiento y detección de irregularidades y fraudes en licitaciones. Eso ya es una realidad en el ámbito de las licitaciones realizadas a nivel federal, pues el Tribunal de Cuentas de la Unión, con apoyo de la Contraloría General de la Unión y de la Fiscalía y Policía federales, cuenta con la operación de tres robots que identifican fallas e indicios que apuntan a posibles fraudes en contrataciones públicas, pero están limitados a aquellas cuyos datos están hospedados en sitios electrónicos del gobierno.

El robot Alice es un acrónimo para análisis de licitaciones a través de la lectura de convocatorias y actas de registro de precios publicados por la administración federal, algunos órganos públicos estatales y empresas. Esta tecnología colecta informaciones del *Diario Oficial* y del sitio CompraNet donde se registran las compras gubernamentales, apuntando diariamente para los fiscales si hay indicios de desvíos para que se investigue y actúe puntualmente antes que el fraude se concluya. Con el uso del robot Alice, dos convocatorias para contratación de obra pública en el estado de Goiás fueron suspendidas por irregularidades, un órgano público del estado de Roraima tuvo que rehacer su convocatoria de contratación y una convocatoria para reforma con recursos del Instituto del Patrimonio Histórico y Artístico Nacional (IPHAN) fue identificada (Simões, 2018).

El robot Sofía, al contrario de hacer sugerencias de investigaciones, apunta errores en los textos de los fiscales, sugiriendo correlaciones de in-

formaciones e indicando otras fuentes de datos y referencias; por ejemplo, establece si hay sanciones contra un licitante o si éste figura en procesos en el tribunal. El robot Mónica, a su vez, es un panel que presenta todas las compras públicas, incluso aquellas que el robot Alice deja pasar, tal como las contrataciones directas y las compras hechas por ilegitimidad de licitación (Simões, 2018).

A partir de la Ley 12.527/11 y la incorporación de la publicidad pasiva en el ámbito de la administración pública, existen muchas solicitudes de información sobre los procedimientos de contratación pública, lo que sirve como mecanismo incentivador para que los gestores públicos corrijan errores practicados desde hace tiempo y se sientan coaccionados para no practicar actos de corrupción, pues a partir de estas solicitudes ha sido posible identificar varias conspiraciones de corrupción (Ribeiro, 2013: 19-20).

En los fraudes realizados en los procedimientos de contratación pública, sobre todo en aquellos practicados en colusión entre agente público y licitador, la ausencia de transparencia es el aspecto que más impacta en el logro de estas conspiraciones de corrupción, pues se valen de la oscuridad y falta de control, de nada sirve que existan leyes y sanciones si no hay riesgo de que estas conspiraciones sean descubiertas.

La transparencia de los actos administrativos de los gestores públicos es una herramienta con efectos significativos sobre el debido y correcto procedimiento de contratación pública. En el fraude de reconocimiento de necesidad, la publicidad pasiva puede hacer que el agente tenga que explicar los motivos por los cuales reconoció la necesidad de adquisición de determinados bienes o servicios y con los datos del presupuesto y de los gastos públicos, la ciudadanía puede identificar banderas rojas y cuestionar a la administración pública, ejerciendo un control social sobre la actividad administrativa.

En el fraude de adecuación de oferta, el conocimiento por parte de la ciudadanía sea por medio de la publicidad activa o pasiva, acerca de los contratos celebrados por la administración pública, puede permitir que se identifique especificaciones siempre favorables a un determinado licitador, pero cuando se trata de una relación no prolongada donde hay una sucesión de licitadores distintos en cada contrato público, se torna más difícil de identificar banderas rojas.

La transparencia, a través de la publicidad activa de los actos administrativos hechos en el ámbito del procedimiento de la contratación pública,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

tiene la capacidad de neutralizar el fraude de manipulación del certamen, pues permite que la ciudadanía identifique ilegalidades u otros actos que resaltan manipulaciones del procedimiento y abre margen para su cuestionamiento hasta el reconocimiento de su nulidad cuando son sometidos al juicio de la autoridad competente.

Tanto la publicidad activa como la publicidad pasiva permiten el conocimiento por parte de la ciudadanía al respecto de los contratos públicos celebrados por la administración, y la identificación de banderas rojas relativas a la existencia de varios pequeños proyectos bajo modalidades más flexibles que podrían ser unificados en un único proyecto con una modalidad más rígida y que, además, sería más ventajoso para la administración pública, poniendo en riesgo el fraude de división de oferta. Lo mismo ocurre en el fraude de premios injustificados y otros métodos no competitivos, donde la transparencia también permite el conocimiento de las dispensas de compras vía procedimiento de contratación, y abre margen para su cuestionamiento por parte de la ciudadanía que ejerce el control social.

Sin embargo, la transparencia se torna ineficaz si los ciudadanos no ejercen su derecho de control de las informaciones y actividades públicas; y si la comunicación con los órganos de fiscalización es burocrática. Es necesario que el gobierno, en conjunto con organizaciones de la sociedad civil, promueva la concientización de los ciudadanos con respecto al deber de transparencia y la importancia del ejercicio del derecho de acceso a la información pública como herramientas de control social y lucha contra la corrupción, acercando a la población a las actividades gubernamentales. Cuando el ciudadano común sabe de su derecho y percibe que puede ejercerlo, controlando los gastos públicos y las actividades de contratación, los espacios para los fraudes son cada vez menores.

De nada sirven estos mecanismos de control social de la contratación pública si los ciudadanos no saben a quién recurrir cuando identifiquen indicios que apuntan a irregularidades. Para eso, la Fiscalía no debe limitar sus acciones de combate a la corrupción a las operaciones de investigación, sino que también debe contar con el apoyo de los ciudadanos en este control, abriendo canales de comunicación con la sociedad para que puedan denunciar irregularidades de forma anónima y que puedan hacer el seguimiento de la denuncia como, por ejemplo, si hubo investigación, si han detectado irregularidades, si los involucrados han sido procesados, si la contratación ha sido suspendida, etcétera.

Es importante señalar que la transparencia de los datos públicos es poco eficaz en el fraude de filtración de datos de oferta y los fraudes en colisión entre licitadores, pues se alejan más de los actos públicos caracterizados por su carácter público, siendo hechos a escondidas del ámbito público a través de relaciones puramente privadas, donde es más difícil de identificar banderas rojas, aún más por medio del acceso a la información pública, pues los hechos corruptos en estos fraudes son muchas de las veces privados. Sin embargo, el seguimiento de las contrataciones públicas puede apuntar hacia patrones de contratación que configuran elementos de estos tipos de fraude como, por ejemplo, la alternancia de licitadores en determinada administración pública, lo que puede ser fácilmente identificado por medio de las inteligencias artificiales, que ya son utilizadas por el gobierno brasileño.

La transparencia no es capaz de neutralizar a todos los fraudes de corrupción que violan el procedimiento de contratación pública, aunque ejerce una importante contribución para disminuir las ocurrencias de conspiración de corrupción en este sesgo. La transparencia es mucho más que una herramienta de combate a la corrupción; es un derecho humano reconocido por el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que busca empoderar a los ciudadanos y les confiere una arma contra el Estado para forzarlo a garantizar la moralidad, la legalidad, la publicidad, entre otros principios de igual importancia, que deben regir la actividad administrativa para la mejor consecución del interés público y concretar el orden democrático.

## V. CONCLUSIONES

La administración pública ha pasado por diversas transformaciones de orden ideológico y estructural para conferir eficiencia en la consecución de sus fines y frenar la corrupción, entendida como el desvío de las actividades administrativas a favor de los intereses privados de los agentes públicos. La corrupción puede ocurrir de diversas formas en el ámbito de la administración pública. Todavía el sesgo donde el fenómeno es más expresivo y habitual se encuentra en los procedimientos de contratación pública, debido a los grandes montos de dinero que abarcan y a los intereses económicos privados envueltos en él.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.



El presente artículo también plantea que las conspiraciones de corrupción involucran fraudes que no se limitan exclusivamente a actos practicados por agentes públicos, sino que pueden operarse en colusión entre licitadores, sin la presencia de cualquier agente del sector público. En todos estos fraudes, con mayor o menor incidencia de las relaciones privadas, la administración pública es la víctima que sufre los daños de las prácticas corruptas y sus consecuencias se extienden a toda la sociedad.

Tanto la literatura política como la jurídica concuerdan en la posición de que la ausencia de transparencia en las actividades públicas es un motor para las prácticas corruptas y deben ser patrocinadas por los gobiernos a través de normas jurídicas y políticas gubernamentales que estimulen la transparencia y rendición de cuentas por parte de la administración pública hacia la ciudadanía. Consecuentemente, los costos de las prácticas corruptas aumentan al paso que la transparencia puede resultar en mayor colaboración y participación de los ciudadanos y colocan en riesgo las conspiraciones corruptas al tornar más probable la identificación de banderas rojas.

En este sentido, los organismos internacionales comparten el consenso de que los gobiernos deben adoptar presupuestos básicos de transparencia, colaboración y participación ciudadana (llamada de gobierno abierto). En los gobiernos democráticos de derecho esto debe ser aún más garantizado, pues la responsabilidad política de los gobernantes es uno de los ideales primordiales que caracteriza este sistema de gobierno.

Brasil es uno de los varios países que asumirán el compromiso de implementar, en el ámbito de las administraciones públicas a través de políticas internas y normas en el ordenamiento jurídico, los presupuestos del gobierno abierto, destacando la adopción de tecnología de la información, conocida como *web 2.0*. La Ley de Acceso a la Información Pública ha sido un importante mecanismo puesto a las manos de los ciudadanos para cumplir con estos compromisos, tornando la transparencia en un deber legal de la administración, por medio de la publicidad activa de determinadas informaciones públicas, y un derecho subjetivo de la ciudadanía, a través de la publicidad pasiva.

Mientras el país tenga un avance significativo en esta materia, a partir de la promulgación de dicha Ley, la administración pública, especialmente las administraciones locales, enfrentan el mal cumplimiento de la norma por incumplimiento de las determinaciones legales, al no ofrecer las in-

formaciones públicas solicitadas por los ciudadanos y por no contar con sitios *web* con la información determinada por la Ley. Además, la ausencia de capacidad sancionadora por parte de las autoridades competentes para solucionar los recursos a las negativas de acceso a la información pública es otro problema que debe ser considerado por los legisladores brasileños.

La transparencia es, sin duda, una herramienta importante en la lucha contra la corrupción en los procedimientos de contratación pública; sin embargo, no debe ser visualizada como el único mecanismo válido o el suficientemente necesario para solucionar este problema, sino que es una importante y válida herramienta que contribuye significativamente para desestimular las prácticas corruptas a través del aumento de los riesgos de detección, y por consecuencia de los costos de la práctica corrupta.

Otro aspecto a considerar es que la transparencia en las actividades públicas tiene efectos muy positivos en los fraudes cometidos en colusión entre licitador y agente público, todavía es poco eficaz cuando se trata de fraudes operados en colusión entre los licitadores en razón de las relaciones fuertemente privadas que se alejan del control público. En estos casos, la responsabilidad con prácticas moralmente adecuadas debe ser compartida con los agentes privados, en este caso con los licitadores, a través de la exigencia de programas de conformidad normativa para la prevención de la corrupción, como es exigido actualmente por la Ley Anticorrupción brasileña desde 2013.

La prevención es la medida más eficiente contra la corrupción en comparación con las medidas sancionadoras. El ordenamiento jurídico brasileño dispone de sanciones para los más diversos tipos de fraudes cometidos en el ámbito de la contratación pública y la garantía de transparencia en el sector público complementa las medidas de combate agregando un mecanismo de prevención al fenómeno indeseable. Hay mucho que hacer en un camino recientemente adoptado por el gobierno brasileño para fortalecer y dar efectividad a los derechos ya garantizados de transparencia e implementar la colaboración y participación de la ciudadanía, que aún es deficiente.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBUQUERQUE, Mário P. *et al.*, 2006, *O combate à corrupção no mundo contemporâneo e o papel do Ministério Público no combate à corrupção*, Brasília, Ministério Público Federal.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

- ALESSI, Renato, 1970, *Instituciones de derecho administrativo*, Barcelona, Prats.
- ALTAMIRANO, Giorleny D., 2007, “The Impact of the Inter-American Convention Against Corruption”, *University of Miami Inter-American Law Review*, núm. 3.
- ARBEX, Daniela y CAPETTI, Pedro, 2018, “Ministério Público denuncia oito pessoas por fraude em licitação da UFJF”, *Tribuna de Minas*. Disponible en: <https://tribunademinas.com.br/noticias/cidade/26-09-2018/oito-pessoas-sao-denunciadas-por-fraude-em-licitacao-na-ufff.html>.
- ASSOCIATION OF CERTIFIED FRAUD EXAMINERS, 2013, *Fraud Examiners Manual*, Austin, Association of Certified Fraud Examiners.
- ATTORNEY GENERAL OF THE STATE OF CONNECTICUT, 2011, *Price Fixing and Bid Rigging It Can Happen in Connecticut: What are these Violations and What to Look For. An Antitrust Primer for Procurement Professionals*, Hartford, Office of the Attorney General of the State of Connecticut.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, 1991, *Direito administrativo na Constituição de 1988. Procedimento administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais.
- BARDHAN, Pranab, 1997, “Corruption and Development: A Review of Issues”, *Journal of Economics Literature*, vol. 3.
- BITENCOURT, Cezar Roberto, 2011, *Tratado de direito penal. Parte especial*, vol. 5, Dos Crimes Contra a Administração Pública, 5a. ed., São Paulo, Saraiva.
- BOSELLI, Felipe César Lapa, 2013, *O regime diferenciado de contratações e uma análise da sua constitucionalidade sob seu aspecto principiológico* (tesis de máster), Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina.
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos, 1996, “Da administração pública burocrática à gerencial”, *Revista do Serviço Público*, núm. 1.
- BUSTOS GISBERT, Rafael, 2007, “Corrupción de los gobernantes, responsabilidad política y control parlamentario”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19.
- CABRAL DE VASCONCELOS, Patrícia M., 2017, “A Odebrecht na política externa brasileira: antes e durante a Lava Jato”, artículo presentado en el *Sexto Encontro da Associação Brasileira de Relações Internacionais*, Brasília.
- CALDERÓN, C. y LORENZO, S. (coords.), 2010, *Open Government*, Alcalá la Real, Algón.
- CAPEZ, Fernando, 2007, *Curso de direito penal. Parte geral*, 12a. ed., São Paulo, Saraiva.

- CARNELUTTI, Francesco, 1942, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, trad. de Jaime Guasp, Barcelona, Bosch.
- CARVALHO FILHO, José Dos Santos, 2009, *Manual de direito administrativo*, 21a. ed., Río de Janeiro, Lúmen Juris.
- CASTRO RAUTA, Lucas M., 2016, *Estudo de conformidade com a Lei de Acesso à Informação (LAI). Uma avaliação sobre transparência ativa nos ministérios* (tesis de máster), Río de Janeiro, Universidade Federal do Río de Janeiro.
- CERRILLO MARTÍNEZ, Agustí, 2016, “Las compras abiertas y la prevención de la corrupción”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 15.
- CONDEIXA, Fábio, 2012, “Comentários à Lei de Acesso à Informação”, *Revista Jus Navigandi*, vol. 17, núm. 3199.
- CONECTAS DIREITOS HUMANOS, 2014, “Lei de Acesso faz 2 anos, sob críticas. Para Conectas, governos blindam sem critério as áreas de segurança e política externa”, *Conectas Direitos Humanos*. Disponible en: <https://www.conectas.org/noticias/lei-de-acesso-faz-2-anos-sob-criticas>.
- CONEJERO PAZ, Enrique, 2014, “Gobierno abierto y democracia participativa”, *3c empresa. Investigación y pensamiento crítico*, vol. 3, núm. 4.
- CONTRALORIA GENERAL DE LA UNIÓN, 2015, *Relatório sobre a implementação da Lei nº 12.527: lei de acesso à informação*, Brasília, União.
- COSTA, Frederico Lustosa da, 2008, “Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas”, *Revista de Administração Pública*, vol. 42, núm. 5.
- CRUZ, Fernanda, 2018, “PF deflagra operação contra compra superfaturada de tablets”, *Agência Brasil*. Disponible en: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-03/pf-deflagra-operacao-contracompra-superfaturada-de-tablets>.
- DA COSTA JUNIOR, Paulo José, 2004, *Direito penal das licitações. Comentários aos arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666, de 21-6-1993*, 2a. ed., São Paulo, Saraiva.
- DE VASCONCELOS SOARES, Inaldo, 2005, *Fraudes nas gestões públicas e privadas*, Brasília, Brasília Jurídica.
- DI PIETRO, Maria Sylvia, 2011, *Direito administrativo*, 24a. ed., São Paulo, Atlas.
- DI PIETRO, Maria Sylvia, 2017, *Direito administrativo*, 30a. ed., São Paulo, Atlas.
- DUARTE, Clarice S., 2004, “Direito público subjetivo e políticas educacionais”, *São Paulo em Perspectiva*, núm. 2.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

- ESCOLA, Héctor Jorge, 1984, *Compendio de derecho administrativo*, vol. 1, Buenos Aires, Depalma.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, 2010, “Hacia un tratado de derecho administrativo romano”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 6.
- FILGUEIRAS, Fernando y MELO ARANHA, Ana Luiza, 2011, “Controle da corrupção e burocracia da linha de frente: regras, discricionariedade e reformas no Brasil”, *Revista de Ciências Sociais*, núm. 2.
- GORDILLO, Augustín A., 1969, *El acto administrativo*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- GRECO FILHO, Vicente, 2007, *Dos crimes da lei de licitações*, 2a. ed., São Paulo, Saraiva.
- HEINEN, Juliano, 2013, “A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.462/11)”, *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás*, núm. 28.
- HUNTINGTON, Samuel P., 1975, *A ordem política nas sociedades em mudança*, São Paulo, USP.
- INGLEHART, Ronald y WELZEL, Christian, 2009, *Modernização, mudança cultural e democracia: a sequência do desenvolvimento humano*, São Paulo, Verbena.
- JELLINEK, Giorgio, 1910, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milán, Società Editrice Libreria.
- LOPES MEIRELLES, Hely, 1996, *Direito administrativo brasileiro*, 21a. ed., São Paulo, Malheiros.
- LOPES MEIRELLES, Hely, 2009, *Direito administrativo brasileiro*, 35a. ed., São Paulo, Malheiros.
- LÓPEZ RODÓ, Laureano, 1981, “Personalidad jurídica del Estado en el derecho interno”, *Revista de Derecho Político*, núm. 11.
- MAZZA, Alexandre, 2011, *Manual de direito administrativo*, São Paulo, Saraiva.
- MEDLEG RODRIGUES, Georgete, 2013, “Indicadores de transparência ativa em instituições públicas. Análise dos portais de universidades públicas federais”, *Liinc em Revista*, núm. 2.
- MENDEL, Toby, 1999, *The Public's Right to Know: Principles on Freedom of Information Legislation*, Article 19, Londres.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2014, “Operação Capivara: Denunciados 67 por cartel, corrupção e fraude em licitações”, *Ministério Público do Estado Do Rio Grande Do Sul*. Disponible en: <https://www.mprs.mp.br/noticias/36515/>.

- MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL, 2010, “MPF/TO denuncia involucrados em fraude de licitação de reforma de creches municipais”, *Ministério Público Federal*. Disponible en: <http://www.mpf.mp.br/to/sala-de-imprensa/noticias-to/mpf-to-denuncia-envolvidos-em-fraude-de-licitacao-para-reforma-de-creches-municipais>.
- MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL, 2018, “MPF denuncia oito pessoas por fraudes em licitações da Prefeitura de Cachoeiro do Itapemirim”, *Ministério Público Federal*. Disponible en: <http://www.mpf.mp.br/es/sala-de-imprensa/noticias-es/mpf-denuncia-oito-pessoas-por-fraudes-em-licitacoes-da-prefeitura-de-cachoeiro-de-itapemirim>.
- MONTEIRO DE REZENDE, Renato, 2011, *O regime diferenciado de contratações públicas: comentários à Lei 12.642, de 2011*, Brasília, Senado Federal.
- NÓBREGA, Camila, 2017, *Os 5 anos da lei de acesso à informação: Uma análise de casos de transparência*, São Paulo, Article 19.
- NUNES, Sandro Luiz, 2009, “Advocacia administrativa em licitações”, *Jus Navigandi*, núm. 2113.
- NYE, Joseph S., 1967, “Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis”, *The American Political Science Review*, núm. 61.
- OFFICE OF INSPECTOR GENERAL OF THE U.S. AGENCY FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT, 2010, *Fraud Awareness Handbook*, Washington, U.S. Agency for International Development. Disponible en: [https://oig.usaid.gov/sites/default/files/fraud\\_awareness\\_handbook\\_052201.PDF](https://oig.usaid.gov/sites/default/files/fraud_awareness_handbook_052201.PDF)
- PIPER, Charles E., 2017, *Contract and Procurement Fraud Investigations Guidebook*, Nueva York, Routledge.
- PUTNAN, Robert, 2006, *Comunidade e democracia: A experiência italiana moderna*, Río de Janeiro, FGV.
- RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro, 2011, “Gobierno abierto y modernización de la gestión pública: tendencias actuales y el (inevitable) camino que viene. Reflexiones similares”, *Enfoques*, núm. 15.
- REDE BAHIA, 2017, “Grupo que fraudava licitações na BA realizava pregoes em dia de ponto facultativo para eliminar concorrentes, aponta CGU”, *G1 globo.com*. Disponible en: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/grupo-que-fraudava-licitacoes-na-ba-realizava-pregoes-em-dia-de-ponto-facultativo-para-eliminar-concorrentes-aponta-cgu.ghtml>.
- RIBEIRO VIEIRA, Vânia Lucia, 2013, “Efeitos da Lei de Acesso à Informação (Lei no. 12.527/2011) nas compras públicas”, artículo presentado en el Sexto Congreso CONSAD de Gestão Pública, Brasília.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 155, mayo-agosto de 2019, pp. 841-896.

- RODRIGUES, Lucas y MORAIS, Orlando, 2016, “Empresários se reuniam para «revezar» contratos na Seduc”, *Mídia News*. Disponible en: <http://midianews.com.br/judiciario/empresarios-se-reuniram-para-revezar-contratos-na-seduc/262197>.
- RODRIGUES, Mateus, 2017, “Centro administrativo do DF teve «acordo» em contrato e troca de alvará por caixa 2, diz relator”, *G1 globo.com*. Disponible en: <https://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/centro-administrativo-do-df-teve-acordo-em-contrato-e-troca-de-alvara-por-caixa-2-diz-delator.ghtml>.
- ROSE ACKERMAN, Susan, 1996, “The Political Economy of Corruption: Causes and Consequences”, *Public Policy for the Private Sector*, núm. 74.
- SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, 1981, “Sobre la personalidad jurídica de las cortes generales. Una aproximación a los problemas de las organizaciones estatales no administrativas”, *Revista de Derecho Político*, núm. 9.
- SANTOS MAGALHÃES, Emerson, 2012, “Lei da informação pública e o princípio da publicidade nos processos licitatórios”, *Migalhas*, núm. 1.
- SECCHI, Leonardo, 2009, “Modelos organizacionais e reformas da administração pública”, *Revista de Administração Pública*, núm. 2.
- SIMÕES GOMES, Helton, 2018, “Como as robôs Alice, Sofia e Mônica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações”, *G1 globo.com*. Disponible en: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>.
- SOARES ROSSET, A. *et al.*, 2016, “O regime diferenciado de contratações públicas: análise da nova modalidade de licitação do governo federal”, artículo presentado en el Primeiro Congresso Nacional de Mestrados Profissionais em Administração Pública, Paraná. Disponible en: <http://www.profiap.org.br/profiap/eventos/2016/i-congresso-nacional-de-mestrados-profissionais-em-administracao-publica/anais-do-congresso/41180.pdf>.
- STRIQUER SOARES, Marcos Antônio, 2007, “O princípio constitucional da publicidade e propaganda do governo”, *Revista Jurídica da UniFil*, núm. 4.
- TAVARES CORREIA, Victor, 2018, “Empresa alvo da Operação Castelo de Farinha intimidava participantes da licitação, diz polícia”, *UOL Notícias*. Disponible en: <https://blogs.ne10.uol.com.br/jamildo/2018/10/11/empresa-alvo-da-operacao-castelo-de-farinha-intimidava-participantes-de-licitacao-diz-policia/>.
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2007, *Price Fixing, Bid Rigging, and Market Allocation Schemes: What They Are and What to Look For*, Washington, U.S. Department of Justice.

- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, 2015, “CAC/COSP/WG.2/2015/CRP.1: Use of Civil and Administrative Proceedings Against Corruption, Including International Cooperation”, documento presentado en la Novena Asamblea del Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery, Viena. Disponible en: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/workinggroup2/2015-September-3-4/VI506218e.pdf>.
- VIEIRA RIBEIRO, Geraldo L., 2006, *A evolução da licitação*, São Paulo, Portal Classe Contábil.
- WORLD BANK GROUP, 2009, *Fraud and Corruption Awareness Handbook: How It Works and What to Look for: A Handbook for Staff*, Washington, The World Bank Group, Integrity Vice Presidency.
- WURMEISTER, Fabiula y BERNARDI, Artur, 2018, “Mensagens revelam esquema de fraude em licitações para contratos do Hospital Municipal de Foz do Iguaçu”, *GI globo.com*. Disponible en: <https://g1.globo.com/pr/oeste-sudoeste/noticia/mensagens-revelam-esquema-de-fraude-em-licitacoes-para-contratos-do-hospital-municipal-de-foz-do-iguacu.ghtml>.
- YUKINS, Christopher R., 2007, “Integrating Integrity and Procurement: The United Nations Convention Against Corruption and the UNCTRAL Model of Procurement Law”, *Public Contract Law Journal*, núm. 3.