

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

MÁSTER EN CORRUPCIÓN Y ESTADO DE DERECHO

**LA IMPORTANCIA DEL EMBARGO DE BIENES Y DEL COMISO
EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN: ESPECIAL
REFERENCIA A LA LEY DE IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA EN
BRASIL**

FERNANDO AURVALLE KREBS

SALAMANCA, 05 DE SEPTIEMBRE DE 2011

FERNANDO AURVALLE DA SILVA
KREBS

V.º B.º de los Tutores,

Dr. Isidoro Blanco Cordero

Dr. Eduardo A. Fabián Caparrós

Agradecimientos:

Al Ministerio Público del Estado de Goiás
que me concedió la licencia que hizo posible
la realización de este curso de Máster
en Corrupción y Estado de Derecho.

A la Universidad de Salamanca, farol del saber
en el mundo, que tan bien acoge estudiantes,
sobre todo, latino americanos que buscan
profundizar sus conocimientos. Mi especial
agradecimiento, a sus profesores, en la persona
de su Director profesor Dr. Eduardo A. Fabián Caparrós
y a mi Director del trabajo de Fin de Máster,
Profesor Dr. Isidoro Blanco Cordero,
quien me concedió el gran honor de brindarme su tutoría.

Dedicatoria:

A mi esposa Ana Cristina, por su cariño,
amor e infinita dedicación.

A mis hijos: Arthur e Isabela, quienes me hicieron
compañía en nuestra estancia en el
viejo continente y porque sin ellos
nada valdría la pena.

A mi madre por todo que lo hizo
por nosotros.

RESUMEN

Este trabajo de fin de Máster es presentado como requisito para la obtención del título de Máster en Derecho: Corrupción y Estado de Derecho de la Universidad de Salamanca, España.

Tiene como objetivo analizar la importancia del instituto jurídico del embargo de bienes en la lucha contra la corrupción, con especial referencia a la ley de improbidad administrativa brasileña.

El TFM hace un breve estudio de los principales instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción. La investigación subraya la necesidad de cambiar los paradigmas de combate a la corrupción, porque esta es, hoy día, un fenómeno internacional que busca los máximos beneficios económicos, por eso, la importancia de embargarse los bienes de los sospechosos de actos corruptos.

La ley de improbidad administrativa es estudiada, porque cambia los paradigmas y tiene como su objetivo fundamental el embargo de bienes para hacer posible la recuperación de activos de los Estados que sufrieran daños con actos corruptos. Esta medida se constituye en el arma más importante en la lucha contra la corrupción. Por fin, son analizados los retos actuales del embargo de bienes en Brasil.

RESUMO

Esta dissertação de Mestrado é apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito: Corrupção e Estado de Direito pela Universidade de Salamanca, Espanha.

Tem por objetivo analisar a importância do instituto jurídico do bloqueio preventivo de bens na luta contra a corrupção, com especial referência à lei de improbidade administrativa brasileira.

A dissertação faz um breve estudo dos principais instrumentos Internacionais de luta contra a corrupção. A pesquisa sublinha a necessidade de mudar os paradigmas do combate a corrupção, porque esta é, hoje em dia, um fenômeno internacional que busca o máximo de lucro, por isso, a importância de se bloquear os bens dos suspeitos de corrupção.

A lei de improbidade administrativa é estudada, porque muda os paradigmas e tem como objetivo fundamental o embargo de bens para tornar possível a recuperação do patrimônio dos Estados que sofreram danos com atos de corrupção. Esta medida se constitui na mais importante arma na luta contra a corrupção. Por fim, são analisados os desafios atuais do embargo de bens no Brasil.

RÉSUMÉ:

Cette dissertation de finale de Master est présentée comme condition pour l'obtention de titre de Master en Droit : Corruption et Etât de Droit de l'Université de Salamanca, Espagne.

Elle a comme objectif analyser l'importance de l'institut juridique de prendre les biens dans La lutte contre la corruption avec spécial référence à la loi de l'improbité administrative brésilienne.

Le TPM fait une bref interprétation des principaux outils internationaux de la lutte contre la corruption. La recherche souligne la nécessité de changer les moyens de combattre la corruption parce qu'elle est, aujourd'hui, un phénomène international que cherche le maximum bénéfice des sources des Etâts, Pour cette raison, l'importance de saisir les biens des personnes dénoncés pour corruption.

La loi de l'improbité administrative est étudiée, parce qu'elle présent des nouveaux moyens dans le combat contre la corruption, ayant comme possibilité récupérer l'argent des Etâts qu'on supporté les dommages de la corruption.

Cet outil constitue la plus importante arme dans la lutte contre la corruption.

À la fin, sont analysés les actuels difficultés concernant à la prendre de biens aux Brésil.

ÍNDICE

RESUMEN.....	5
RESUMO.....	6
RÉSUMÉ.....	7
ABREVIATURAS.....	10
1. INTRODUCCIÓN: LA CORRUPCIÓN Y SUS BENEFICIOS.....	11
2. LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN MEDIANTE LA PRIVACIÓN DE LOS BIENES DE LOS CORRUPTOS. LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS.....	20
2.1. LAS MULTINACIONALES DEL CRIMEN.....	21
2.2. GLOBALIZAR EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN.....	22
2.3. LA AMENAZA DE LOS PARAÍDOS FISCALES.....	28
3. MECANISMOS DE RECUPERACIÓN DE ACTIVOS: EMBARGO PREVENTIVO Y COMISO.....	31
3.1. EL EMBARGO PREVENTIVO.....	32
3.2. EL COMISO.....	34
3.2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	34
3.2.2. EL COMISO EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	37
3.2.3. UN PROCESO CIVIL PARA EL COMISO.....	48
4. EL EMBARGO PREVENTIVO Y EL DECOMISO: ESPECIAL REFERENCIA A LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES.....	56
4.1. LA CONVENCION DE VIENA DE 1.988.....	60
4.2. LA CONVENCION DE LA OEA DE 1.996.....	62
4.3. LA CONVENCION DE PALERMO DE 2.000.....	67
4.4. LA CONVENCION DE MÉRIDA DE 2.003.....	68

5. LA LEY DE IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA EN BRASIL.....	78
5.1. ACTOS DE IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA.....	82
5.2. NATURALEZA DE LA PENA DE IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA. . .	92
5.3. LAS RAZONES DE LA OPCIÓN CIVIL.....	95
5.4. EL EMBARGO DE BIENES EN LA LEY DE IMPROBIDAD.....	97
5.5.EL EMBARGO PREVENTIVO DE BIENES: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA.....	99
6. CONCLUSIÓN.....	112
7. BIBLIOGRAFIA.....	115
ANEXO: LA LEY DE IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA EN BRASIL.	125

ABREVIATURAS EMPLEADAS:

CP: Código Penal (España)

DRCI: Departamento de Recuperación de Activos y Cooperación Jurídica Internacional (Ministerio de Justicia de Brasil)

GRECO: Grupo de Estados Contra la Corrupción (Consejo de Europa)

IFS: Índice de Fuentes de Soborno (Transparencia Internacional)

IPC: Índice de la Percepción de la Corrupción (Transparencia Internacional)

LIA: Ley de Improbidad Administrativa (Brasil)

MESICIC: Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana Contra la Corrupción (UN)

NU: Naciones Unidas

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

ONG: Organización No Gubernamental

ONU: Organización de las Naciones Unidas

OEA: Organización de Estados Americanos

S(S) TC: Sentencia(s) del Tribunal Constitucional (España)

S(S) TS: Sentencia(s) del Tribunal Supremo (España, Sala Penal)

STF: Supremo Tribunal Federal (Brasil)

STJ: Superior Tribunal de Justicia (Brasil)

TC: Tribunal Constitucional (España)

TI: Transparencia Internacional

TS: Tribunal Supremo de España

TFM: Trabajo de Fin de Máster

1. INTRODUCCIÓN: LA CORRUPCIÓN Y SUS BENEFICIOS

Combatir la corrupción es, sin duda, el mayor desafío de nuestro tiempo y también el más difícil. Pocas son las personas e instituciones que creen en el éxito de esta lucha, dadas sus raíces históricas. Hay indicaciones de la existencia de corrupción desde antes de Cristo. La corrupción debilita el Estado, su legitimidad ante los ciudadanos, la economía de los países donde ocurre y lo que es peor, la propia democracia. La consecuencia es la desesperación de las personas en cambios capaces de acabar con ella. Nuestro gran reto es demostrar que es posible derrotar la corrupción.

La corrupción es uno de los peores males del mundo contemporáneo y no es de hoy, viene de la antigüedad, pero se ha agravado más en los tiempos en que vivimos. El Embajador americano, Michael Skol, nos recuerda las palabras de Maquiavelo:

“La institución de la corrupción, por supuesto, no es en absoluto nueva. Se describe en los textos más antiguos que conocemos, incluso en la Biblia. Sin embargo, a menudo cito a Maquiavelo para ilustrar no ya la percepción vigente hace quinientos años, sino la que se ha mantenido hasta muy recientemente: “si el partido que uno cree que es más útil... para uno...es corrupto, uno debe hacerle el juego y favorecerle, y en ese caso la honestidad y la virtud son perniciosas.”¹

La corrupción está presente en todos los países del globo, en especial, en los más pobres, que son también los menos desarrollados y los que tienen menos recursos para hacer frente a este gravísimo problema. Esta plaga no es

¹SKOL, Michael: “ Presentación ”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (coord.): *La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2.004, p. 9.

exclusiva de las naciones menos desarrolladas, sino que la padecen las grandes economías, si bien normalmente éstas tienen instituciones políticas, administrativas y judiciales más fuertes y muchas veces una población más participativa. Es lo que prueban los datos de la ONG TI, como el IPC que hace una investigación en 178 países del mundo. En la última publicación de 2.010 los países menos corruptos eran: Dinamarca, Nueva Zelanda, Singapur, Finlandia, Suecia, Canadá, Holanda, Australia y Suiza y los más corruptos: Somalia, Myanmar, Afganistán, Iraq, Uzbekistán, Turkmenistán y Sudán. Los más ricos eran los menos corruptos y los menos desarrollados los más corruptos, porque pobreza y corrupción suelen caminar de la mano. Existe en general una estrecha relación entre soborno y precariedad económica, disminuyendo los niveles de corrupción a medida que aumenta el nivel de la riqueza. España está en la trigésima posición y Brasil en la sexagésima novena posición en el IPC. Como Brasil ya es la séptima economía del mundo, debería tener un índice mucho mejor, semejante al de los países del G7 o de la Unión Europea que están en la parte superior del IPC de TI. España que ocupa la décima segunda economía también podría estar en una situación mucho mejor. Este índice no puede medir con precisión la corrupción de los países, pero es un indicativo muy importante y aceptado de la corrupción de una nación. Es más, es perfectamente posible que la corrupción en la práctica sea aún mayor de lo que el índice ha conseguido percibir, algo que se me antoja ocurre con Brasil, que creo que es mucho más corrupto de lo que apunta el IPC de TI.

Otro índice muy importante y muchas veces olvidado es el Índice de Fuentes de Soborno (IFS), también de la misma consagrada ONG TI, que mide las prácticas corruptas de los países en sus operaciones comerciales en el exterior. Lo que se ha concluido es que los países que ostentan las cuotas más bajas de corrupción en sus respectivas administraciones públicas son, justamente, aquellos cuyos empresarios más sobornaban a funcionarios extranjeros.

El profesor Eduardo A. Fabián Caparrós, Director del Máster de Corrupción y Estado de Derecho, de la Universidad de Salamanca, España, el único Máster con esta temática en el mundo, enseña:

“...la pobreza no genera corrupción. La corrupción genera pobreza y la riqueza exporta corrupción.”²

Es decir, la corrupción no es endémica del subdesarrollo y tampoco es un asunto exclusivo de los países pobres, que lo digan los paraísos fiscales, que son mantenidos en gran parte por las mayores economías del mundo y que constituyen hoy en una amenaza a la globalización económica.

Los números económicos del crimen organizado y de la corrupción son impresionantes. Nicolás Rodríguez García habla del Producto Criminal Bruto (PCB), lo cual, por estimación, aproximadamente, sería de 15% del comercio mundial. La mitad sería del negocio de la droga, donde casi 25%, del total, se destinan a pagar a los traficantes y a los sobornos de los agentes de la represión del Estado. Lo restante del negocio de la droga revierte directamente para las organizaciones criminales.³ El mismo autor estima que en relación con las licitaciones el soborno sea de 15 y 30% del precio final de los productos y servicios licitados, lo que hace subir los contratos públicos, por lo cual es extremadamente perjudicial para la economía. Las consecuencias son evidentes: menos hospitales, escuelas, carreteras, seguridad, justicia, inversiones públicas, infraestructuras, empleo y desarrollo, entre otros beneficios sociales. En los países más pobres del mundo el soborno es, incluso, mayor llegando a los 35 y 51% de los servicios y productos licitados, justamente en las naciones que más necesitan de recursos e inversiones para superar el subdesarrollo. La corrupción tiene una dinámica perversa, cuanto mayor la corrupción, menor la competencia y cuanto menor ésta, mayor la corrupción. Por su vez, cuanto mayor la corrupción, más debilitado se hace el Estado, por eso, más ineficiente se hace el combate a la corrupción. La situación es tan grave, quizá desesperadora en algunos países, en que una mejora dependerá más de la cooperación y ayuda internacional que de ellos mismos.

² FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A.: “La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (Anotaciones para un Derecho penal globalizado)”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (coord.): “*La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar*”, Ratio Legis, Salamanca, 2.004, p. 235.

³ RODRÍGUEZ GARCÍA, NICOLÁS: “*Presentación*”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (coord.): *La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2.004.

El lavado de dinero en el mundo está estimado entre el 2 y 5% del PIB mundial. El Consejo de Europa estimaba, ya algunos años, que los beneficios mundiales del tráfico de drogas estarían entre los de 450.000 y los 750.000 millones de dólares, por su vez, el beneficio neto del tráfico de armas sería de unos 400.000, millones de dólares, lo cual es responsable por 50% de los beneficios del crimen organizado en todo el mundo. El tabaco comercializado de contrabando está entre 10 y 15% del total. La piratería, en general, es responsable de la pérdida de 93.000 millones de euros anuales y corresponde al 5 y 7% del comercio mundial. La prostitución, muy fuerte en España, obtendría beneficios de 8.000 millones de dólares.⁴

La fortuna del máximo responsable, de unos de los muchos y poderosos carteles de drogas de México, Amando Carrillo, "el Señor de los cielos", era de 27.000 millones de dólares, en 1.997, año de su fallecimiento. El hombre más rico del mundo tendría, en aquello mismo año, poco más de 9.000 millones de dólares a más que el citado traficante.⁵

Según el Barómetro Global sobre la corrupción divulgado por Transparencia Internacional de 2.010, la corrupción ha aumentado en los tres últimos años, de cada diez personas en todo el mundo, seis han pagado sobornos. Esta encuesta recoge las opiniones y experiencias de más de 91.500 personas en 86 países y territorios, lo que la hace muy amplia e importante para conocer lo que ocurre en relación con la corrupción en el mundo que vivimos. Además es la única encuesta sobre corrupción de esta amplitud en el mundo. La encuesta ha revelado que 73% de las personas en Europa Occidental y 67% en la América del Norte creen que la corrupción ha aumentado. La Policía es apuntada como la institución más corrupta, alrededor de 30% de las personas que tuvieron contacto con ella reportó haber pagado un soborno, lo que es una cifra alarmante. Los sobornos a la Policía casi se han duplicado desde el año 2.006. Más de 20 países han reportado un aumento de los pequeños sobornos, corruptelas, en 2.006. Los mayores aumentos fueron en Chile, Colombia, Kenia, Macedonia, Nigeria, Polonia, Rusia, Senegal y Tailandia. En la África Subsahariana la situación es aún más

⁴CASTRESANA FENÁNDEZ, Carlos, obra cit., p.216.

⁵ Ibídem, p.216.

grave, más de una de cada dos personas reportaron haber pagado sobornos, más que en cualquier otro sitio del mundo, lo que hace esta región la más corrupta del mundo, justamente, una de las menos desarrolladas y pobres del planeta. El Barómetro revela que un tercio de las personas bajo los 30 años reportaron haber pagado soborno en el último año, comparado con menos de uno de cada cinco mayores de 51 años. En relación al Poder Judicial la situación también es preocupante, una vez, que más personas dicen haber pagado soborno a esta institución fundamental en la protección de los derechos de los ciudadanos. Pocas personas confían en sus gobiernos y políticos, siendo que ocho de cada diez dicen que los partidos políticos son corruptos, mientras que mitad de las personas encuestadas consideraban ineficiente la acción de sus gobiernos contra la corrupción.⁶

Estos números prueban que los beneficios de la corrupción son impresionantes, lo que la hace muy fuerte. La única manera de derrotarla es hacer el embargo de los bienes de los corruptos y promover la recuperación de los activos malversados por hechos de corrupción a través del comiso de sus beneficios. El embargo de bienes debe ser hecho desde la investigación para garantizar el futuro comiso de bienes.

Este escenario llevan al Fiscal, Carlos Castresana Fernández, de la Fiscalía Especial Anticorrupción de España, a concluir:

“Los paraísos fiscales ajenos a cualquier control que conocemos actualmente no solamente lesionan a las economías de los países subdesarrollados sino también a las del primer mundo, por ejemplo, fuentes del Congreso norteamericano estiman que 50% del movimiento de fondos correspondientes a las exportaciones de Estados Unidos transita ya a través de territorios *off shore*, lo que supone al

⁶Datos publicados en la página web de la ONG Transparencia Internacional, el 25.06.2.011.

Estado una reducción de los ingresos fiscales de 2,6 billones de dólares anuales.”⁷

Para comprender mejor la corrupción, hace falta conceptualarla. El mejor concepto nos es dado por el profesor Eduardo A. Fabián Caparrós:

“Con el término corrupción se suele dar nombre a la oferta o la prestación directa o indirecta a un servidor público de una ventaja indebida, pecuniaria o de otro género, con la finalidad de inducirlo a ejecutar un acto contrario a los deberes de su cargo, o para ejecutar u omitir un acto debido. Su esencia consiste en el uso de medios públicos para fines privados, produciéndose con ello un desvío de recursos de lo general a lo particular. Los intereses privados condicionan el funcionamiento de los poderes públicos, perjudicando el ejercicio de los derechos individuales y colectivos garantizados por el propio Estado, que se deslegitima.”⁸

No hay más excusas para ignorar la corrupción y los males que han provocado como: la pobreza, la mala salud, la baja esperanza de vida y la distribución desigual de los ingresos y de la riqueza en todo el globo. Muchos países tienen índices de crecimiento muy bajos, incluso, los países dotados con recursos naturales poseen pobres índices de crecimiento y bajos ingresos per cápita. Susan Rose-Ackerman nos recuerda que hasta las organizaciones internacionales de crédito, como el Banco Mundial, tienen dificultades para localizar proyectos viables. Esta consagrada autora, subraya que los gobiernos que no funcionan eficazmente producen como consecuencia que la ayuda exterior no sea utilizada de modo eficaz. Estos países no son capaces de utilizar sus propios recursos eficazmente. Necesitan de reformas en sus instituciones, todavía, reformar el gobierno y construir un fuerte sector privado

⁷ Ibídem, p. 220.

⁸ Ibídem, p. 228.

son tareas más difíciles que hacer autopistas.⁹ La corrupción castiga los países que la practican, porque los altos niveles de corrupción se asocian a bajos niveles de inversión y crecimiento, reduce la efectividad de las políticas industriales e impulsa la economía sumergida que por su vez infringe las leyes fiscales. La corrupción desanima la inversión directa exterior, aunque, coexistan la corrupción y el crecimiento económico, los sobornos añaden costes y distorsiones. El resultado es que un país pobre con niveles altos de corrupción se ve atrapado en un círculo vicioso en el que la corrupción alimenta más corrupción y disuade la inversión y los negocios legítimos. La verdad, es que la corrupción tiene un impacto negativo en el desarrollo y en la productividad.¹⁰

Contra ese grave problema, que a todos asola, ya hay herramientas jurídicas capaces de ayudar a los países y pueblos que tengan ganas de combatir este mal y a hacerle frente.

El comiso y el embargo de bienes de naturaleza criminal o no es la mejor arma en la lucha contra la corrupción, porque ésta, en regla general, reúne en ocasiones los caracteres del crimen organizado que actúa como una empresa que tiene como objetivo fundamental la búsqueda de los mayores beneficios posibles. Por ello, la mejor manera de obtener resultados en esta lucha es suprimir la fuente de financiación de las empresas del crimen organizado y sus ganancias. Es fundamental, por lo tanto, el embargo preventivo o incautación de bienes, que son las medidas cautelares, sin las cuales, el comiso de bienes sería imposible, para evitar que los corruptos se queden con sus bienes después de ser enjuiciados. Siendo así, es imprescindible hacerlo, lo más deprisa posible, el embargo preventivo de bienes, de los imputados por hechos de corrupción.

Muchas veces, los bienes: (muebles o inmuebles) de los tradicionalmente imputados en estos procesos, (políticos, de todos los rangos, empresarios y funcionarios públicos) no están en sus países de residencia sino en otros sitios, que convierte en imprescindible, la cooperación jurídica

⁹ROSE-ACKERMAN, Susan: *La Corrupción y los Gobiernos: Causas, consecuencias y reforma*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2.001.

¹⁰ Ibídem.

internacional entre los países. El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia es un ejemplo para los demás países de cómo puede ser útil esa cooperación, no sólo para el país solicitante, sino para todo el mundo, una vez, que esa es una lucha de todos y no de unos pocos. Cuanto más débil sea el nivel de la corrupción en un país mejor para todos, porque, no hay más dudas de que la corrupción, muchas veces, es una especie de crimen organizado y este no tiene más fronteras, es transnacional, así como el tráfico de estupefacientes y otras ramas del crimen organizado, como por ejemplo: la prostitución, el tráfico de personas y órganos, el tráfico de armas, el juego y tantos otros.

La cooperación jurídica internacional promueve la asistencia entre los países haciendo posible la investigación sobre la ubicación de bienes. El embargo preventivo, permitirá a los países que sufran daños por asuntos de corrupción que en el futuro próximo, tengan la posibilidad de recuperar los bienes. La detención y entrega de los imputados cuando esos hubieren huido de sus países, es otra de las ventajas de la cooperación jurídica internacional, pero en ese trabajo nos vamos a restringir al embargo preventivo, también llamado incautación y al comiso de bienes de hechos de corrupción.

Haremos el análisis de los antecedentes históricos. Estudiando la Convención de Viena de lucha contra el tráfico de estupefacientes de 1.988, la Convención de la OEA de 1.996, la pionera en la lucha contra la corrupción, después la Convención de Palermo del crimen organizado de 2.000, y al final, la más importante de todas para nuestro estudio que es la Convención de Mérida de lucha contra la corrupción de 2.003. Esta mantiene muchos de los institutos y herramientas de las otras tres y desarrolla, algunos de ellos como el comiso, embargo preventivo e incautación de bienes, los cuales han sido y son muy importantes en la lucha sobre todo contra el tráfico de estupefacientes. Incluso, esas herramientas serán cada vez más fundamentales en la lucha contra la corrupción, aunque, a día de hoy no han sido utilizadas en todo su potencial, con certeza, si lo fuesen los resultados serían mucho mejores.

En nuestro estudio demostraremos que esos institutos pueden ser utilizados también en los procesos civiles y no sólo en los criminales, como

ocurre en Brasil con la importantísima Ley de Improbidad Administrativa n. 8.429/92, que es la norma más utilizada en la lucha contra la corrupción en este país. En España, donde el comiso es una consecuencia accesoria de la pena criminal, la incautación y el decomiso es producto de un proceso penal.

Este trabajo se limita a llamar la atención sobre la importancia de la recuperación de los bienes de hechos de corrupción, como estrategia clave en la lucha contra la corrupción, lo que produce un cambio de paradigmas en esta cuestión.

La metodología empleada consiste en la investigación de los principales tratados internacionales, no sólo de lucha contra la corrupción, más también, todos aquellos que tengan tratado sobre el embargo de bienes, incautación y el comiso, así como de la bibliografía sobre este asunto. Haciendo una revisión crítica de la doctrina y jurisprudencia existente en España e Brasil, sobre todo, relacionados al embargo de bienes y los retos de la lucha contra la corrupción, en la actualidad en Brasil, donde grandes son las dificultades en promoverse el embargo de bienes de hechos de corrupción, lo que no ocurre en España, donde el embargo de bienes es casi automático.

Ha llegado el momento de poner la cuestión de la corrupción en la orden del día, como ya lo ha hecho las NU, con la edición de la Convención de Mérida. Ahora toca a los ciudadanos de todo el mundo hacer de la lucha contra la corrupción un movimiento mundial, como ya se hizo con la causa ambiental, y cobrar a los gobernantes la debida responsabilidad política para combatir la corrupción, estableciendo una política de tolerancia cero con ella, incluso, no aceptando las candidaturas de personas imputadas por hechos de corrupción, como se intenta hacer en Brasil con la ley de los candidatos a las elecciones "fichas limpias". Rafael Bustos Gisbert ya nos advertía que la tolerancia con la corrupción lleva a una deslegitimación de todo el sistema democrático.¹¹

El Embajador americano, Michael Skol, reconocido experto en política mundial y pionero en el creciente campo de lucha contra la corrupción y

¹¹BUSTOS GISBERT, Rafael: " La Recuperación de la Responsabilidad Política en la Lucha Contra la Corrupción de los Gobernantes: Una tarea Pendiente ", en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (coord.):" *La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar*", Ratio Legis, Salamanca, 2.004.

medidas contra el blanqueo de dinero, nos renueva la esperanza, cuando afirma:

“... la corrupción no puede ya considerarse como la lluvia o el granizo, un fenómeno que debemos tolerar y al que debemos adaptarnos. Nosotros sí *podemos* cambiar. *Podemos* detener la corrupción y podemos castigar al corrupto.”¹²

2. LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN MEDIANTE LA PRIVACIÓN DE LOS BIENES DE LOS CORRUPTOS. LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS.

La corrupción tradicional era individual y sus conductas se correspondían con la descripción de los tipos penales clásicos de cohecho, malversación, entre otros. Sin embargo, la corrupción moderna opera mucho más en los mercados financieros y no siempre tiene conductas claramente descritas en los Códigos Penales, muchos de los cuales datan del inicio del siglo pasado. La globalización ha cambiado no solamente la economía más también el mundo del crimen, todavía, el Estado y el Derecho Penal siguen actuando como si el tiempo hubiese parado. Sus paradigmas son obsoletos, por eso, no son eficientes en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado. Hay que cambiarlos para buscarse la máxima eficacia en el combate a la corrupción. Es justamente esto lo que buscan las Convenciones de Viena, de la OEA, de Palermo y de Mérida, pero la implementación de estos nuevos paradigmas sigue pendiente. Por eso, la importancia de estudiar el

¹² SKOL, Michael: “ Presentación ”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (coord.): “ *La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar*”, Ratio Legis, Salamanca, 2.004, p.11.

embargo de bienes de hechos de corrupción como instrumento de privación de los bienes de los corruptos que hace posible la recuperación de los activos de los Estados víctimas de la corrupción.

La creciente interrelación entre corrupción y crimen organizado se debe a los efectos de la globalización, con la consecuente liberalización de los mercados sin la correspondiente modernización del Estado, sobre todo, de la administración de la justicia. Este fenómeno es aún más notable en toda América Latina y en la Europa del Este.

2.1. LAS MULTINACIONALES DEL CRIMEN

La globalización produce una nueva organización criminal que es la multinacional del crimen que multiplican muchas veces sus beneficios se aprovechan del nuevo orden mundial y de las grandes oportunidades que se abren a las actividades ilícitas. Su nuevo perfil está muy cerca de las organizaciones empresariales.

La nueva delincuencia tiene las siguientes características:

1. Internacionalización;
2. Profesionalización;
3. Organización empresarial;
4. Actuación masiva en los mercados lícitos;
5. Financiación ilegal de los partidos políticos.¹³

Las multinacionales del crimen provocan una interdependencia entre crimen organizado, corrupción, política y los mercados, tan grave y preocupante que ha merecido el siguiente análisis por parte del experto en este asunto Carlos Castresana Fernández:

¹³ CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos: "Corrupción, globalización y delincuencia organizada", en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (coord.): " *La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar*", Ratio Legis, Salamanca, 2.004.

“La incidencia de la financiación ilegal de los partidos políticos ha alcanzado niveles en los países más desarrollados que permiten poner en duda la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública y la efectividad del sufragio electoral. En buena medida, se ha producido un desplazamiento del centro de decisiones desde las instituciones democráticas hacia el mercado. Las decisiones políticas están cada vez más condicionadas y predeterminadas por la financiación privada de las campañas electorales, que dista mucho de la teórica transparencia consagrada por los diferentes ordenamientos jurídicos.”¹⁴

Su comentario explica, en profundidad, lo que viene ocurriendo en el escenario político contemporáneo. Así, es posible comprender el extraordinario distanciamiento entre la ciudadanía y el mundo político, lo que justifica movimientos como el recenté 15M en España y otras revueltas que vienen ocurriendo, incluso, en el viejo continente, que hoy día, recuerda los tiempos de frecuentes protestas en la América Latina, cuando ésta tenía dictaduras.

3.2. GLOBALIZAR EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN

Los males de la corrupción y de la impunidad, que caminan juntas, son el mayor desafío del mundo contemporáneo, una vez que debilitan el Estado y su economía. Es del conocimiento de todos que el número de crímenes desconocidos supera con creces el de los registrados, y el de los que quedan impunes es infinitamente mayor que el de los que son castigados. La verdad, es que la impunidad es la regla general, hasta en los crímenes comunes, aún

¹⁴ *Ibíd*em, p.217.

más en los delitos de corrupción, donde los investigados e imputados son, muchas veces, personas con prestigio político y económico en sus sociedades y detentoras de cargos políticos. Por esto, la investigación, ocurre pocas veces y los imputados son aún en número menor que los investigados. Los delincuentes, en no raras veces, detentan influencia, incluso, sobre la policía e influyen en la justicia, lo que dificulta aún más el combate a la corrupción. Su impunidad estimula e incentiva nuevos actos corruptos. Es un círculo vicioso, donde la corrupción se retroalimenta de ella misma, haciéndose cada vez más poderosa. En contra de lo esperable, y de lo que debiera suceder, la justicia parece cada vez más impotente, o más indolente, o más corrupta o connivente, o más cobarde, o más manipulable, o más susceptible de tergiversación y de perversión. Muchos delitos prescriben, porque la justicia es lenta e ineficiente, realmente no hace justicia, sobre todo, cuando se trata de los poderosos. Recordemos que fueron pocos los nazis castigados por sus crímenes contra la humanidad y genocidio. La gran mayoría se libró del castigo, eso sin hablar de los numerosos dictadores: suramericanos, africanos y muchos otros que acaban abandonando su país con una fortuna en sus bolsillos, dejando pueblos hambrientos y miserables y jamás rinden cuentas a la justicia. Es necesario cambiar esa realidad de casi completa impunidad. En verdad el Derecho Penal no es suficiente para combatir la corrupción. Su principal objetivo es castigar con sanciones penales sus imputados. Ocurre que esos no serán castigados mientras tengan poder y dinero. Todos saben que sin dinero no hay poder, porque ambos son inseparables. Por lo tanto, si quitamos el dinero de los corruptos estos se quedan sin poder y por eso podrán más sencillamente ser llevados a los tribunales. El Teniente Fiscal Antidroga de la Audiencia Nacional, José María Lombardo, sentenció:

“Si a un narcotraficante le quitas el dinero y lo dejas con la noche y el día, lo anulas; pero si únicamente le quitas la droga, vuelve a resurgir.”¹⁵

¹⁵ Periódico el ABC, 22.02.2011, p. 80.

Lo mismo pasa con los corruptos, no es suficiente encarcélos es imprescindible quitarles su dinero. Solamente así, lo enflaquecerá, de lo contrario volverá aún más fuerte. La operación "Manos Limpias" nos enseña que hay que matar la corrupción en su raíz, porque, en caso contrario, ella vuelve y derrumba a todos que se han atrevido a luchar contra ella. Situaciones similares a la de Italia suceden en muchos sitios del mundo y hay que reflexionar sobre ellas y sobre las estrategias para combatir la corrupción. Desde luego, es posible concluir que es mucho más difícil luchar contra la corrupción de lo que puede pensarse a la primera vista.

El mejor camino para buscar lo mínimo de eficiencia en la lucha contra la corrupción y su nueva forma de delincuencia que son sus auténticas multinacionales del crimen, es globalizar la respuesta por parte de los Estados y también de la ciudadanía. Es lo que han intentado las organizaciones internacionales como la ONU, UNIÓN EUROPEA, CONSEJO DE EUROPA, OCDE, TRANSPARENCIA INTERNACIONAL y OEA para solo citar las más destacadas por su trabajo de lucha contra la corrupción. Por eso, son tan importantes las Convenciones Internacionales, en especial, la de Mérida y de la OEA, porque tratan directamente de la corrupción, aunque, tengan heredado mucho de sus antecesoras Convenciones de Viena y Palermo.

No podemos quedar con el lado malo de la globalización y ya que esta es inevitable, que sea ampliada para las cosas buenas y necesarias y eso es lo que aboga Nicolás Rodríguez García:

"El punto del que creemos que hay que partir es que quizás no hay que ir *contra* la globalización, considerada como un todo, proceso que parece imparable e irremediable, y sí haya que reclamar una globalización *total*, en todos los ámbitos, porque como comentó el ex presidente norteamericano CLINTON, no se puede pretender tener un comercio global sin una política económica global, una política sanitaria global, una política de medio ambiente global y una política de seguridad global. Precisamente en este último ámbito, como lo ha señalado

SARAMAGO, si no se quiere que el *ratón de los derechos humanos* acabe por ser devorado implacablemente por el *gato de la globalización económica* tenemos entre todos que reclamar más globalización en materia de derechos, garantías y libertades."¹⁶

Relativizar el concepto de soberanía estatal para hacer más sencillo el combate a la corrupción, como propone este mismo autor, es medida fundamental para combatir el fenómeno de la globalización del crimen.¹⁷ Con eso, se haría más sencillo los procesos de extradición y los cumplimientos de decisiones judiciales de un país por otro, como ya ocurre en el espacio europeo de libertad, justicia y seguridad de la Unión Europea y que es ejemplo para el mundo. Prueba de esto, es la colaboración que está ocurriendo entre la Fiscalía, la Policía y el Poder Judicial de España, Francia y Portugal en la lucha contra el terrorismo de ETA, que ya ha llevado esta banda armada al más completo aislamiento de su historia reciente, incluso, con cerca de 800 detenidos en las cárceles españolas. Producto de esta intensa y exitosa cooperación, es la previsión de muchos expertos, de que el fin de ETA nunca ha estado tan cerca. Por lo tanto, cuando el Estado desea y trabaja por su objetivo es posible obtenerse éxito hasta en los objetivos más difíciles, como es el caso de ETA para España.

La burocracia sería sustituida por la celeridad indispensable al combate del crimen organizado y de la corrupción. Las modernas herramientas de la alta tecnología no serían más utilizadas solamente por las organizaciones criminales, más también por los órganos represivos del Estado para que la sociedad gane esta guerra contra la corrupción. Por lo tanto, es indispensable el intercambio de informaciones y la asistencia entre los Ministerios Públicos, los Poderes Judiciales y las Policías de todos los países del mundo, además la voluntad política de los gobernantes en hacer efectiva esta colaboración. Sin ella no se tendrá éxito en esta batalla.

¹⁶ RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, obra cit.p.242.

¹⁷ *Ibidem*.

Todavía en el resto del mundo ha mucho por hacer. El MERCOSUR en América del Sur es un ejemplo de lo lejos que estamos en materia de globalización de la respuesta del Estado al crimen organizado y a la corrupción. En la práctica está todo por ser hecho en materia de integración, cooperación y asistencia de las instituciones que deben luchar contra el crimen. Hasta porqué, el MERCOSUR ha desarrollado muy poco, incluso, en su objetivo mayor que es la integración económica, la cual es indispensable para el futuro económico de la región, sobre todo, porque el mundo hoy día posee bloques económicos por todos los sitios. Por lo tanto, el futuro de la región está vinculado a su integración, la cual, no puede ser solamente económica, como ya nos ha dicho BILL CLINTON, citado por Nicolás Rodríguez García.¹⁸

La idea de la creación de una Fiscalía Europea tampoco es un sueño, sino una necesidad para avanzar en la lucha contra la corrupción. Hace parte integrante de la estrategia de globalizar la respuesta a la creciente corrupción. Ya tenemos en la Unión Europea un Parlamento, un Tribunal de Justicia Europeo, hace falta una Fiscalía Europea para que la integración sea completa. Nicolás Rodríguez García aboga por esta idea, que comparto, recordándonos de la revolución de los fiscales que ocurrió en Italia. La operación "manos limpias", que se desencadenó en Tangentopoli, Milán, ciudad de las tangentes o beneficios obtenidos de la corrupción, donde la fiscalía tuvo un protagonismo clave en la lucha contra la corrupción. La unión de jueces, fiscales y de la ciudadanía fue, sin cualquier duda, un marco en la historia reciente de la lucha contra la corrupción y constituyese en un ejemplo de coraje y determinación en la busca de la defensa del interés común.¹⁹ El papel del Ministerio Público en la lucha contra la corrupción fue fundamental en Italia y sigue siéndolo, aunque los corruptos tengan ganado terreno en el mundo político, como lamentablemente tiene ocurrido en todo el mundo. Incluso, hay una reciente tendencia de importantes empresarios, muchas veces involucrados en procesos penales de corrupción, de concurrir en las elecciones. Lo que revela la culminación del proceso de desviación de los mecanismos democráticos de

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*, obra ya citada, p.265.

adopción de decisiones políticas hacia los centros de poder económico. La corrupción se han transformado en un mecanismo de control de las instituciones. Los corruptos están dejando de financiar un político profesional, cuando pueden ocupar su lugar, financiando la propia campaña electoral y ascendiendo personalmente al cargo público, incluso, adquiriendo las inmunidades que el cargo político le confiere, y al mismo tiempo, bloqueando los procesos criminales en trámite. Para los corruptos es el máximo de los logros posibles en su escalada criminosa.

Nicolás Rodríguez García apunta el camino para empezar la creación de la Fiscalía Europea:

“La Fiscalía Europea se crearía a partir de Eurojus, de forma tal que las competencias de una y otra institución sean *complementarias*: Eurojust, que no tiene funciones operativas, tendría una competencia genérica en materia de delincuencia organizada, y dentro de ella, la financiera, y la Fiscalía Europea tendría una competencia prioritaria en materia de protección de los intereses financieros comunitarios.”²⁰

La mejor manera de globalizar la lucha contra la corrupción es elegir como prioridad número uno: la recuperación de los activos de los Estados que sufrirán daños con hechos de corrupción. Para obtener eficiencia en esta estrategia es fundamental desarrollar y hacer la implementación del embargo de bienes del modo más amplio posible. Hay que embargo los bienes no solo de los corruptos como también de sus empresas criminales. El embargo debe ser automático y obligatorio, una vez que haya investigación o enjuiciamiento por hechos de corrupción, como en la práctica tiene sido hecho en España. Esto es lo que propone para todos los países del mundo la Convención de Mérida que desde 2.003 ha elegido la recuperación de activos como estrategia clave en la lucha contra la corrupción.

²⁰ *Ibíd*em, obra ya citada, p.265.

2.3. LA AMENAZA DE LOS PARAÍDOS FISCALES

El dinero de la corrupción mundial está ubicado en los países que tienen reglas opacas de funcionamiento de su sistema financiero que facilitan el blanqueo de dinero. Son los denominados paraísos fiscales, porque esos países, como regla general tampoco cooperan con los Estados que persiguen la recuperación de sus activos. Lamentablemente, algunos de ellos están ubicados en el continente europeo, incluso, países que firmaran la Convención de lucha contra la corrupción de Mérida de las Naciones Unidas y que también hacen parte de la Unión Europea, que desea construir un espacio de libertad, seguridad y justicia, que es el continente del mundo más desarrollado en materia de cooperación jurídica internacional y que tiene la mayor cantidad de instituciones y normas jurídicas destinadas a la cooperación entre los Estados. El portal jurídico LA LEY ha divulgado en 2.008 los siguientes números que son aterradores. El Principado de Liechtenstein: este pequeño territorio europeo vive fundamentalmente de ese negocio. Con sólo 35.000 habitantes, posee 70.000 "fundaciones" que son modalidades para inscribir presuntas firmas familiares y sus capitales sin abonar impuestos. En dicho territorio están depositados más de 110.000 millones de euros. Islas Caimán: este territorio, situado en el Caribe y controlado por Gran Bretaña, posee una población de apenas 35.000 habitantes, y en su territorio se concentran 548 bancos, entre ellos, cuarenta y seis de los cincuenta más importantes del mundo, constituyéndose en la quinta mayor plaza financiera del globo, contiendo, cerca de 70.000 firmas y 600.000 millones de dólares. También en el Caribe se encuentran las Islas Vírgenes Británicas, que, con 22.000 habitantes, tiene registradas más de 500.000 empresas extranjeras en sus bancos Off Shore. Gibraltar: con 4,5 km cuadrados y 30.000 habitantes, tiene registradas más de 70.000 sociedades. Andorra: tiene una población de 82.000 habitantes y es el refugio de capitales para deportistas, artistas y grandes fortunas. En este territorio, cuya moneda es el euro, el secreto bancario se considera como un baluarte nacional, que su gobierno y los bancos no están dispuestos a eliminar. En Luxemburgo están domiciliadas 12.000 sociedades pantalla, y 210 entidades bancarias que manejan activos por 600.000 millones de euros.

Según la OCDE, los paraísos fiscales acumulan un patrimonio privado entre 5 y 7 billones de dólares, cinco veces superior al de hace dos décadas. Según un estudio de Merrill Lynch, en los paraísos fiscales de todo el mundo los depósitos alcanzan casi 6 billones de dólares, equivalente a casi un tercio de los activos colocados en el mundo de las fortunas particulares. El banco de inversión estadounidense también calcula que en estos Estados hay más de un millón de sociedades amparadas en el anonimato. El Fondo Monetario Internacional ha denunciado que estos territorios sirven de escondrijo para una cuarta parte de la riqueza privada mundial. El organismo internacional subraya que, de pagar impuestos, cubrirían de sobra las Metas del Milenio propuestos por la ONU para reducir a la mitad la pobreza del mundo en el año 2015.²¹

Según datos del Banco Mundial, todos los años se paga un billón de dólares en sobornos, y según las NU, sólo en África, más de 400.000 millones de dólares se han saqueado y ocultado en países extranjeros. La corrupción de los políticos es una cuestión de desarrollo, porque la corrupción de las instancias superiores socava el desarrollo económico y hace ineficaces importantes proyectos, como por ejemplo, la lucha contra la pobreza. En muchas partes del mundo, los políticos se han forrado sus propios bolsillos en vez de financiar el desarrollo, por ejemplo, de nuevas carreteras, escuelas y hospitales.

En los últimos años, las NU ha estado elaborando nuevos medios para impedir el acceso de los funcionarios corrompidos a la riqueza que han acumulado mediante actividades corruptas, así como para emplear nuevos medios de localización de sus bienes.

Todavía, los paraísos fiscales siguen siendo una grande amenaza a la economía mundial. El presidente francés, recientemente, ha llegado a hablar en acabar con los paraísos fiscales. Esta es la medida más correcta que se puede hacer, pero, no lo es tan sencillo ejecutarla. Muchas de las transacciones de las empresas multinacionales transitan a través de los paraísos fiscales. Los mayores bancos del mundo tienen filiales en esos

²¹ DIARIO LA LEY (REDACCIÓN): "¿Hasta cuándo los paraísos fiscales?", *Diario La Ley*, no. 6970, 18/06/2008.

territorios. La propia economía americana es hoy dependiente de esos paraísos, pues buena parte del dinero que circula en el mundo globalizado está en ellos. La crisis económica actual, producto de la especulación inmobiliaria es atribuida a estos territorios, que no son tan solamente, pequeños países, que una vez desprovistos de otros recursos económicos dedican a adoptar regímenes de baja o nula tributación para poder sobrevivir en la economía global. Los paraísos fiscales adoptan reglas de secreto bancario que dificultan o impiden las investigaciones de corrupción o delincuencia organizada. Constituyen un terreno abonado para la corrupción y la globalización ha permitido la fuga de los recursos financieros de los países. Como ejemplo, tenemos el caso de Rusia, que en 1998, recibió préstamos por importe de 40.000 millones de dólares, siendo que casi 80% de este importe fue transferido al paraíso fiscal de Jersey.

Por esa razón, el crimen organizado, los corruptos de todo el mundo y hasta los terroristas han utilizado estos países, incluso, para blanquear su dinero e hacerlo volver a la economía formal, dando la apariencia de legalidad. Prueba de eso, es que el gobierno americano después del 11 de septiembre de 2001, solo había conseguido incautar 121 millones de dólares. Este resultado, contrasta con la fortuna de la familia Bin Laden que ascendía a 40.000 millones de euros.

Los paraísos fiscales ofrecen a sus clientes tres productos:

1. Sociedades de pantalla, es decir, personas jurídicas anónimas, que son constituidas en territorios en los que la ley interna no exige la identificación de los directores o administradores, así como de los accionistas. Los titulares reales de los bienes y derechos no están al alcance de las autoridades, ni siquiera locales y mucho menos de otros países que investiguen actos de corrupción u otros delitos relacionados al crimen organizado o mismo al terrorismo.
2. Sus cuentas bancarias son numeradas o cifradas, lo que impide la identificación de sus reales propietarios. Su secreto bancario es inexpugnable.

3. Ofrecen como principal producto, a sus clientes, la figura jurídica del trust o fideicomiso, la constitución de un fondo a través del cual se van a poder materializar inversiones transnacionales con la garantía de anonimato.

Para los criminales de todo el mundo es realmente la conquista del paraíso.

Solamente habrá recuperación completa de los activos de hechos de corrupción cuando no más existieren los paraísos fiscales, porque éstos detienen gran cantidad de dinero producto de la corrupción y hay que hacer la devolución de este dinero a sus legítimos propietarios, que son muchas veces, los países más pobres del mundo, donde hace falta: escuelas, hospitales, carreteras, empleos y desarrollo.

3. MECANISMOS DE RECUPERACIÓN DE ACTIVOS: EMBARGO PREVENTIVO Y COMISO

Los principales mecanismos de recuperación de activos son: el embargo de bienes y el comiso. Las Convenciones de la OEA y de la ONU de lucha contra la corrupción consideran que estos institutos jurídicos son claves en la lucha contra la corrupción, porque son ellos que van permitir la recuperación de activos de hechos de corrupción y así la indemnización de los Estados y de sus pueblos que sufrirán daños por actos de corrupción. Además, de la indemnización el comiso de las ganancias permite el aniquilamiento de las organizaciones corruptas que dejan de tener poder económico y también político.

La recuperación de activos está prevista en el capítulo V de la Convención de Mérida, en sus artículos 51 a 57, siendo uno de los principios fundamentales de este instrumento internacional. La recuperación de activos

consiste en promover la busca y detención de los bienes pertenecientes al patrimonio del Estado o su equivalente en dinero, aún que estén ubicados en otros países, cuando para la recuperación será imprescindible la cooperación jurídica internacional. Dicha Convención no prevé solamente el comiso, más también el embargo preventivo de bienes, adoptando el principio de las ganancias brutas que es el más eficiente en la lucha contra la corrupción.

3.1. EL EMBARGO DE BIENES

El artículo 1, de la Convención de Viena de 1.988 ya conceptuaba en su apartado "I" el EMBARGO PREVENTIVO o INCAUTACIÓN como la prohibición temporal de transferir, convertir, enajenar o mover bienes, o la custodia o el control temporales de bienes por mandamiento expedido por un Tribunal o por una autoridad competente. Esa autoridad competente puede ser otra que no la autoridad judicial, en Suiza esa función es hecha por los fiscales del Ministerio Público. En la investigación número 001/2.010 de la 57ª. Fiscalía del Ministerio Público del Estado de Goiás, los contactos fueron hechos entre los dos Ministerios Públicos a través de las autoridades centrales de Brasil y Suiza. Caso fuese con los Estados Unidos la comunicación podría ser hecha directamente por los miembros de los dos Ministerios Públicos, sin la intervención de la autoridad central de estos países, haciendo más sencilla y rápida la cooperación internacional. Además, en muchos países los funcionarios públicos que actúan en la autoridad central, responsable por la cooperación jurídica internacional, no son admitidos por oposición, es decir, por selección pública, más si, por indicación política, lo que compromete la independencia y la eficiencia de estos órganos, como ocurre en Brasil, desde que ha empezado a funcionar en el año de 2.003 la autoridad central, el Departamento de Recuperación de Activos y de Cooperación Jurídica Internacional (DRCI), bajo control del Ministerio de la Justicia, por lo tanto de un órgano político. En el caso brasileño, ya ha antecedentes de utilización política de este órgano por el partido político que está en el gobierno federal, el Partido de los Trabajadores (PT), contra sus opositores políticos. La falta de

independencia de la autoridad central hace con que el órgano pueda ser utilizado con finalidad política. Lo que causa enorme perjuicio a su credibilidad con los otros Estados cooperantes. Este es el gran problema de las autoridades centrales, bien como de las unidades de inteligencia financiera. Para que estas funcionen bien es imprescindible que sus funcionarios sean seleccionados a través de oposición, que tengan estabilidad en su empleo y independencia funcional y administrativa, sin estas garantías no habrá independencia en sus acciones y quedará perjudicada la cooperación jurídica entre los Estados y que como ya subrayamos es fundamental para que la lucha contra la corrupción tenga éxito.

En su párrafo 2 dispone del EMBARGO PREVENTIVO de bienes como medida preventiva al DECOMISO, sin la cual no existirá el decomiso, porque el corrupto no se quedará esperando a su condena. Ocurre que el Estado no es tan eficiente cuanto el crimen organizado y cuando actúa, ya es inútil, porque no hay más bienes para decomisar, por eso es fundamental el embargo preventivo de bienes, para que el Estado no se quede con el perjuicio financiero de los hechos de corrupción.²²

El embargo preventivo de bienes debe ser de las ganancias brutas y no de las netas para ser efectivo. Además, el embargo debe garantizar la indemnización integral de los perjuicios causados al Estado por hechos de corrupción, por eso, el embargo preventivo puede alcanzar los bienes no procedentes del delito para asegurar el comiso por valor equivalente al perjuicio causado.

²²Ibídem." 3... autoridades competentes a ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Las Partes no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario."

3.2. EL COMISO

3.2.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El comiso, no una novedad en el Derecho, sus raíces van muy lejos en el tiempo. Tuvo un lugar destacado en el catálogo de las penas patrimoniales que iban unidas a la comisión de delitos de cierta gravedad. La imposición de una pena, y con ella la confiscación de todo el patrimonio, ha servido desde el año 100 a.C. para el enriquecimiento del Estado. Ya en tiempo de los romanos, se preveía la privación de los bienes pertenecientes al autor de un delito a través de un acto de autoridad del poder público.²³ La imposición de esta sanción estuvo unida a la ejecución de comportamientos sancionados por las leyes regias que se reputaban lesivos para los intereses sagrados del grupo. Esta manifestación de la confiscación fue conocida como "consecratio bonorum". A través de la sanción se ofrecía la persona y, en determinados supuestos los bienes del sujeto, a la divinidad a la que hubiese ofendido a través de su comportamiento a título de purificación expiatoria.²⁴ Con la expresión "publicatio bonorum" se aludía a la forma más habitual de confiscación de bienes en el Derecho Penal romano, consistente en la apropiación por parte de la comunidad tanto de los bienes vacantes como de aquellos otros pertenecientes a quienes habían sido condenados a la pena capital, la cual comprendía no solo la pena de muerte sino también la pena de exilio como sustitutiva de ésta. La imposición de alguna de estas penas conllevaba, como consecuencia tácita, la confiscación de todos los bienes del condenado. Con el pasar del tiempo se fue limitando la sanción permitiéndose que el condenado y su familia retuviesen una parte del patrimonio, para cubrir su desplazamiento al exilio y su subsistencia, si bien al tratarse de una concesión de la autoridad y no de un derecho, podían ser desposeídos de todos los bienes. Posteriormente, en el año 18 a.C., en virtud de la "lex Iulia de adulteriis coercendi", la "publicatio bonorum" no sólo es una consecuencia tácita de la pena capital, sino que adquiere autonomía, erigiéndose en una

²³ AGUADO CORREA, Teresa: *El Comiso*, Madrid, 2.000.

²⁴ *Ibidem*, p. 2.

pena autónoma cuya imposición no depende de la imposición de ninguna otra sanción penal. Ya no se trata de una confiscación total sino parcial. Sólo afecta a ciertos bienes del condenado que varían según los casos.²⁵ En el Derecho Penal romano, la confiscación total de bienes no es una sanción prevista para todos los delitos, sino que queda circunscrita a determinados hechos revestidos de cierta gravedad. Son ellos: los delitos de lesa majestad, el homicidio, el aborto y la castración dentro de los delitos contra la vida o la integridad física; determinados atentados contra el pudor, como el rapto de vírgenes, el adulterio y el lenocinio, la violación, la homosexualidad; el delito de coacciones y señalo los delitos cometidos por autoridades y mandatarios públicos durante el ejercicio de su cargo; la falsificación de moneda y de documentos y determinados atentados contra la propiedad, entre otros, el hurto de cosas muebles pertenecientes al Estado. Por su parte, la confiscación de determinados bienes desde el momento de la comisión del hecho delictivo, podía afectar a bienes inmuebles o bien recaer sobre ciertos medios u objetos empleados para la comisión del delito o sobre las cosas sobre la cuales recaía la acción. La confiscación alcanzó gran relevancia en el derecho visigodo como instrumento utilizado por los monarcas para debilitar a sus adversarios políticos, quienes poseían un gran patrimonio. A través de la confiscación del patrimonio de los nobles, el monarca conseguía un doble objetivo: debilitar la fuerza de sus enemigos, y gratificar a aquellos que le habían prestado su apoyo tanto en el momento de acceder al trono como durante su mandato. Podemos encontrar la confiscación general de una persona en otros Códigos Penales europeos: como el español, francés y alemán. También los americanos prevén la confiscación como instrumento de combate al crimen organizado.

El Código Penal español de 1822 ya disponía de la pérdida de algunos efectos incluida en el catálogo de penas. En concreto, en el artículo 90 se regulaba el comiso de efectos e instrumentos en los siguientes términos: "Las armas, instrumentos ó utensilios con que se haya ejecutado el delito, y los efectos en que este consista, ó que formen parte del cuerpo de él, se

²⁵Ibidem.

recogerán por el juez para destruirlos ó inutilizarlos siempre que convenga; y cuando no, se aplicará como multa el importe que se pueda sacar de ellos; á no ser que pertenezcan á un tercero á quien se hubiere robado ó sustraído sin culpa suya, en cuyo caso se le restituirán íntegra y puntualmente.”

El Código Penal de 1.848, en su art. 24 ya incluía como pena accesoria la pérdida ó comiso de los instrumentos y efectos del delito en términos que han perdurado casi inalterados hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1.995: “Toda pena que se imponga por un delito lleva consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los instrumentos con que se ejecute. Los unos y los otros serán decomisados, á no ser que pertenezcan á un tercero no responsable del delito”, el tercero de buena fe. Como novedad frente al Código Penal de 1822, se prevé en el artículo 490 la posibilidad de decretar el comiso de efectos e instrumentos de algunas faltas, comiso que decretará el Tribunal “á su prudente arbitrio, según los casos y circunstancias”. Esta regulación está presente en el Código Penal de 1950.

Por lo que respecta al comiso de lo que consideramos ganancias, la primera referencia que encontramos es en el artículo 136 del Código Penal de 1928 en el cual se prevé el comiso de “ las dádivas o presentes entregados en los delitos de cohecho”, apartándose de lo dispuesto en el artículo 89 del Código Penal de 1822 en el cual se disponía que “en todo delito cometido por soborno, cohecho o regalo, y en cualquiera en que intervenga alguna de estas cosas, se impondrá al sobornador y al sobornado de mancomún una multa equivalente al tres tanto de lo dado ó prometido, sin perjuicio de las demás que prescriba la ley. Lo dado en soborno ó regalo no se restituirá nunca al sobornador, sino que se aplicará también su importe como multa. Si lo prometido en soborno no consistiere en cantidad u otra dádiva determinada, sino en ofrecimiento de alguna colocación ó en otras esperanzas de mejor fortuna, graduarán los jueces de hecho prudencialmente la utilidad ó rendimiento que en tres años produciría lo prometido si se hubiera realizado; y el importe de lo que gradúen como suma de esos tres años será el que deba triplicarse como multa”. Aparte del mantenimiento de esta previsión para los

delitos de cohecho, el comiso de ganancias se ha previsto para otros delitos, como el tráfico de drogas. Pero no es hasta el Código Penal de 1.995 cuando se prevé con carácter general para todos los delitos o faltas dolosos y se le ubica junto con el comiso de efectos e instrumentos entre las consecuencias accesorias.²⁶

3.2.2. EL COMISO EN EL DERECHO ESPAÑOL

En la breve regulación que se contiene en el Código Penal español sobre el comiso, poco se dice sobre el contenido del mismo. No obstante, la doctrina, la jurisprudencia y la Fiscalía General del Estado han venido entendiendo que implica la pérdida del dominio como efecto sustantivo penal, inmediato y definitivo y no implica, como ocurre con la pena de multa y con el comiso en otros ordenamientos jurídicos como el austríaco, el nacimiento de un crédito. Afirmación que se puede seguir sosteniendo tras la aprobación del Código Penal en 1995, puesto en el artículo 127 se habla de "pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se haya ejecutado así como las ganancias provenientes del delito."

En distintos instrumentos jurídicos internacionales también se contempla el comiso como pérdida. Así, en el artículo 1º, letra f, de la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988) se afirma: "Por decomiso se entiende la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un tribunal o de otra autoridad competente." En el artículo 1º, letra d, del Convenio número 141 del Consejo de Europa sobre el blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del crimen de 1990, se afirma que "confiscación" significa pena o medida, ordenada por un Tribunal sobre los beneficios relacionados con un delito o varios que consiste en la privación final de la propiedad.

²⁶ Ibidem.

El carácter definitivo de la pérdida es lo que distingue al comiso de efectos e instrumentos del secuestro. Este último no es sino una medida cautelar real que se puede acordar en cualquier fase del procedimiento, medida caracterizada, como cualquier medida cautelar, por su carácter provisional e instrumental. Provisional, en tanto que puede resultar alterada en cualquier momento del proceso desapareciendo automáticamente en caso de que la sentencia sea absolutoria y convirtiéndose en definitiva si la sentencia condenase al sujeto. Es instrumental, en la medida en que no es un fin en sí misma, sino que es un medio para alcanzar un fin: que la sentencia que se dicte pueda ejecutarse.²⁷

Hay autores que consideran que el comiso de efectos e instrumentos, al igual que las otras consecuencias accesorias, en rigor no pertenecen al Derecho Penal al no ser sus presupuestos ni la culpabilidad ni la peligrosidad criminal, sino que más bien nos encontramos ante medidas de carácter administrativo o de naturaleza civil, como ocurre en Brasil en la LIA (Ley de Improbidad Administrativa).

Sobre la naturaleza del comiso de efectos e instrumentos se han pronunciado en el mismo sentido tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo. El máximo órgano del Poder Judicial español afirma en la sentencia de 8 de mayo de 1997 (STC 92/1997):

“Según se ha subrayado, el comiso tenía y tiene la consideración de sanción penal accesoria, cuya imposición exige la previa declaración de la responsabilidad penal de la propietaria de los bienes en cuestión.”

Con unos meses de anticipación el TS en la sentencia de 27 de enero de 1997 (Ponente: PUERTA LUIS) señaló:

²⁷ Ibidem.

“Ciertamente, el comiso de los instrumentos y de los efectos del delito (art. 48 del Código Penal de 1.973) constituye una "pena accesoria", y, en el nuevo Código Penal, es configurada como una "consecuencia accesoria" de la pena (véase el art. 127 del Código Penal de 1.995)... El comiso, por el contrario, guarda relación directa con las penas y con el Derecho sancionador, en todo caso, con la lógica exigencia de su carácter personalista y el obligado cauce procesal penal para su imposición.”

También la jurisprudencia atribuye naturaleza penal al comiso de efectos e instrumentos tras la entrada en vigor del Código Penal de 1.995 y de su reforma en 2.010.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo los efectos del comiso:

“se identifican en general con los con los objetos producidos o derivados de la infracción. Los efectos pueden ser todos los bienes o cosas que se encuentren mediata o, inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción” (SSTS de 20 de enero de 1997, 18 de julio de 1995 y 21 de junio 1994).

Afirmación que viene a confirmar que la jurisprudencia sigue entendiendo el concepto de efectos de forma amplia, al incluir los bienes que se encuentren en su poder como consecuencia de delito, entre los cuales sería incluíble el objeto de la infracción.

Sólo podrá recaer el comiso sobre aquellos instrumentos que realmente hayan sido utilizados para perpetrar dicha infracción criminal y no cualquier instrumento que pueda encontrarse a disposición del sujeto .

Así lo ha entendido también la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 2.ª) quien afirma en sentencia de 19 de octubre de 1998, que siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, hay que realizar una interpretación restrictiva del artículo 127 del Código Penal:

“... debiendo en consecuencia estimarse, únicamente, como instrumentos de delito los que de forma directa y cierta, a la vez que próxima, suponen el medio necesario de comisión de la infracción...”

La referencia legal que se hace a los instrumentos con los que se ha “ejecutado” el delito o falta, hizo cuestionarse a algunos autores si ello implicaba circunscribir el comiso a aquellos supuestos en los que se ha alcanzado la consumación, o también era posible decretar el comiso cuando el hecho había quedado en grado de tentativa, cuestión que sigue siendo posible plantearse de nuevo puesto que en la ley se sigue utilizando el verbo ejecutar. La respuesta a esta cuestión debe ser negativa ya que el hecho también se ejecuta aun cuando no llegue a consumarse sino que queda en grado de tentativa, no existiendo ninguna razón material para limitar la imposición del comiso a los casos de realización acabada del hecho típico. Además, téngase en cuenta que el comiso de los instrumentos va unido a la imposición de una pena y al ser punible la tentativa no existe motivo alguno para circunscribir el comiso de instrumentos al delito o falta consumado. Algunos autores van más lejos y admiten la posibilidad de decretar el comiso de los instrumentos utilizados para realizar actos preparatorios punibles, siendo posible así decomisar los instrumentos utilizados para realizar una provocación a la perpetración de un delito siempre que dicha provocación sea punible. Ésta es la línea que se sigue en el § 74 del Código Penal alemán, en donde se contempla la posibilidad de decretar el comiso no sólo de aquellos objetos que

hayan sido utilizados para la ejecución de delito, sino también de los que hayan sido utilizados para su preparación.²⁸

El destino de los efectos, instrumentos y ganancias decomisadas depende, según se desprende del propio artículo 127 CP, de si los mismos son de lícito o ilícito comercio. En el primer caso, se venderán y se aplicará su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado; si por el contrario son de ilícito comercio, se dispone que se les dé el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se procederá a su inutilización.

Si con anterioridad se excluía el comiso de los efectos e instrumentos que perteneciesen a un tercero no responsable del delito, ahora, en virtud de lo dispuesto en el artículo 127 CP, se excluye el comiso de los efectos, instrumentos y ganancias provenientes del delito siempre que pertenezcan a un tercero de buena fe que los haya adquirido legalmente. De esta manera, se exigen dos requisitos más para excluir el comiso previsto en el artículo 127 CP: que el tercero sea de buena fe y que la adquisición haya sido legal. Por consiguiente, se amplían los supuestos en los que el comiso de efectos, instrumentos y ganancias es imperativo.

Una de las novedades más importantes de la regulación del comiso, es la previsión del comiso de ganancias con carácter general para todos los delitos y faltas dolosas art. 127 CP, y no exclusivamente para los delitos de tráfico de drogas y de cohecho, como ocurría con anterioridad.

El comiso de ganancias constituye una medida que ha adquirido en los últimos años gran protagonismo como medio de lucha contra la criminalidad organizada. Este protagonismo se refleja en distintos instrumentos internacionales. Ya en 1988, en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas se adoptaba el comiso de ganancias.

²⁸ *Ibíd.*

En 1990, en el Preámbulo del Convenio número 141 del Consejo de Europa sobre blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del crimen, se vuelve a remarcar la importancia de este mecanismo, afirmando que confían en que uno de los métodos efectivos y modernos a escala internacional para la lucha contra delitos graves, sea la confiscación de ganancias.

Ocho años más tarde, en la Acción común de 3 de diciembre de 1998 adoptada por el Consejo de la Unión Europea sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa al blanqueo de capitales, identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, se considera que se está mejorando la capacidad de obstruir las actividades delictivas de la delincuencia organizada mediante una cooperación más eficaz entre los Estados miembros en la identificación, seguimiento, embargo o incautación y decomiso de activos procedentes de otros delitos.

De nuevo, en el Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999, se pone el acento en la importancia del decomiso de los beneficios al considerarse que el blanqueo de capitales está en el centro mismo de la delincuencia organizada y debe erradicarse allí donde se produzca. El Consejo Europeo decidió garantizar que se den pasos concretos para proceder al seguimiento, embargo preventivo, incautación y decomiso de los beneficios del delito. Es tal la importancia que el comiso de ganancias está adquiriendo, que se habla del mismo como el gran arma en la lucha contra el crimen organizado y, por lo tanto, contra la corrupción. La época en la que el comiso únicamente jugaba un papel destacado en el seno de la legislación de contrabando está superada. Incluso ha dejado de ser un medio de investigación para convertirse en una sanción independiente de creciente importancia en la lucha contra el crimen organizado.²⁹

Para el Consejo de Europa la criminalidad organizada está motiva por la búsqueda del beneficio y del poder. Teresa Aguado Correa nos enseña:

²⁹Ibídem.

“Lo que tenemos que tener muy presente es que con el comiso de las ganancias provenientes de la criminalidad organizada no se pretende únicamente decomisar la ganancia obtenida a través de la comisión de un único hecho para evitar el enriquecimiento, sino que, lo que se pretende, fundamentalmente, es evitar el peligro que para la sociedad representa la utilización de dichas ganancias en la destrucción del sistema económico y la estructura política de un país. Se trata, en definitiva, de evitar que dichas ganancias sean utilizadas para cometer otros delitos, o para corromper entre otros a políticos o funcionarios, empresarios o testigos, o bien evitar que se reinviertan en el circuito económico del país para integrarlas de nuevo en el sistema financiero. Sin embargo, con la supresión de estas ganancias no sólo se pretende conseguir un efecto preventivo especial. Aparte de tratar de evitar que las ganancias sirvan como capital de inversión, lo que se pretende es que tenga un efecto preventivo general, es decir, que se transmita a los delincuentes la idea de que a través de la comisión de estos hechos delictivos no van a enriquecerse.”³⁰

En el ámbito de las sanciones penales patrimoniales contra la criminalidad organizada, se refleja muy bien la tensión entre el Derecho Penal clásico y el Derecho Penal moderno y la tendencia a la consecución de una mayor eficacia del Derecho Penal aún a costa de vulnerar y reducir los derechos fundamentales del hombre e infringir algunos principios constitucionales como el principio “ne bis in idem”, el principio constitucional de proporcionalidad en sentido amplio o el principio de culpabilidad. Los instrumentos internacionales alientan a los países a que estudien la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso.

³⁰Ibídem, p. 20.

Para que el comiso de ganancias pueda llegar a cumplir el importante papel que de él se espera en la lucha contra la criminalidad organizada, es imprescindible una regulación de las medidas cautelares que tienda a garantizar la ejecución del mismo, acorde con las características de esta tipo de criminalidad y, en concreto, con el carácter internacional de la misma.

Deberán ser tomadas todas las medidas necesarias para reducir al mínimo el riesgo de desaparición de los activos. Estas medidas incluirán las necesarias para que los activos objeto de la petición de otro Estado miembro puedan ser rápidamente embargadas o incautadas a fin de que no se vean frustradas posteriores demandas de decomiso. Y no sólo cuando se trata de peticiones de otros Estado son necesarias estas medidas, sino que también son imprescindibles cuando se trate de investigaciones llevadas a cabo por las autoridades españolas competentes. En Brasil esto es justamente lo que no ocurre, gracias a tendencia existente de exigirse la presencia de los dos requisitos procesales para la concesión de una medida cautelar de embargo preventivo de bienes de hechos de corrupción, es decir, la apariencia del buen Derecho y el peligro en la demora en el Poder Judicial decretar el embargo. La consecuencia es que cuando se decreta el comiso, no hay más bienes para se decomisar, porque no se hizo el embargo preventivo cuando se empezó el proceso judicial o la investigación. Esta es una de las razones que explica por qué, el Brasil es uno de los países más corruptos del mundo, una vez que la impunidad es la regla general de los procesos judiciales contra los pocos corruptos que se van a sentarse en el banquillo de los imputados por hechos de corrupción. En suma, es el país de la impunidad, lo que no ocurre con España, porque en esta nación se hace el embargo preventivo de los bienes antes del comiso de ellos, sino lo cual no es posible garantizarlo. Es todo muy sencillo, pero, por absurdo en Brasil, lamentablemente, no lo es. En Brasil no se aplica efectivamente las Convenciones de Mérida y de la OEA, el embargo de bienes de los traficantes es muy común, pero de los corruptos no.

Si lo que se pretende con estas medidas de embargo preventivo o incautación es garantizar la ejecución del comiso, lo más eficaz sería poder decretar el secuestro de los bienes en cuestión, sin previo aviso al propietario.

Esto es lo que se hace ampliamente en España. No se puede oír el imputado o el investigado, porque eso haría inútil el embargo de bienes.

Uno de los problemas no resuelto expresamente por el legislador español, es el de si en el artículo 127 CP se ha consagrado el principio de las ganancias brutas o de las ganancias netas, es decir, si se debe proceder al decomiso de todo aquello que el sujeto haya obtenido del delito sin tener en cuenta los gastos realizados o si, por el contrario, hay que proceder a descontar los gastos derivados de su realización. La jurisprudencia ha adoptado el principio de las ganancias netas, como nos enseña, Isidoro Blanco Cordero:

“El principio de *ganancias netas* es asumido por un importante sector doctrinal. Algún autor recurre a una interpretación literal del art. 127 CP español que emplea el término «ganancias», lo que significa que el legislador español opta por el principio de ganancias netas. Este principio, dice *Vizueta Fernández*, es el que mejor se acomoda a la finalidad y naturaleza del comiso de ganancias, que carece de carácter sancionador y pretende eliminar el enriquecimiento patrimonial generado por la infracción penal. Tendría un contenido sancionador el comiso de la totalidad de lo obtenido por la infracción penal, incluidos también los gastos invertidos por el sujeto en la comisión de aquella, porque se estaría afectando el patrimonio que existía antes de su ejecución. Frente a esta opinión, señalan los partidarios del principio de ganancias brutas que son motivos de justicia y legalidad los que lo justifican, dado que quien ha cometido un delito no puede enriquecerse con el mismo, y además debe asumir el riesgo de perder lo invertido en su ejecución. A este argumento se le contrapone que el comiso de ganancias pretende evitar un enriquecimiento a través del delito, y no mermar el patrimonio anterior a su comisión (que puede resultar afectado a través de otras consecuencias jurídicas como la multa).

En la doctrina española, algunos autores entienden que el principio vigente en Derecho español es el de *ganancia bruta*, por lo que se ha de decomisar el total rendimiento del delito sin deducir los costes desembolsados por el sujeto activo para su obtención. Y esta parece ser también la postura de los Tribunales españoles, que en los supuestos de tráfico de drogas decomisan la droga y todo el dinero intervenido, sin descontar el precio pagado para la adquisición de la droga.

A nuestro juicio, el término ganancias no presenta problemas de interpretación, y alude esencialmente al neto de lo obtenido del delito. Pero en caso de que existiese algún equívoco, atribuirle el significado de ganancias brutas creo que desbordaría claramente el sentido literal posible, y podría moverse en el ámbito de la analogía prohibida, contraria al principio de legalidad.³¹

El autor aboga, personalmente, el principio de las ganancias brutas y propone la reforma del Código Penal español para la adopción de este principio, porque es más eficiente en la lucha contra el crimen organizado y la corrupción. El mismo autor nos hace la distinción entre ganancias netas y brutas. Por el principio de ganancias netas solo puede ser decomisado lo obtenido del delito, una vez que se ha descontado lo que el delincuente ha invertido en la realización del mismo (método del descuento). Con el principio de ganancias brutas, son decomisables todos los bienes obtenidos del delito, sin que haya que descontar de ellos el valor de lo invertido en su ejecución. Justifican este principio razones de justicia y de prevención general, porque quien comete un delito corre a sabiendas con el riesgo de perder lo invertido en su realización. Además, el principio de ganancias netas ralentizaría enormemente la labor de la justicia, obligando a los jueces a realizar difíciles cálculos con el fin de garantizar que el culpable del delito no pierda lo que invirtió en su ejecución.³²

³¹ BLANCO CORDERO, Isidoro: "El comiso de ganancias: brutas o netas?", Diario La Ley 733/2.011.

³² Ibidem, p. 2.

En muchos países la regulación del comiso está en vías de reforma o ha sido reformado en los últimos años. La explicación a esta frenética actividad legislativa en el ámbito comparado en relación con esta sanción, se debe al protagonismo que la misma ha alcanzado como medio para combatir determinadas formas de delincuencia que cada vez preocupan más a la sociedad. La gran mayoría de los países adoptaron el principio de las ganancias brutas, porque es el más eficiente en la lucha contra la corrupción y el crimen organizado, por eso, esta institución ha evolucionado de forma vertiginosa en Europa y en el mundo, y ha alcanzado una capacidad expansiva sin precedentes. Entre estos países están: Bélgica, Reino Unido, Suiza, Austria, Estados Unidos y Alemania. Italia y España adoptan el principio de las ganancias netas. Los instrumentos internacionales adoptaron el principio de las ganancias brutas.³³ Es lo que ocurre con la Convención de las Naciones Unidas de Lucha Contra la Corrupción, el Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y la financiación del terrorismo, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005, del Consejo de Europa.

Para Isidoro Blanco Cordero la cuestión clave es hacer la distinción entre productos y ganancias:

“. . . no es lo mismo el comiso de *productos* que el comiso de *ganancias*. Los productos abarcan todo lo obtenido del delito, tanto directa como indirectamente. Las ganancias, por el contrario, constituyen un concepto más limitado, referido exclusivamente a los beneficios netos del delito. El significado de «productos» es muy extenso y se emplea a nivel internacional como comprensivo de las ganancias, y también de otros bienes, como las transformaciones que éstas puedan experimentar, los bienes sustitutivos, etc. España debería respetar los Convenios internacionales decomisando los productos, algo que ahora no hace al limitar el comiso sólo a las ganancias.”³⁴

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem, p. 18.

Otro punto criticable del reglamento del comiso en el Derecho español es apuntado por Teresa Aguado Correa:

“Como consecuencia de reputar el comiso de ganancias una consecuencia accesoria de la pena, esta sanción no se podrá imponer cuando el sujeto, a pesar de haber cometido un hecho antijurídico, no es culpable o no es punible, aun cuando no existe justificación político-criminal alguna para excluir el comiso de ganancias en los casos en los que el sujeto se ha enriquecido a través del hecho cometido, aunque no haya actuado culpablemente o no sea punible.”³⁵

Por fin, hay que destacar que el comiso es obligatorio en el Derecho español, aunque no lo sea automático.

3.2.3. UN PROCCESO CIVIL PARA EL COMISO

El combate a la corrupción no van bien y, por lo tanto, hay que cambiarlo para que no se perca la esperanza de que es posible obtener éxito en esta guerra. Isidoro Blanco Cordero acertadamente propone un cambio de paradigmas en la lucha contra la corrupción y pone acento en lo que es fundamental y también capaz de producir la imprescindible eficiencia que hablábamos, al empezar este estudio. Las Convenciones ya apuntan el camino que nos propone perseguir.

“Para luchar contra ella se ha diseñado una **política criminal** dirigida a privar a las organizaciones criminales de las ganancias que ingresan procedentes de sus actividades

³⁵ AGUADO CORREA, Teresa: *El Comiso*, Madrid, 2.000, p.32.

delictivas. La idea que subyace en la misma es que las respuestas tradicionales al delito, tales como la pena privativa de libertad y la de multa, no son muy eficaces contra el crimen organizado; un complemento esencial de ellas puede ser actuar contra sus bienes (y no sólo contra las personas). Esta estrategia político criminal se asienta esencialmente sobre tres pilares:

1. El **comiso** de los bienes de origen delictivo, para arrebatar las ganancias ilícitas a las organizaciones criminales.

2. La **sanción del blanqueo de dinero como delito**.

3. El último de los pilares descansa sobre el denominado **enfoque o estrategia "Al Capone"**, consistente en **gravar** impositivamente los bienes de origen ilícito. De esta manera se obliga a los delincuentes a pagar impuestos por sus beneficios ilegales, y en caso de no hacerlo, se les sanciona penalmente por la comisión de un delito contra la Hacienda Pública.³⁶

El blanqueo de capitales está previsto como crimen en la Convención de Mérida de lucha contra la corrupción y buena parte de los países del mundo ya lo adoptan en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Esto ya es un avance, para que fuese completo tendríamos que prohibir la existencia de los ya criticados paraísos fiscales, lo que haría mucho más difícil el blanqueo internacional de dinero proveniente de la corrupción, del crimen y del terrorismo. Con esto el blanqueo de dinero se quedaría restringido a los propios países donde ha ocurrido el delito, lo que también haría más sencilla su represión por el Estado.

³⁶ Blanco Cordero, Isidoro. "La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos", *Revista Electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal* (2007).

En cuanto la estrategia "Al Capone", con certeza es la más correcta y justa porque desestimula por completo, la práctica delictiva, una vez, que el delincuente tendría que como cualquier ciudadano pagar los impuestos por sus beneficios, aunque obtenidos por conductas criminosas. Esta estrategia ha funcionado muy bien en los Estados Unidos, sobre todo en el combate al crimen organizado de su tiempo. Por lo tanto, será muy conveniente que los Estados la adopten, porque obtendrán mucha eficacia al hacerlo y este es un gran reto en la lucha contra la corrupción, esto es, obtener eficacia.

Deje para comentar por último la cuestión del comiso porque merece más consideraciones. El comiso, tiene que ser tratado junto con el embargo de bienes, una vez, que caminan de manos juntas. Todas las Convenciones hasta aquí examinadas, que son las más importantes en la lucha contra la corrupción, aunque no tengan relación directa con ella, como ocurre con la Convención de Viena, tratan de la represión a la corrupción exclusivamente desde el punto de vista criminal e indirectamente en la esfera administrativa. Todavía, su punto alto, es la criminalización, el combate en un solo campo de acción. En se tratando de corrupción no lo es suficiente, hay que ampliar el campo de batalla. Las preocupaciones de Isidoro Blanco Cordero caminan para la solución encontrada por Brasil, pero, en la práctica subdesarrollada, por las razones que tendré la oportunidad de explicar. El autor tiene razón cuando afirma que el pilar más desarrollado de esta estrategia, correcta en gran parte, fue el blanqueo de capitales y así lo hace:

“ Evidentemente, el pilar que más se ha desarrollado es el relativo a la lucha contra el blanqueo de dinero, que ha dado lugar no sólo a una figura delictiva, sino a la aprobación de leyes y otras normas administrativas con el objetivo de prevenir su comisión, impidiendo el acceso del dinero sucio al sistema financiero. Igualmente se ha creado un sistema administrativo encabezado por las **Unidades de Inteligencia Financiera (UIF)**, cuya función esencial es recibir, analizar y transmitir a las autoridades competentes información sobre las operaciones

sospechosas de estar vinculadas al blanqueo de dinero. Quizás el que menos atención ha recibido ha sido el **comiso**. Hasta no hace muchos años se atribuía escasa relevancia a la privación de los bienes de origen delictivo en poder del delincuente. Una razón de ello era posiblemente que el proceso penal se dirigía en esencia a la sanción del delito y no tanto a la recuperación de los activos. Pero también lo era la escasez de medios a disposición de las autoridades judiciales para localizar e identificar tales activos ilícitos.”³⁷

Esta realidad está cambiando, al punto de pasar a ser la herramienta clave en la lucha contra la corrupción en todo el mundo, en razón de su innegable eficiencia, no sólo en el combate a los narcotraficantes, como afirmó el fiscal José María Lombardo ya citado, sino también en la represión al crimen organizado y por supuesto a la corrupción, que es una modalidad del crimen organizado, aún más empresarial y eficiente que los dos otros. Blanco Cordero es muy enfático al afirmar:

“ Esto está cambiando, y durante estos últimos años la institución del comiso está adquiriendo una gran importancia, hasta el punto de considerarse el “arma central” en el arsenal dirigido a hacer frente a los productos del delito. En el marco de la Unión Europea se atribuye hoy día una relevancia fundamental en la lucha contra la criminalidad a la persecución transfronteriza de los bienes de origen delictivo y al comiso de tales bienes. Esto ha motivado que, de forma paralela a lo ocurrido con el blanqueo de dinero y el establecimiento de las UIF, se proponga la creación de organismos nacionales que

³⁷ *Ibíd.*

asistan a las autoridades judiciales en la localización e identificación de tales bienes.”³⁸

Para que la lucha contra la corrupción tenga eficiencia es imprescindible, no sólo, castigar y encarcelar los corruptos, sino sobre todo, recuperar el dinero malversado por hechos de corrupción.

“Las **organizaciones internacionales** están poniendo el acento en la necesidad de recuperar los activos y bienes procedentes de los delitos de corrupción. Efectivamente, las Naciones Unidas y otras organizaciones recomiendan a los Estados que adopten medidas para recuperar los activos que obtienen los corruptos. Esto tiene su lógica, pues se ha demostrado que dirigentes de Estados expolían sin escrúpulos la riqueza de estos. Por dar algunas cifras, según la Declaración de Nyanga sobre la recuperación y repatriación de la riqueza de África de 2001 (*Declaration on the Recovery and Repatriation of Africa's Wealth*), se estima que durante décadas en los países más pobres del mundo, la mayoría de ellos en África, entre 20 mil y 40 mil millones de dólares han sido corruptamente objeto de apropiación por políticos, militares, hombres de negocios y otros dirigentes, y enviados al extranjero. No cabe duda de la necesidad de que los Estados de origen puedan recuperar estos bienes, que descansan muchas veces en cuentas de paraísos fiscales, de ahí que el fin esencial de algunas iniciativas internacionales sea conseguir la repatriación de tales activos a sus legítimos titulares.”³⁹

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ *Ibíd.*

El autor propone la creación de un procedimiento independiente del proceso penal principal, lo cual, permitiría imponer el comiso independientemente de la práctica de un delito, este procedimiento sería más eficaz en la recuperación de activos de hechos de corrupción.

"Hoy día parece más acertado remitir las cuestiones relativas a la imposición del comiso a un procedimiento separado, ya sea de carácter accesorio o independiente del proceso penal principal, tal y como existe en la normativa de los países que han sido examinados por el TEDH. Este procedimiento permitiría imponer el comiso una vez constatada una situación patrimonial ilícita como consecuencia de una infracción penal, con independencia de que se haya producido la condena de una persona. De esta manera se evita también que difíciles cuestiones relacionadas con la investigación del patrimonio criminal o relativas a la propiedad de los bienes obstaculicen y ralenticen el proceso principal dirigido a la determinación de las responsabilidades penales."⁴⁰

Este procedimiento de que habla el autor es justamente el proceso civil de la ley de improbidad administrativa n.8429, que existe en Brasil desde 1.992. Lo cual, es semejante a la acción de extinción de dominio colombiana, pero, procesalmente mejor. La acción de extinción colombiana procesa la cosa y no la persona, lo que es un tanto incomprensible y no parece ser la mejor solución desde el punto de vista técnico. Hay que destacar que fue la solución encontrada por este país y que está obteniendo buenos resultados, incluso mejores que en Brasil. En este país se procesan en la esfera civil personas físicas y jurídicas, todavía, por hechos de corrupción, la mayoría son también crímenes, pero algunos no lo son. El acto de improbidad administrativo que es

⁴⁰Ibíd. "Comiso ampliado y presunción de inocencia", en Puente Aba, Luz María (dir.): *Criminalidad organizada, terrorismo y corrupción. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, 2008.

reprimido por la dicha ley puede ser un ilícito civil, sin serlo criminal, por lo tanto, lo que se hace es ampliar y mucho el campo de represión a la corrupción, no solamente a lo que es crimen también a lo que no es. Hay situaciones que por cuestiones probatorias, no es posible probar el crimen, más sí el acto de improbidad administrativa, que es un ilícito civil. Todo esto por una razón muy sencilla, bastará la prueba de la culpa, no siendo necesario demostrar el dolo, que es mucho más difícil. Además, el objetivo central no es poner nadie a la cárcel, más sí castigar económicamente los infractores de la ley y especialmente, garantizar la devolución del dinero sustraído de las arcas del Estado. La misión consiste en debilitar económicamente los agentes de la corrupción y recuperar los daños que han causado al Estado y la sociedad.

“ En otros ordenamientos se configura un procedimiento totalmente autónomo independiente del penal, in rem, que se dirige a privar de la propiedad de los bienes de origen delictivo, sin plantearse cuestiones relacionadas con la responsabilidad criminal de los sujetos. Prototipo de esta legislación es la de los Estados Unidos y el Reino Unido. Pero también en los países de América Latina se ha implantado este sistema, siendo el ejemplo más relevante el de Colombia, con su Ley 793 de 2002 de extinción de dominio. La extinción de dominio es la pérdida del derecho de propiedad a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular. Se configura esta acción como de carácter autónomo (art. 1). La extinción de dominio se declara mediante sentencia judicial cuando se acredite, entre otras cosas, que los bienes proceden directa o indirectamente de una actividad ilícita.”⁴¹

La existencia en Brasil de un proceso civil que tiene como objetivo fundamental la recuperación de activos de hechos de corrupción que impone

⁴¹ Ibídem.

una sanción de naturaleza civil y no penal como en España, donde el comiso es una pena accesoria y no principal. Esto significa que, no hace falta la prueba del dolo siendo suficiente con acreditar la culpa del político, gobernante o de la persona jurídica beneficiada por un acto corrupto. Esta acción judicial tiene el nombre de Acción Civil Pública de Improbidad Administrativa, fue creado mucho antes de la Convención de Mérida de lucha contra la corrupción de 2.003, es de 1.992 y es la principal herramienta de lucha contra la corrupción en Brasil, que es un país donde hay mucha corrupción.

En España según datos del periódico El Mundo en 2.010 fueron incautados más de 3.000 millones de euros en 750 investigaciones de actos de corrupción, donde estaban implicadas más de 1.000 personas.⁴² Son números muy significativos, pero, podrían ser mucho mayores si tuviésemos un proceso civil o no penal como propone Isidoro Blanco Cordero. En Brasil también hay números importantes, el Ministerio Público de São Paulo tiene embargados R\$ 5.947.519.004,80 reais, más de 2.500 millones de euros, en las fechas de 18.12.1992 hasta 31.12.2009, menos que en España en sólo un año, todavía, un número importante en total se ha buscado incautar R\$ 34.203.786.447.13 reais, más de 14.800 millones de euros, una cifra muy alta. Si no fuese por esa acción judicial el número sería mucho menor, o si tuviésemos sólo las acciones criminales, que tienen otro objetivo, castigar y no recuperar activos.

4. EL EMBARGO PREVENTIVO Y EL DECOMISO: ESPECIAL REFERENCIA A LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

La globalización es un fenómeno de mundialización, donde ocurre la desaparición progresiva de las fronteras, lo que provoca un incremento del libre

⁴²Periódico El Mundo de 12.04.2.011, p. 08.

comercio con la desaparición, progresiva, de las restricciones impuestas aquél por la legislación de los Estados.

Uno de los fenómenos negativos de ella es el agravamiento de algunos de los fenómenos delictivos, como por ejemplo: el tráfico ilícito de estupefacientes, el crimen organizado y la corrupción.

No se ha globalizado la economía mundial, sino también, el crimen. Hoy día, la criminalidad es un fenómeno transnacional. Así como las economías contemporáneas son interdependientes, las actividades delictivas que se desarrollan en su seno han pasado a serlo también. Las organizaciones criminales se han profesionalizado, desarrollando estructuras formales de carácter empresarial, adoptando un modelo jerarquizado, especializado y con división de sus funciones. Hasta hace pocos años los grupos dedicados de manera organizada a actividades delictivas tenían estructuras jerárquicas elementales, pero hoy día son más sofistican.⁴³

El Fiscal Anticorrupción español, Carlos Castresana Fernández, así caracteriza las modernas organizaciones criminales:

“ Han aprendido las características de las instituciones financieras, de los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, de las instituciones internacionales de cooperación, y en especial los de la legislación tributaria, penal y procesal de los Estados, y las normas de seguridad y control, y han adaptado su actividad a tales características centrandó su interés en aquellas actividades menos controladas y por lo tanto más susceptibles de rentabilización, procurando optimizar los rendimientos y minimizar los riesgos.”⁴⁴

⁴³ CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos: “Corrupción, globalización y delincuencia organizada”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (coord.): “*La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar*”, Ratio Legis, Salamanca, 2.004.

⁴⁴ *Ibidem*, p.214.

El crimen organizado ha irrumpido masivamente en los mercados lícitos y permanece actuando en sus actividades tradicionales. Ha incrementado notablemente sus beneficios económicos, aumentando, aún más, su poder económico. Las actividades lícitas más comunes del crimen organizado son: control de las entidades financieras y de crédito, el control de las compañías de seguro, las obras públicas y demás contratos de las administraciones públicas, el control de las privatizaciones de bienes y servicios públicos, muy frecuentes en los países más pobres o en desarrollo y en aquellos que un día pertenecieron al bloque soviético.

El crecimiento extraordinario del poder económico del crimen organizado motivó que pasase a buscar posteriormente poder político, haciendo inevitable su conexión con el mundo de los políticos y teniendo como consecuencia el aumento de la corrupción en casi todo el mundo. La irrupción de tales grupos en la actividad lícita de la economía, con su poderío de corrupción y de amenaza, pone en peligro la libre competencia, sino también, la legitimidad de los procesos electorales, en buena parte financiados por el crimen organizado. Los financiadores de las campañas electorales exigen la devolución de sus inversiones en forma de contratos públicos, obras y servicios públicos mucho arriba de los precios de mercado, lo que causa daños a la economía y a los ciudadanos que tienen sus tributos mal empleados y lo que es peor al coste de la deslegitimación de la democracia y de la creencia que no hay solución posible en relación a la corrupción y que esta es inevitable. En este escenario los corruptos se hacen más fuertes y la democracia más débil. Las instituciones que luchan contra la corrupción tienen más dificultades para obtener éxito en su noble misión. La corrupción se hace cada día más poderosa, en un ciclo vicioso, cuanto más poder político detiene, más poder económico alcanza, y con ello más poder político.⁴⁵

En este escenario, los Estados se han quedado atrás, muy lejos del crimen organizado y de su globalización. El Poder Judicial y el Ministerio Público no se han modernizado, ni especializado para combatir el crimen organizado y la corrupción y tampoco desarrollan, en la misma medida, los

⁴⁵ *Ibídem*, p.215.

instrumentos de cooperación internacional. En este particular han dificultado la ausencia de homogeneización de los ordenamientos jurídicos, sobre todo de los penales, los escasos instrumentos internacionales de cooperación jurídica, incluso policial, las restricciones impuestas a los procesos de extradición, la carencia de medios personales y materiales a disposición del aparato represivo de los Estados, en especial del Ministerio Público, además de las restricciones legales establecidas a la jurisdicción de los tribunales de los Estados, lo que genera la insuficiente respuesta institucional estatal frente a la nueva delincuencia globalizada.

La respuesta del Estado a la nueva criminalidad no puede venir sola, tiene que ser conjunta a la de los demás Estados. Por eso las organizaciones internacionales como: la ONU, OEA, Unión Europea, Consejo de Europa, juegan un papel protagonista y de ellas depende buena parte de la solución de este gravísimo problema que es el crimen organizado y la corrupción.

La comunidad internacional ha sido capaz de articular desde hace décadas una respuesta coordinada al tráfico ilegal de drogas y estupefacientes. El Convenio sobre estupefacientes aprobado en Ginebra el 30 de marzo de 1.961, reformado en 1.972, el Convenio sobre uso de sustancias psicotrópicas aprobado en Viena el 21 de febrero de 1.971, y el por fin, la Convención para la represión del tráfico ilícito de narcóticos aprobado en Viena el 20 de diciembre de 1.988, son prueba de que los Estados están reaccionando contra el crimen organizado, no solamente en relación con las drogas también contra el crimen organizado, como se puede comprobar con la aprobación e implementación de la Convención de la ONU contra el crimen organizado transnacional en Palermo, Italia, ciudad emblemática en esta cuestión, el 15 de noviembre de 2.000. Respecto al problema de la corrupción, la comunidad internacional ya había dado muestra de su preocupación al aprobar la Convención de la OEA contra la corrupción, la primera del mundo; la de la OCDE de 17 de diciembre de 1.997 para combatir el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones internacionales y los Convenios europeos penal y civil contra la corrupción, aprobados en el marco del Consejo de Europa, que han entrado en vigor, respectivamente, el 1 de julio de 2.002 y el 1 de noviembre de 2.003, culminando con la aprobación de la Convención de la ONU de lucha contra la

corrupción de 9 de diciembre de 2.003. Los Convenios penal y civil del Consejo de Europa tratan del embargo preventivo de bienes de hechos de corrupción, del comiso, de la cooperación jurídica internacional entre los Estados parte y subrayan la importancia de las unidades de inteligencia financiera y su protagonismo en la ubicación de los bienes de los corruptos y su misión para la facilitación de la cooperación entre los Estados. Todos los Estados deben crear una autoridad central responsable por los contactos entre los distintos Estados que firmaran el Convenio.

Estas Convenciones constituyen una gran esperanza en el cambio de este difícil escenario que hemos descrito arriba. Todavía, no son suficientes las buenas intenciones, hay que ejecutar las Convenciones, adoptando los cambios necesarios en las legislaciones de los países que las han ratificado, así como, dando efectividad a las mismas. Ello va a requerir que se fortalezcan, las instituciones del Estado, en especial, el Ministerio Público, la Policía y el Poder Judicial, que se adopten medidas de transparencia en la gestión de la cuentas, gastos, obras y servicios públicos, bien como mecanismos de control preventivo de los actos administrativo, el fomento la participación ciudadana en las decisiones del Estado, la capacitación y especialización de los servidores públicos, y, sobre todo, cambiar la mentalidad del Estado, porque, de lo contrario, no será posible obtener éxito en esta verdadera guerra contra el crimen organizado y la corrupción.

La Convención Interamericana de la Organización de los Estados Americanos fue la primera en tratar la lucha contra la corrupción en todo el mundo, fue la antecesora de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción de Mérida. Con todo, la Convención de Viena de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes de 19 de diciembre de 1.988 ya había previsto la amenaza que para los Estados constituye la actuación del crimen organizado. Muchos de los institutos jurídicos presentes en la Convención de Mérida también lo están en las anteriores, incluso, en la Convención de las Naciones Unidas contra el crimen organizado. En lo relativo a esta investigación, se ha de destacar que se regulan, el comiso y el embargo de bienes instituciones jurídicas que están presentes en todas los Convenciones internacionales de la materia desde 1.988 hasta 2.003 que es la

última. Donde se puede concluir cuán importante es este tema en la lucha contra la corrupción. Sin embargo, aún no se ha desarrollado todo su potencial. Creo que constituye el arma más importante en la lucha contra la corrupción, porque garantiza la recuperación de activos malversados por hechos de corrupción. De esta manera el Estado resulta indemnizado por los daños que ha sufrido, y se producirá un efecto intimidatorio sobre los posibles corruptos, dado que tendrán que devolver el dinero que han robado de los ciudadanos.

Vamos a analizar a continuación los instrumentos internacionales más relevantes.

4.1. CONVENCIÓN DE VIENA DE 1.988

La Convención ya conceptuaba: DECOMISO, EMBARGO PREVENTIVO, E INCAUTACIÓN. En su preámbulo la Convención de Viena ya subrayaba que el tráfico ilícito generaba rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales corromper las estructuras de la administración pública, las actividades financieras y comerciales lícitas y la propia sociedad en todos sus niveles. Grande ya era el temor con el tráfico ilícito y su creciente poderío económico. Dicha Convención en su art. 1, apartado "f", ya definía el DECOMISO, como la privación con carácter definitivo de algún bien por decisión de un Tribunal o de otra autoridad competente.

El art. 3, apartado 4, regla el DECOMISO como una de las sanciones aplicables a las personas que practicaren tráfico de estupefacientes. El DECOMISO es expresamente disciplinado en su art. 5 y sus nueve párrafos.⁴⁶

⁴⁶Ibidem."1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso :a) Del producto derivado de delitos tipificados de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto;"

Los bienes decomisados podrán destinarse a fondos especializados en la lucha contra el tráfico ilícito y el uso indebido de estupefacientes y sustancias sicotrópicas como dispone la dicha Convención.⁴⁷ Esa medida tiene por objetivo estimular la cooperación internacional entre los Estados parte. Otra medida muy importante es la inversión de la carga de la prueba prevista en el párrafo 7, del art. 5, la cual no viola ningún derecho de defensa. Esa es una medida procesal y no de derecho material, en Brasil el Código de Defensa del Consumidor y la Consolidación de las Leyes Laborales adoptan ese mismo principio, sin que el Supremo Tribunal brasileño nunca haya declarado la inconstitucionalidad de esa medida.⁴⁸ Todavía, persisten posiciones en contra, sostenida por los defensores del Derecho Penal mínimo, que sobre todo, en Brasil, tienen una posición muy radical y poco razonable, no que se diferencian de los defensores de esta posición doctrinaria en España.

4.2. CONVENCIÓN DE LA OEA DE 1.996

La primer Convención internacional que ha se ocupado de la lucha contra la corrupción fue a de la Organización de los Estados Americanos, OEA, aprobada el 29 de marzo de 1.996 en Caracas, Venezuela.

Su preámbulo, resume, muy bien, sus motivaciones, que son: combatir la corrupción, porque esta socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la democracia, la sociedad y la justicia, así como contra el desarrollo de los pueblos. Los Estados miembros de la OEA reconocen la

⁴⁷Ibídem." b) Al actuar a solicitud de otra Parte. con arreglo a lo previsto en el presente artículo, la Parte podrá prestar particular atención a la posibilidad de concertar acuerdos a fin de: i) Aportar la totalidad o una parte considerable del valor de dicho producto y de dichos bienes, o de los fondos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes. a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico ilícito y el uso indebido de estupefacientes y sustancias sicotrópicas; ii) Repartirse con otras Partes, conforme a un criterio preestablecido o definido para cada caso, dicho producto o dichos bienes. o los fondos derivados de la venta de dicho producto o de dichos bienes."

⁴⁸Ibídem."7. Cada una de las Partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible con los principios de su derecho interno y con la naturaleza de sus procedimientos judiciales y de otros procedimientos."

transcendencia internacional de la corrupción que exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente. Están convencidos de la necesidad de adoptar cuanto antes un instrumento internacional que promueva y facilite la cooperación internacional para combatir la corrupción y tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como respeto de los bienes producto de estos actos.

Con estas motivaciones los Estados miembros de la OEA decidieron suscribir la Convención de la OEA contra la corrupción, tomando la decisión de combatir la corrupción, incluso, erradicar la impunidad y para lo tanto promover la indispensable cooperación entre los Estados que la firmaran.⁴⁹

Lamentablemente, muchas de esas intenciones, no se han puesto aún en práctica, toda vez que muchos de los países de la región ostentan una pésima clasificación en el Índice de Percepción de la Corrupción de la ONG TI. Paraguay y Venezuela están en la cola y sólo Uruguay y Chile están en mejor situación, son los menos corruptos de la región. Es más, no podemos olvidar que Uruguay es un paraíso fiscal, aunque no exista mucha corrupción interna recibe los fondos de algunos de los corruptos de la América Latina, blanquea capitales, como por ejemplo, en el caso del ex presidente de la República de Brasil, Fernando Collor de Melo, que utilizó cuentas en Uruguay, hasta ser descubierto por una comisión de investigación del parlamento brasileño y que provocó su "impeachment", es decir, la retirada de su cargo. El Ministerio de Justicia de Brasil ha publicado un informe anual, en el que relaciona los paraísos fiscales y los países que el gobierno de Brasil considera que no son paraísos fiscales puros, esto es, países que no cooperan plenamente con otras naciones, entre ellos está el Uruguay. Sin embargo, la OCDE hace pública una lista negra de paraísos fiscales no cooperativos. Su listado estaba integrado por 35 países, todavía, había algunos países que deberían estar, pero, no estaban. El listado del gobierno brasileño es más amplio que el de la OCDE. Aún, en relación, al Uruguay, hay que subrayar que su pequeña

⁴⁹ Convención de la Organización de los Estados Americanos de lucha contra la corrupción de 1.996.

economía, basada casi solamente, en la agricultura y la pesca, ha estimulado un gran desarrollo de su sistema financiero y como su economía no lo es suficiente, este mismo sistema, busca recursos financieros de extranjeros, tanto de personas jurídicas como físicas. Siendo un paraíso fiscal es también un paraíso de los criminales, sobre todo de los corruptos. Finalmente, el Caribe es la región de toda la tierra con el mayor número de paraísos fiscales de todo el planeta.

La Convención contiene medidas tanto preventivas como represivas. Las primeras están ubicadas en el artículo III y son menos imperativas. Entre las medidas de carácter preventivo se destacan: normas de conducta para el correcto cumplimiento de las funciones públicas, la creación de sistemas para la declaración de ingresos por parte de los servidores públicos, la adopción de mecanismos para la contratación de funcionarios públicos y para adquisición de bienes y servicios por la administración pública, siempre garantizando el respeto a la publicidad y eficiencia, que son dos principios fundamentales en una buena administración, incluso, están previstos como principios de la Constitución de Brasil, en su art. 37, junto con los principios de legalidad, imparcialidad y moralidad.

Entre las medidas represivas subrayo: las que demandan a los Estados la tipificación de determinadas conductas, en especial, la de castigar el soborno a funcionarios públicos de otros Estados cuando esté relacionado con una transacción de naturaleza económica. Otra conducta importante es el delito de enriquecimiento ilícito, hasta hoy, no implementada por Brasil. Pero, el punto más importante es lo que propone el incremento de la cooperación y asistencia entre los Estados en la lucha contra la corrupción. Este, aún, pasados más de quince años, está muy lejos de ser implementado. Hasta el MERCOSUR, el mercado del sur, está muy poco desarrollado, incluso económicamente y aún menos en materia jurídica.

En el artículo XV de la Convención de la OEA ya se preveía importantes reglas sobre bienes como el decomiso y la inmovilización de los bienes productos de hechos de corrupción.⁵⁰

Ya en la primera Convención internacional sobre corrupción se previó el comiso y el embargo de bienes de hechos de corrupción, en razón de su importancia estratégica en la lucha contra la corrupción.

C. Demelsa Benito Sanchez comentando esta Convención subrayó: que el art. XV recoge una disposición no muy común en el resto de instrumentos internacionales contra la corrupción, que es la persecución de los bienes obtenidos por los corruptos. Recuperar ese dinero y devolverse a los pueblos a los que fue sustraído ha de constituir uno de los principales objetivos de la comunidad internacional en su lucha contra la corrupción. Este artículo obliga a los Estados parte a prestarse la más amplia asistencia posible no solo en la inmovilización, la confiscación y el decomiso, más también en la identificación y el rastreo.⁵¹

La Convención de la OEA fue suscrita por los 34 Estados miembros activos de la OEA y ratificada por 33 de ellos. La OEA ha creado un organismo responsable por promover la implementación de sus disposiciones mediante un mecanismo de seguimiento (MESICIC) en el que participan 28 de dichos Estados, el cual fue adoptado en junio de 2001 y empezó a operar en enero de 2002, con fundamento en lo dispuesto en el Documento de Buenos Aires sobre el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Este organismo de la OEA, en su segunda ronda de evaluación, de 8 al 12 de diciembre de 2.008, ha hecho muchas recomendaciones, pero, destacaré solamente una:

⁵⁰Ibíd. "Artículo **XV**. *Medidas sobre bienes*. 1. De acuerdo con las legislaciones nacionales aplicables y los tratados pertinentes u otros acuerdos que puedan estar en vigencia entre ellos, los Estados Partes se prestarán mutuamente la más amplia asistencia posible en la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la presente Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes."

⁵¹ BENITO SANCHEZ, C. Demelsa: Notas sobre La corrupción transnacional. Sus efectos y su combate, en FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo y PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (coor.). Ratio Legis, Salamanca, 2.010, p.248.

El Comité recomienda a los Estados miembros del Comité beneficiarse al máximo de las ventajas que ofrece la “Red Hemisférica de Intercambio de Información para la Asistencia Mutua en Materia Penal y Extradición”, creada en el marco de las Reuniones de Ministros de Justicia u otros Ministros, Procuradores o Fiscales Generales de la Américas (REMJA), la cual puede ser utilizada las veinticuatro horas del día durante todas las semanas del año para tramitar de manera ágil y segura solicitudes al respecto.

Este sistema de redes puede ser útil para desarrollar la indispensable cooperación jurídica entre los países de la región, pero, en la práctica, es justo lo que más hace falta en la relación de esos países, como ha concluido el propio MESICIC al evaluar los progresos de la implementación de dicha Convención. Fueron recomendadas, en relación a la asistencia y cooperación jurídica, 91 medidas y sobre 49 de ellas (54%) no se reportó información sobre avances en su implementación; 24 de las mismas (26%) requieren atención adicional y las 18 restantes (20%) fueron consideradas satisfactoriamente. Esto ya era esperable en una región, aún muy pobre económicamente, poco desarrollada institucionalmente, que tiene un MERCOSUL que muchos de esos países son miembros, pero, poco tiene avanzado en la integración económica de la América del Sur y, por lo tanto, mucho menos en relación a lucha contra la corrupción, incluso, porque algunos de los Estados de la región son los más corruptos del mundo como: Paraguay y Venezuela.

En conclusión, el combate a la corrupción está más retrasado do que en otras regiones del mundo, en especial, en relación a Europa.

4.3. CONVENCIÓN DE PALERMO DE 2.000

La Convención de Palermo de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional de 15 de noviembre de 2.000 también disciplinó el embargo de bienes en sus artículos 12, 13 y 14. Su objetivo

fundamental no era combatir la corrupción, sin embargo, también ha ayudado mucho a luchar contra ella, porque la corrupción es una especie del crimen organizado y una vez que los corruptos construyen grandes esquemas de blanqueo de capitales, que es una modalidad de crimen organizado, e utilizan los sistemas financieros de otros países para lavar su dinero sucio para hacerlo volver al mercado lícito de la economía.⁵² Por eso, el embargo de bienes es tan importante, así como la cooperación entre los países.

El art. 12 dispone del decomiso y de la incautación, el art. 13 de la cooperación internacional para fines de decomiso y, por parte, el art. 14 trata de la disposición del producto del delito o de los bienes decomisados.⁵³ Aunque, el producto del delito se haya transformado o se haya mezclado con otros bienes adquiridos lícitamente será posible hacer el decomiso.⁵⁴

La Convención adopta el principio de las ganancias brutas y no de las netas, es decir, no se descuentan los recursos financieros invertidos de los beneficios obtenidos por la actividad corrupta, principio que es adoptado por la mayoría de los países, incluso por Brasil, como también por Francia, Reino Unido, Bélgica, Holanda y Estados Unidos.⁵⁵

⁵²Ibidem."a) Remitir la solicitud a sus autoridades competentes para obtener una orden de decomiso a la que, en caso de concederse, darán cumplimiento; o b) Presentar a sus autoridades competentes, a fin de que se le dé cumplimiento en el grado solicitado, la orden de decomiso expedida por un tribunal situado en el territorio del Estado Parte requirente de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención en la medida en que guarde relación con el producto del delito, los bienes"

⁵³Ibidem."1.Los Estados Parte adoptarán, en la medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto de los delitos comprendidos en la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto; b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados en la comisión de los delitos comprendidos en la presente Convención. 2. Los Estados Parte adoptarán las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se refiera el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso."

⁵⁴Ibidem.3."Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.4. Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado."

⁵⁵ Ibidem."5. Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito"

También el secreto bancario no podrá inhibir la cooperación internacional.⁵⁶ Otra medida muy importante y también presente en esa Convención es la inversión de la carga de la prueba que repite la regla de la Convención de Viena en su art. 12, párrafo 7.⁵⁷ La Convención también dispone como se debe proceder en relación a la cooperación jurídica internacional, que además es muy importante en la lucha contra la corrupción, porque esta es una especie de crimen organizado y tan transnacional como otros crímenes organizados, como el tráfico ilícito de estupefacientes. También previó el comiso.⁵⁸ Asimismo establece un fondo para los bienes incautados o decomisados, así como la repartición entre el Estado solicitante y el solicitado, lo que estimula la cooperación con los demás países.⁵⁹

4.4. CONVENCIÓN DE MÉRIDA DE 2.003

La Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la Corrupción, fue aprobada el 9 de diciembre de 2.003 y crea una nueva política para combatir el cáncer de la corrupción. Su clave es la recuperación de activos y para que eso sea posible tiene como sus principales herramientas el decomiso y para hacerlo efectivo es fundamental el embargo cautelar de bienes de los imputados por hechos de corrupción y la cooperación internacional.

⁵⁶Ibídem. "6. sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados Parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario."

⁵⁷Ibídem. " 7. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito..."

⁵⁸Ibídem. "a) Remitir la solicitud a sus autoridades competentes para obtener una orden de decomiso a la que, en caso de concederse, darán cumplimiento; o b) Presentar a sus autoridades competentes, a fin de que se le dé cumplimiento en el grado solicitado, la orden de decomiso expedida por un tribunal situado en el territorio del Estado Parte requirente de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención en la medida en que guarde relación con el producto del delito, los bienes"

⁵⁹ Ibídem. b) Repartirse con otros Estados Parte, obre la base de un criterio general o definido para cada caso, ese producto del delito o esos bienes, o los fondos derivados de la venta de ese producto o de esos bienes, de conformidad con su derecho interno o sus procedimientos administrativos."

En relación al embargo preventivo, la incautación y el decomiso, dicha Convención enseña que es fundamental en la preparación del comiso de bienes la adopción de medidas cautelares, es decir, es necesario garantizar que habrá bienes para hacerse la indemnización de los perjuicios sufridos por el Estado con los hechos corruptos. Por lo tanto, sin ellas el comiso no resuelve nada. Es necesario decir que ningún imputado dejará sus bienes en el mismo sitio aguardando la decisión de un Juez o Tribunal, después de ser imputado por hechos de corrupción. Es una medida que desincentiva la práctica corrupta y que además hace posible la recuperación de los activos públicos. Su preámbulo es muy semejante a la Convención de la OEA, una vez, que los Estados miembros de la UN reconocen la gravedad de lo problema de la corrupción y su amenaza a la estabilidad y seguridad de las sociedades y que la corrupción socava las instituciones y los valores de la democracia y compromete el desarrollo sostenible. Reconocen que ella es un problema transnacional, lo que impone la cooperación internacional entre los Estados. Deciden combatir las transferencias internacionales de activos adquiridos ilícitamente y a fortalecer la cooperación internacional para la recuperación de ellos.⁶⁰

Sus antecedentes son: la Convención de la OEA de 1.996, la de la OCDE de 1.997 para combatir el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales transnacionales y los Convenios europeos penal de 2.002 y civil de 2.003.

Todas ellas se basan en la constatación de que la corrupción supone una amenaza para el Estado de Derecho, la propia democracia y el desarrollo económico, por eso, subrayan la importancia estratégica de la cooperación internacional y también en la recuperación de activos a través del embargo de bienes y posterior comiso.

El artículo 31 dispone sobre el decomiso del producto de delitos previstos por la Convención cuyo valor corresponda al dicho producto, así

⁶⁰ Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la corrupción de Mérida de 2.003.

como de los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados en los delitos tipificados en la Convención de Mérida.⁶¹ Los Estados también se comprometen a hacer la identificación, localización, embargo preventivo y la incautación de cualquier bien, objeto de eventual decomiso.⁶² Incluso cuando ese producto se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes éstos serán objeto de las medidas previstas en esa Convención.⁶³

Aunque el producto del delito esté mezclado con otros bienes adquiridos lícitamente será posible el decomiso.⁶⁴ La Convención de Mérida pone acento que el secreto bancario no podrá impedir la incautación de bienes, por una razón muy sencilla, no hay derechos absolutos en ningún ordenamiento jurídico del mundo. En las investigaciones de hechos corruptos es indispensable el acceso a los datos bancarios, incluso en otros países.⁶⁵ La Convención de Mérida prevé la cooperación entre los Estados, incluso, en materia civil, en su art. 43. En la investigación penal y civil es posible el acceso a los datos bancarios de cuentas en otros países y fue o que hicimos en la investigación número: 001/2.010, de la 57ª. Fiscalía del Ministerio Público del Estado de Goiás, con la cooperación internacional del Ministerio Público de Suiza, que tuvo acceso a informaciones bancarias en atendimento de la solicitud del Ministerio Público brasileño.

⁶¹ "1. Cada Estado Parte adoptará, en el mayor grado en que lo permita su ordenamiento jurídico interno, las medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso: a) Del producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención o de bienes cuyo valor corresponda al de dicho producto; b) De los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a utilizarse en la comisión de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención."

⁶² "2. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para permitir la identificación, la localización, el embargo preventivo o la incautación de cualquier bien a que se haga referencia en el párrafo 1 del presente artículo con miras a su eventual decomiso."

⁶³ "4. Cuando ese producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes éstos serán objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo."

⁶⁴ "5. Cuando ese producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes serán objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación." 6. "Los ingresos u otros beneficios derivados de ese producto del delito de bienes en los que se haya transformado o convertido dicho producto o de bienes con los que se haya entremezclado ese producto del delito también serán objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito."

⁶⁵ "7. A los efectos del presente artículo y del artículo 55 de la presente Convención, cada Estado Parte facultará a sus tribunales u otras autoridades competentes para ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales. Los Estados Parte no podrán negarse a aplicar las disposiciones del presente párrafo amparándose en el secreto bancario."

Otra importante medida en la lucha contra la corrupción es la inversión de la carga de la prueba, que constituye una herramienta fundamental para combatir la corrupción. Cuando esto ocurre, el imputado tendrá que probar el origen lícito de sus bienes. Medida esta, muy importante en la lucha contra la corrupción, pues hay situaciones fácticas en que es tremendamente difícil encontrar una prueba incriminadora.⁶⁶ Dos posibles soluciones: a) Una posible solución sería la consideración del comiso como una consecuencia de carácter no penal, y asignarle una naturaleza civil, en cuyo ámbito civil sí podrían operar los mecanismos de prueba de presunciones de "*iuris tantum*", b) o bien de la vía de penalizar, al menos los funcionarios públicos, el enriquecimiento ilícito, o el incremento no justificado del patrimonio durante el ejercicio del cargo, como sugiere Carlos Castresana Fernández⁶⁷ y como ya se hace en Brasil por vía de la ley de improbidad administrativa desde 1.992.

La cooperación internacional entre los Estados es otro punto de gran importancia para la Convención, sin la cual la lucha contra la corrupción será inviable. El art. 43 dispone que los Estados cooperaran al máximo no sólo en cuestiones penales, como también en civiles y administrativas.⁶⁸ La doble incriminación se considerará cumplida independientemente de si las leyes del Estado requerido incluyen el delito en la misma categoría o lo denominan con la misma.⁶⁹ La asistencia judicial recíproca está prevista en el artículo 46 y es

⁶⁶ "8... exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto..."

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ "1. Los Estados Parte cooperarán en asuntos penales conforme a lo dispuesto en los artículos 44 a 50 de la presente Convención. Cuando proceda y esté en consonancia con su ordenamiento jurídico interno, los Estados Parte considerarán la posibilidad de prestarse asistencia en las investigaciones y procedimientos correspondientes a cuestiones civiles y administrativas relacionadas con la corrupción."

⁶⁹ " 2. En cuestiones de cooperación internacional, cuando la doble incriminación sea un requisito, éste se considerará cumplido si la conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita asistencia es delito con arreglo a la legislación de ambos Estados Parte, independientemente de si las leyes del Estado Parte requerido incluyen el delito en la misma categoría o lo denominan con la misma.

uno de los puntos clave de la Convención de Lucha contra la corrupción de Mérida de 2.003, incluso, en las investigaciones.⁷⁰

Otro principio fundamental de la Convención previsto en su artículo 51 es la recuperación de activos con el objetivo de garantizar la recuperación de los perjuicios causados por hechos de corrupción.⁷¹ Aunque no hay una condena será posible el decomiso, la intención es facilitar al máximo la cooperación jurídica internacional y la recuperación de activos del Estado solicitante.⁷² El embargo preventivo y la incautación de bienes son herramientas claves de la Convención de Mérida.⁷³

Esta Convención puede ser considerada la Convención de la recuperación de activos de hechos de corrupción, donde la cooperación es la herramienta clave para el decomiso de bienes que, como regla general, no están en el Estado víctima de la corrupción, sino en otros, algunos de los cuales que firmarán este documento internacional. En especial, en países que tienen un opaco sistema bancario, los llamados y mundialmente famosos, paraísos fiscales, también llamados paraísos penales, porque facilitan la apertura de cuentas bancarias que serán utilizadas, después, para el blanqueo

⁷⁰ "1. Los Estados Parte se prestarán la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos comprendidos en la presente Convención."

⁷¹ "Artículo 53. *Medidas para la recuperación directa de bienes.* Cada Estado Parte, de conformidad con su derecho interno: a) Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a otros Estados Parte para entablar ante sus tribunales una acción civil con objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención; b) Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a sus tribunales para ordenar a aquellos que hayan cometido delitos tipificados con arreglo a la presente Convención que indemnicen o resarzan por daños y perjuicios a otro Estado Parte que haya resultado perjudicado por esos delitos; y c) Adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a sus tribunales o a sus autoridades competentes, cuando deban adoptar decisiones con respecto al decomiso, para reconocer el legítimo derecho de propiedad de otro Estado Parte sobre los bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención."

⁷² "c) Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados."

⁷³ "a) Adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes puedan efectuar el embargo preventivo o la incautación de bienes en cumplimiento de una orden de embargo preventivo o incautación dictada por un tribunal o autoridad competente de un Estado Parte requirente que constituya un fundamento razonable para que el Estado Parte requerido considere que existen razones suficientes para adoptar esas medidas y que ulteriormente los bienes serían objeto de una orden de decomiso."

de capitales, que es tipificado como delito en esta Convención. Países estos que no cooperan con los otros Estados que están comprometidos en la lucha contra la corrupción y que no consideran delito, por ejemplo, la so negación de impuestos, como la Suiza, aunque, este Estado venga cooperando cada vez más con los Estados que le piden ayuda en la búsqueda de dinero desviado de sus arcadas por hechos de corrupción. Los paraísos más conocidos son: Islas Caimán, Islas Vírgenes Británicas, Islas Jersey, Liechtenstein, Luxemburgo, Gibraltar, Andorra, entre otros países que sostienen sus economías con base en el recibimiento de grandes cuantías de dinero provenientes de la corrupción.

Para el embajador, Antonio Núñez García-Sauco, que fue el Jefe de la Delegación española en la Conferencia para la firma de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, celebrada en Mérida, México, entre los días 9 y 11 de diciembre de 2.003, esta Convención, cierra el círculo de una serie de instrumentos jurídicos internacionales con la posibilidad de abordar los retos que la corrupción plantea.⁷⁴

El mismo autor pone acento en la recuperación de activos y la cooperación internacional que son para ello los puntos más importantes de dicha Convención, destaca aún, la posibilidad de prestar asistencia a los países que necesiten de ella y la necesidad de los países insertaren en sus legislaciones nacionales las disposiciones de esta Convención.

Aún hoy, ni todos los países que firmaran la Convención de Mérida hicieran las modificaciones legislativas necesarias para ponerla plenamente en marcha en sus naciones, lo que no potencializa sus resultados.

Por eso, la ONU, ha creado un Grupo de trabajo para hacer el seguimiento de la Convención de Mérida, con la misión de hacer las recomendaciones necesarias para la implementación de la dicha Convención por los Estados que la firmaran. Desde la celebración de la primera reunión, el Grupo de trabajo viene examinando la necesidad de fortalecer la coordinación

⁷⁴ NÚÑEZ GARCÍA-SAUCO, Antonio: *“La Convención de Naciones Unidas contra la corrupción”*, en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (coord.): *“La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar”*, Ratio Legis, Salamanca, 2.004, p.14.

de las diversas iniciativas de recuperación de activos. A este respecto, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y el Banco Mundial establecieron la Iniciativa para la recuperación de activos robados (Iniciativa StAR) en septiembre de 2007, que pasó a ser plenamente operacional a finales de 2008. Su objetivo es alentar y facilitar la restitución sistemática y oportuna de los activos que sean producto de la corrupción y hacer más eficaz en todo el mundo la restitución de activos robados. Esta iniciativa es más una prueba de la importancia que tiene la recuperación de activos por parte de la ONU.

Sus principales recomendaciones son:

1. El Grupo de trabajo recomendó la elaboración de instrumentos prácticos para la recuperación de activos, en particular la preparación de un manual práctico sobre los pasos a seguir a ese respecto que se adaptase a las necesidades particulares de los profesionales encargados de los casos de recuperación de activos y se utilizara para crear capacidad.⁷⁵
2. La Conferencia de los Estados Parte también instó a que se siguiera estudiando y analizando el modo en que las presunciones jurídicas, las medidas de inversión de la carga de la prueba y el examen de los marcos de enriquecimiento ilícito pudieran facilitar la recuperación de activos producto de la corrupción.⁷⁶
3. El Grupo de trabajo pidió a la UNODC que prosiguiera su labor, en consulta con los Estados Miembros, para reunir casos de recuperación de activos a fin de preparar un estudio analítico de dichos casos, aprovechando la experiencia de la Oficina. El Grupo de trabajo alentó a los Estados Miembros interesados a que contribuyeran a título voluntario a esa labor, incluso mediante la lista de autoevaluación, y respetando debidamente el carácter reservado de la información delicada.⁷⁷

⁷⁵ Datos obtenidos de la página web de las UN, en la fecha 31.07.2011.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibidem*.

4. En su tercer período de sesiones, la Conferencia de los Estados Parte subrayó que las instituciones financieras debían adoptar y aplicar normas eficaces de diligencia debida y declaración financiera. Esto ya había sido subrayado por el Grupo de trabajo, que puso de relieve la necesidad de aumentar la responsabilidad de las instituciones financieras y de las dependencias de inteligencia financiera que las supervisaban, incluso mediante la introducción de medidas para prevenir o abordar, según procediera, la omisión de la denuncia de transacciones sospechosas o que constituyeran casos límite; y el fomento del intercambio de conocimientos y datos. El Grupo de trabajo recomendó que se incluyese este tipo de instituciones en la acumulación de conocimientos sobre la recuperación de activos; también alentó la labor realizada sobre las medidas preventivas mencionadas en el capítulo V de la Convención y destacó la importancia de las investigaciones financieras eficaces.⁷⁸

5. El Grupo de trabajo recomendó que se considerase la posibilidad de usar productos como la Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena para aplicar otras disposiciones de la Convención. Con respecto a los instrumentos legislativos, el Grupo de trabajo recomendó que se examinaran las distintas esferas en que la preparación de modelos o de guías sobre las mejores prácticas fuese viable, por ejemplo, la interdicción, el embargo preventivo y el decomiso de activos.⁷⁹

6. El Grupo de trabajo hizo hincapié en la necesidad de contar con canales oficiosos de comunicación y cooperación, tanto antes de presentar una solicitud oficial de asistencia judicial recíproca como en los casos en que no se requiere la presentación de solicitudes de esa índole. En particular, el Grupo de trabajo subrayó la necesidad de aprovechar en forma eficaz la cooperación con los organismos encargados de hacer cumplir la ley y las dependencias de inteligencia financiera, reconociendo al mismo tiempo el papel del poder judicial en los procedimientos de cooperación internacional para hacer cumplir la

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ *Ibíd.*

obligación de rendir cuentas y asegurar el respeto de las garantías procesales. En el plano nacional, el Grupo de trabajo recomendó una estrecha cooperación entre los organismos de lucha contra la corrupción, los organismos encargados de hacer cumplir la ley y las dependencias de inteligencia financiera. A ese respecto, se señaló que la celebración de reuniones periódicas podría aumentar las posibilidades de recuperar activos.⁸⁰

7. El Grupo de trabajo recomendó que se estrechara la cooperación entre las dependencias de inteligencia financiera, las autoridades encargadas de la lucha contra la corrupción y las autoridades nacionales responsables de la asistencia judicial recíproca, en los planos tanto nacional como internacional. En este contexto, el Grupo de trabajo pidió a la Secretaría que invitara a los Estados Miembros que no lo hubieran hecho a que designasen una autoridad central encargada de las solicitudes de asistencia judicial recíproca y facilitase una lista de esas autoridades a la Conferencia. Debería considerarse la posibilidad de cooperar además con las redes e instituciones existentes como el Grupo Egmont de dependencias de inteligencia financiera y la Asociación Internacional de Autoridades Anticorrupción.⁸¹

8. El Grupo de trabajo subrayó la necesidad de que la Secretaría intensificase aún más su labor con respecto al fomento del diálogo entre los Estados requeridos y los Estados requirentes, promoviendo la confianza y alentando y fortaleciendo aún más la voluntad política para asegurar la recuperación de los activos, incluso en su labor con otras organizaciones intergubernamentales y en el contexto del Grupo de los 20. El Grupo alentó a los Estados parte a que procurasen eliminar los obstáculos que se oponían a la recuperación de activos, en particular simplificando los procedimientos internos y fortaleciendo dichos procedimientos para impedir su uso indebido.⁸²

9. El Grupo de trabajo subrayó la importancia de fortalecer la capacidad de

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ *Ibidem.*

⁸² *Ibidem.*

los legisladores, los funcionarios de los órganos encargados de hacer cumplir la ley, los jueces y los fiscales en lo concerniente a las cuestiones relativas a la recuperación de activos. Subrayó la necesidad de impartir capacitación especializada en recuperación de activos y de crear capacidad.⁸³

Otra cuestión fundamental en la lucha contra la corrupción es la cooperación internacional que contribuiría a eliminar numerosos obstáculos operativos que entorpecen el proceso de la recuperación de activos. La falta de confianza entre las correspondientes jurisdicciones puede impedir o retrasar la prestación de asistencia judicial recíproca, sobre todo en relación con cuestiones urgentes o en el caso de jurisdicciones con sistemas jurídicos, políticos o judiciales muy diferentes. Si no hay relaciones de confianza, las jurisdicciones son reticentes a compartir información y a ayudar a reunir pruebas o a facilitar la recuperación de activos. La complejidad de los procedimientos para dar curso a las solicitudes de asistencia judicial recíproca dificulta la prestación de asistencia. Se trata, en particular, de dificultades de redacción, falta de claridad de los procedimientos y retrasos en la tramitación de las solicitudes y en la respuesta a éstas. Uno de los medios de reducir o eliminar los obstáculos consiste en el establecimiento de redes de responsables políticos y profesionales.

Las redes de profesionales han demostrado su eficacia en la promoción de la cooperación internacional. Permiten hallar soluciones fácil y rápidamente. Ofrecen un espacio para la organización de grupos de profesionales, facilitando de esa forma un diálogo permanente y relaciones de confianza entre homólogos.

Algunas redes aumentan las posibilidades de recuperar activos porque proporcionan una plataforma de diálogo continuo y oficioso entre las partes. Cumplen una función importante al contribuir a establecer relaciones de confianza entre el Estado requirente y el Estado requerido, condición previa de una cooperación eficaz. En general, las redes que contribuyen a aportar esas

⁸³ *Ibidem.*

mejoras no están centradas en la recuperación de activos sino que tienen un mandato más amplio. Aprovechar la existencia de esas redes e incluir en su mandato la recuperación de activos resulta conveniente y económico. Por ejemplo, las redes de las unidades de inteligencia financiera cuya competencia trasciende las cuestiones relativas al producto de la corrupción han demostrado su utilidad en esfuerzos concretos por recuperar activos robados.

Las principales son:⁸⁴

1. Iniciativa StAR-INTERPOL de coordinadores;
2. Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera;
3. Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de Camden (CARIN);
4. Red Interinstitucional de Recuperación de Bienes del África Meridional (ARINSA);
5. Red de la Recuperación de Activos de GAFISUD (RRAG);
6. Autoridades centrales designadas por los Estados Parte en la Convención;
7. Coordinadores de la recuperación de activos en el marco de la Convención;
8. Red Judicial Europea;
9. Red Hemisférica de Intercambio de Información para la Asistencia Mutua en Materia Penal y Extradición de la Organización de los Estados Americanos;
10. Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed);
11. Plataformas judiciales de la Comisión del Océano Índico y de la región del Sahel;
12. Red de Personas de Contacto del Commonwealth.

⁸⁴Datos obtenidos de la página web de las NN.UU., en la fecha 31.07.2011.

5. LA LEY DE IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA EN BRASIL

El problema de la corrupción en Brasil es tan antiguo como el propio país. Remonta al comienzo de la colonización portuguesa. El primer responsable por la creación de un sistema de justicia en la colonia había sido quitado de las colonias portuguesas de las indias por corrupción. Como no había otra persona para ser nombrada para el cargo, la Corona portuguesa tuvo que nombrar un hombre con conducta inmoral para la función.

Es siempre bueno no olvidarnos que la corrupción es muy antigua en todo el mundo. En la Babilonia, fundada más de dos mil años antes de Cristo, en la orilla izquierda del Éufrates, que fue durante milenios una de las más grandes ciudades del mundo antiguo, en particular bajo Hammurabi (1792-1750 a. C.) y Nabucodonosor (muerto en el 562 a. C.), que tiene su nombre permanentemente ligado al de la torre homónima (Babel), ya existía corrupción.

La corrupción es muy vieja, tanto cuanto el hombre y en Brasil no es distinto. El legislador constitucional de la Carta Fundamental de 1.988, preocupado con esta cuestión estableció un artículo especialmente importante, el art. 37, párrafo 4º, que hace la previsión del acto de improbidad administrativa:

“§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”⁸⁵

⁸⁵Traducción: Los actos de improbidad administrativa importaran la suspensión de los derechos políticos, la pérdida de la función pública, la inmovilización de los bienes y reparación de las arcas del Estado, en la forma y gradación previstas en la ley, sin perjuicio del enjuiciamiento penal adecuado.

La Constitución previó, por la primera vez en el Derecho brasileño el acto de improbidad administrativa, creando no un delito, o ilícito administrativo, mas si un ilícito civil, aunque, distinto de los tradicionales ilícitos civiles, que tienen como su principal característica el sencillo incumplimiento de una norma civil. El acto de improbidad es más que sólo esto. Es un acto contrario al interés público, que causa perjuicio o no a las arcas del Estado y que implica una violación de los deberes con la administración pública.

Conceptuar el acto de improbidad administrativa es muy difícil, en razón de su complejidad, incluso, más que conceptuar corrupción. Los mejores autores de la doctrina brasileña no lo hacen, Emerson Garcia, Rogério Pacheco Alves y Wallace Paiva Martins Júnior.⁸⁶ Todavía, es necesario intentar conceptuarlo para mejor entenderlo. Entonces, podríamos dar al acto de improbidad administrativa el siguiente concepto: es un ilícito civil que ofende los más importantes deberes de los funcionarios públicos y de los particulares para con el interés público. Puede ser una acción u omisión y no es necesario que produzca un perjuicio a las arcas del Estado. No es una mera irregularidad administrativa, una falta cualquiera que pueda ser arreglada con la anulación del acto administrativo o con una sanción administrativa, tan poco es un delito, sin embargo, muchas veces lo es también. Wallace Paiva Martins Júnior se acerca de un concepto al decir:

“Improbidade administrativa, em linhas gerais, significa servir-se da função pública, para angariar ou distribuir, em proveito pessoal ou para outrem, vantagem ilegal ou imoral, de qualquer natureza, e por qualquer modo, com violação aos princípios e regras presidentes das atividades na Administração Pública, menosprezando os deveres do cargo e a relevância dos bens, direitos, interesses e valores confiados à sua guarda, inclusive por omissão, com ou sem prejuízo patrimonial. A partir desse comportamento, desejado ou fruto de incúria, desprezo, falta de

⁸⁶ GARCIA, Emerson e PACHECO ALVES, Rogério: *Improbidad Administrativa*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 3ª. Edición, 2.006 e PAIVA MARTINS JÚNIOR, Wallace: *Probidade Administrativa*, Editora Saraiva, 4ª. Edición, São Paulo, 2.009.

preocupação ou cuidado, revelam-se a nulidade do ato por infringência aos princípios e regras, explícitos ou implícitos, de boa administração e o desvio ético do agente público e do beneficiário ou partícipe, demonstrando a inabilitação moral do primeiro para o exercício de função pública.”^{87 88}

La ley no hace la definición de acto de improbidad administrativa, a si como las Convenciones de lucha contra la corrupción tampoco definen ésta. Aún así, define los sujetos que pueden practicar un acto de improbidad, es lo que hace el art. 1º. de la ley:

“Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.”⁸⁹

⁸⁷ PAIVA MARTINS JÚNIOR, Wallace: Probidade Administrativa, Editora Saraiva, 4ª. Edición, São Paulo, 2.009, pp.116-117.

⁸⁸ Traducción: Improbidad administrativa, en líneas generales, significa servirse de la función pública, para conseguir o distribuir, en provecho persona, o para tercero, ventaja ilegal o inmoral, de cualquiera naturaleza o cualquiera modo, con violación a los principios y reglas presidentes de las actividades de la Administración Pública, menospreciando los valores del cargo y la importancia de los bienes, derechos, intereses y valores confiados a su guarda, incluso por omisión, con o sin perjuicio patrimonial. A partir de ese comportamiento, deseado o fruto de irresponsabilidad, desprecio, falta de preocupación o cuidado, revelándose la nulidad del acto por violación a los principios y reglas explícitos o no, de buena administración la desviación ética del agente público y del partícipe, demostrando la inhabilitación moral del primero para el ejercicio de la función pública.

⁸⁹ Traducción: Los actos de improbidad administrativa practicados por cualquier agente público, servidor o no, contra la administración directa, indirecta o fundación de cualquier de los poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal, de los Municipios, de Territorio, de empresa que integrante del patrimonio público o de entidad para cuya creación o manutención las arcas del Estado tengan concurrido o concurren con más de 50% del patrimonio o de la renta anual, serán castigados por esta ley.

Los sujetos activos del acto de improbidad administrativa son no solamente los funcionarios públicos, también las autoridades, es decir, quien tenga un cargo público, electo o no, aunque no sea remunerado. Aquí se encuadran los políticos⁹⁰ que la ley busca castigar con sus sanciones. También los particulares están sujetos a ley de improbidad, incluso, las empresas particulares, cuando se beneficie de aquellos.⁹¹

En Brasil aún no hubo el cumplimiento de la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la corrupción que recomienda responsabilizar criminalmente las personas jurídicas. La única posibilidad de responsabilizar la persona jurídica se restringe a los delitos medio ambientales. Por eso, en Brasil, la mejor manera que hay para responsabilizar las personas jurídicas por hechos de corrupción es la vía de la acción de improbidad administrativa.

Los sujetos pasivos serán no solamente la administración directa, más también la indirecta, las fundaciones y toda y cualquier empresa o entidad para las cuales las arcas del Estado han contribuido financieramente.⁹²

La lesión al patrimonio público puede ser por acción u omisión, dolosa u culposa, como es la regla de la responsabilidad civil, por lo tanto, mucho más amplia que la responsabilidad penal, que permite también multiplicar las posibilidades de combate a la corrupción, una vez que se abre una nueva

⁹⁰“Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.”

⁹¹ “Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.”

⁹²“Art.1º.,parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

ventana para obtenerse más éxitos y eficiencia en esta lucha tan difícil y compleja, donde los buenos resultados para el Estado y la sociedad no son la regla.⁹³

Dicha ley castiga, en especial, el enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos y políticos corruptos como también de los corruptores: empresas y empresarios.⁹⁴

5.1. ACTOS DE IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA

La ley crea tres tipos de improbidad administrativa: los actos que producen enriquecimiento ilícito, los que causan perjuicio a las arcas del Estado y los que ofenden los principios de la administración pública. Los dos primeros son más graves y muchas veces también incurrirán en un delito. El último es lo menos grave, en general, no incurrirá en crimen. Las penas son proporcionales a la gravedad de los actos de improbidad.

Los actos de improbidad administrativa que causan perjuicio a las arcas del Estado están en el art. 9, que tiene doce incisos, los cuales no son "numeros clausulus", pudiendo haber otros actos de improbidad de la misma especie, sin que haya expresa previsión legal, en razón de la naturaleza de la responsabilidad civil. No se trata de disposiciones criminales, por lo tanto, no se aplica el principio de la reserva legal, no tiene que haber la tipificación previa de una conducta para ser castigada. El acto de improbidad se castiga por el art. 9, aunque, no esté entre los incisos del mismo artículo. Esta es la posición de la mayoría de la doctrina brasileña. Es lo que enseña Wallace Paiva Martins Júnior:

⁹³ Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano."

⁹⁴ Art. 6º No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio. "

“...mesmo imprevisto o ato em qualquer das hipóteses do rol desses dispositivos, constituirá improbidade administrativa se se acomodar à definição de enriquecimento ilícito, prejuízo ao patrimônio público e atentado aos princípios da Administração Pública (e esta última é residual em relação as primeiras).”^{95 96}

El acto de improbidad administrativa del art. 9, consiste en obtener enriquecimiento ilícito u cualquiera otra ventaja patrimonial indebida en razón del ejercicio de un cargo, mandato, función, empleo o actividad en las entidades señaladas en el art. 1º. de la ley, y especialmente, las doce hipótesis previstas en el dicho artículo.⁹⁷

El inciso I del art. 9, prevé un acto de improbidad administrativa muy semejante al soborno de los funcionarios públicos, el cohecho del art. 419, del Código Penal español. Quien recibiere, para sí u para un tercero, dinero, bien mueble o inmueble u cualquier otra ventaja económica, directa o indirecta, teniendo como retribución una comisión, porcentaje, gratificación o regalo de quien tenga interés directo o indirecto, que pueda ser obtenido o amparado por una acción u omisión en razón de las atribuciones de su cargo.⁹⁸

Por su vez, el inciso II del mismo art. 9, tiene estructura muy semejante al inciso anterior y, por supuesto, al delito de cohecho, todavía, es más

⁹⁵ Ibídem, p. 207.

⁹⁶ Traducción: mismo no previsto el acto en cualquier de las hipótesis do rol de eses dispositivos, constituirá improbidad administrativa si implicar la definición de enriquecimiento ilícito, perjuicio al patrimonio público y atentado a los principios de la Administración Pública (y esta última es residual en relación a las primeras).

⁹⁷ “Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: ”

⁹⁸· I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público; ”

específico, porque se restringe a la adquisición, permuta u alquiler de bien mueble o inmueble, o a la contratación de servicios por las entidades referidas en el art. 1º. por precio superior al valor del mercado, práctica de las más habituales en las administraciones corruptas.⁹⁹

El inciso III del art. 9, trata sobre recibir ventaja económica, directa o indirecta, para facilitar la adquisición, permuta o alquiler de bien mueble o inmueble, o la contratación de servicios por las mismas entidades del inciso anterior, una modalidad más frecuente de corrupción.¹⁰⁰

El inciso IV, prevé la utilización, en obra o servicio particular, de coches, maquinas, equipamientos o material de cualquier naturaleza, de propiedad u puesto a la disposición de las entidades ya citadas en el art.1º. de la ley de improbidad administrativa, así como del trabajo de servidores públicos, empleados u otros contratados por aquellas entidades. Esta es una práctica corrupta común, sobre todo, en las pequeñas ciudades de Brasil, siendo un ejemplo de patrimonialismo en la administración pública, bien como una clara ofensa al principio de la imparcialidad que debe gobernar los actos de los administradores públicos, porque la cosa pública, tiene este nombre por ser pública, no puede ser aprovechada como si fuese particular.¹⁰¹

El inciso V prevé, recibir ventaja económica de cualquier naturaleza, directa o indirecta, para tolerar la explotación o la práctica de juegos de azar, lenocinio, narcotráfico, contrabando, usura o de cualquier otra actividad ilícita, o aceptar promesa de tal ventaja, que es una práctica corrupta que alcanza un

⁹⁹ II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado; "

¹⁰⁰ III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado; "

¹⁰¹ IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades; "

modo especial a la policía, incluso, estos crímenes, en general, solamente son posibles en razón de la participación de policiales. No se puede olvidar que la institución policial es siempre muy mal evaluada en las encuestas sobre corrupción, siendo especialmente corruptas en los países menos desarrollados como ocurre en América Latina. En Brasil, la policía también es muy corrupta, teniendo poca legitimidad en muchas de las comunidades más pobres.¹⁰² Esta es una de las razones que explican por qué, la represión a la corrupción en Brasil es tan poco eficiente.

El siguiente inciso VI dispone, recibir ventaja económica de cualquier naturaleza, directa o indirecta, para hacer declaración falsa sobre medición o evaluación en obras públicas o cualquiera otro servicio, o sobre cantidad, peso, medida, cualidad o característica de mercancías o bienes facilitados a cualquier de las entidades del art. 1º de ya la citada ley, práctica muy común en las administraciones públicas.¹⁰³

Seguido el inciso VII prevé, adquisición, para sí o un tercero, en el ejercicio de mandato, cargo, empleo o función pública, de bienes de cualquier naturaleza cuyo valor sea desproporcional a la evolución del patrimonio o a la renta del agente público. Es el conocido enriquecimiento ilícito frente al cual la Convención de Mérida hace la recomendación que los Estados lo adopten en sus ordenamientos jurídicos como delito, y dicho sea de paso que Brasil, hasta hoy día, no lo ha hecho, aunque tenga firmado esta Convención a muchos años.¹⁰⁴ La ley de improbidad hace obligatoria la declaración anual de los bienes de todos los funcionarios públicos y demás ocupantes de cargos públicos, incluso

¹⁰² V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem; "

¹⁰³ " VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; "

¹⁰⁴ " VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público; "

de los políticos. Medida esta que es muy importante en la aplicación de este dispositivo legal e en la lucha contra la corrupción.¹⁰⁵

El inciso VIII, disciplina el acto de improbidad consistente en aceptar empleo, comisión o ejercer actividad de consulta o asesoramiento para persona física o jurídica que tenga interés susceptible de ser logrado o amparado por acción u omisión en razón de las atribuciones del agente público, al tiempo de su actividad, lo que es una modalidad más sutil de corrupción¹⁰⁶

El inciso IX prevé el acto de improbidad consistente en recibir ventaja económica para hacer la intermediación a liberación o aplicación de activos públicos de cualquier naturaleza, también de gran aplicación en el combate a la corrupción, por eso muy importante.¹⁰⁷

También muy interesante es el inciso X se refiere a la corrupción por omisión, recibiere ventaja económica de cualquier naturaleza, directa o indirecta, para omitir acto de oficio o declaración que esté obligado a hacer.¹⁰⁸

¹⁰⁵ “ Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente. § 1º A declaração compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizado no País ou no exterior, e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico. § 2º A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função. § 3º Será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa. § 4º O declarante, a seu critério, poderá entregar cópia da declaração anual de bens apresentada à Delegacia da Receita Federal na conformidade da legislação do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza, com as necessárias atualizações, para suprir a exigência contida no caput e no § 2º deste artigo.”

¹⁰⁶ “ VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade; ”

¹⁰⁷ “ IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza; ”

¹⁰⁸ “ X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado; ”

El siguiente inciso XI dispone del acto de improbidad consistente en añadir, por cualquier forma a su patrimonio bienes, rentas, activos o valores integrantes del patrimonio de las entidades del artículo primero. Es muy semejante al delito de apropiación indebida del art. 252, del CP español.¹⁰⁹

Por fin, el inciso XII prevé el acto de improbidad de usar en provecho propio, bienes, rentas, activos o valores integrantes del patrimonio de las entidades citadas en el art. 1º de la ley de improbidad administrativa.¹¹⁰

Por su vez, el art. 10, de la ley de improbidad administrativa brasileña, trata de los actos que causan perjuicio al Estado, aunque, no produzcan el enriquecimiento ilícito previsto en el art 9. Este artículo tiene quince incisos, los cuales también no son "numeros clausulos", por lo tanto, pueden ocurrir otros actos de improbidad administrativa que causen perjuicio al Estado y que no es tan previstos en este artículo.

El art.10 dispone que constituye acto de improbidad administrativa que causa lesión a las arcas del Estado cualquier acción u omisión, dolosa o culposa, que cause pérdida patrimonial, desvío, apropiación, malversación u dilapidación de los bienes de las entidades del art.1º., de esta ley, y especialmente, sigue el rol de quince actos de improbidad.¹¹¹

El inciso I prevé, facilitar u concurrir por cualquier forma para la incorporación al patrimonio particular, de persona física o jurídica, de bienes,

¹⁰⁹ " XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; "

¹¹⁰ " XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei. "

¹¹¹ " Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: "

rentas, activas o valores integrantes del patrimonio de las entidades mencionadas en el ya citado artículo primero de esta ley.¹¹²

El siguiente inciso II disciplina el acto de improbidad consistente en permitir o concurrir para que persona física o jurídica privada utilice bienes, rentas, activos o valores integrantes del patrimonio de las entidades ya mencionadas, sin observar las formalidades legales o reglamentares aplicables a la especie.¹¹³

El inciso III prevé la donación a persona física o jurídica bien como al ente sin personalidad jurídica, aunque de fines educativos o asistenciales, bienes, rentas o valores del patrimonio de las entidades ya citadas, sin observar las formalidades legales y reglamentares aplicables a la especie.¹¹⁴

El siguiente inciso IV prevé la permisión o facilitación de la enajenación, permuta o alquiler de bien perteneciente al patrimonio de las citadas entidades, o la prestación de servicio por parte de ellas, por precio inferior al del mercado.¹¹⁵

El inciso V dispone sobre el acto de improbidad consistente en permitir o facilitar la adquisición, permuta o alquiler de bien o servicio, por precio superior al del mercado.¹¹⁶

¹¹²· I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporaçã o ao patrimõnio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei; "

¹¹³ · II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; "

¹¹⁴ · III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimõnio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie; "

¹¹⁵ · IV - permitir ou facilitar a alienaçã o, permuta ou locaçã o de bem integrante do patrimõnio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestaçã o de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado; "

¹¹⁶· V - permitir ou facilitar a aquisiçã o, permuta ou locaçã o de bem ou serviço por preço superior ao de mercado; "

El inciso VI prevé la realización de operación financiera sin observar las normas legales y reglamentares o aceptar garantía no suficiente o no inidónea.¹¹⁷

Por su vez el inciso VII dispone sobre la facilitación de ventaja administrativa o fiscal sin observar las formalidades legales o reglamentares aplicables a la especie.¹¹⁸

El inciso VII trata de una modalidad de corrupción muy común en todo el mundo que es frustrar la licitud del proceso licitatorio o dispensarlo indebidamente.¹¹⁹

El inciso IX prevé el acto de improbidad de ordenar o permitir la realización de gasto no autorizados en la ley o reglamento.¹²⁰

El siguiente inciso X actuar negligentemente en la recaudación de impuestos o renta, así como en la preservación del patrimonio público.¹²¹

El inciso XI consiste en autorizar la liberación de activos públicos sin la estricta observancia de las normas pertinentes u influir de cualquier forma para su aplicación irregular.¹²²

Por su vez el inciso XII castiga el acto de permitir, facilitar u concurrir para que terceros obtengan un enriquecimiento ilícito.¹²³

¹¹⁷ " VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea; "

¹¹⁸ " VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie; "

¹¹⁹ VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente; "

¹²⁰ " IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento; "

¹²¹ X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público; "

¹²² XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular; "

El inciso XIII prohíbe que se permita la utilización en obra o servicio particular de coches, maquinas, equipamientos o material de las ya mencionadas entidades, así como el trabajo del servidor público, empleado u terceros contratados por aquellas entidades.¹²⁴

El inciso XIV castiga también la celebración de contrato u otro instrumento que tenga por objeto la prestación de servicios públicos por medio de la gestión asociada sin observar las formalidades previstas en la ley.¹²⁵

Por fin, el inciso XV prevé la celebración de contrato de consorcio público sin suficiente y previa dotación presupuestaria, o sin observar las formalidades legales.¹²⁶

Como última especie de acto de improbidad administrativa tenemos los actos que ofenden los principios basilares de la buena administración pública, que son:

1. Honestidad;
2. Imparcialidad;
3. Legalidad;
4. Lealtad a las instituciones.¹²⁷

¹²³ XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

¹²⁴ XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades. "

¹²⁵ " XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; "

¹²⁶ " XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; "

¹²⁷ " Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: "

Además de los siete que están en los incisos I a VII, del artículo 11, de la ley de improbidad administrativa. Estos pueden ser violados tanto por acción como por omisión y no es necesario que causen daño material al Estado. A ejemplo de los otros dos actos de improbidad de los arts. 9 y 10, que también no son "numeros clausulos".

Los demás principios son:¹²⁸

I - practicar acto ordenando fin prohibido en ley o reglamento o diverso del previsto, en regla de competencia;

II - retrasar o dejar de practicar, indebidamente acto de oficio;

III – revelar hecho o circunstancia de que tiene ciencia en razón de sus atribuciones y que deba permanecer en secreto;

IV - negar publicidad a los actos oficiales;

V – frustrar la licitud de concurso público;

VI – dejar de rendir cuentas cuando esté obligado a hacerlo;

VII – revelar o permitir que llegue al conocimiento de tercero, antes de la respectiva divulgación oficial, el contenido de medida política o económica capaz de afectar el precio del producto, bien u servicio.

¹²⁸ " I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo; IV - negar publicidade aos atos oficiais; V - frustrar a licitude de concurso público; VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço. "

5.2. NATURALEZA DE LA SANCIÓN DE IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA

La naturaleza de la sanción de improbidad administrativa ya ha causado mucha polémica en la doctrina brasileña, aunque, la ley fuese muy clara. No obstante, no deja duda de que no se trata de una sanción penal como ya ha decidido el STJ, Superior Tribunal de Justicia, el equivalente al TS, Tribunal Supremo español encargado de hacer la unificación de la interpretación y jurisprudencia del Derecho en España, lo que lo hace fundamental para estudiar el Derecho español. Lo mismo ocurre en Brasil con el STJ.

Basta que se haga una rápida lectura de la ley para llegar se a esta conclusión:

“ Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: ”¹²⁹

La polémica no se explica por razones jurídicas, sino políticas. La presión sobre el Poder Judicial fue muy intensa por parte de los políticos que empezaran a ser procesados uno después del otro, como nunca había ocurrido en la historia de Brasil. Políticos de todos los rangos, alcaldes, concejales, diputados, incluso, gobernadores y ministros pasarían a sentarse en los banquillos de la justicia, en una auténtica revolución de los fiscales, como ha pasado en Italia. Hubo hasta un proceso de responsabilidad política de un

¹²⁹Traducción: Independientemente de las sanciones penales, civiles y administrativas previstas en la legislación específica, está el responsable por el acto de improbidad sujeto a las siguientes conminaciones, que pueden ser aplicadas solas o cumulativamente, de acuerdo con la gravedad del hecho:

Presidente de la República, Fernando Collor de Mello, que fue quitado de su alto cargo por un proceso de "impeachment", el único de la historia del Brasil.

Al fin, el Derecho venció la política y el STJ consideró con siendo civil la naturaleza de la sanción de la ley de improbidad administrativa. De lo contrario, si tuviese éxito la tesis política se consideraría como tendencia de naturaleza penal, en razón de la gravedad de las mismas, y con esto gran parte de los políticos ganarían el fuero privilegiado que buscaban y con la consecuente impunidad que lo caracteriza en Brasil. A lo largo de la historia del STF solamente una persona con fuero privilegiado fue condenada en definitivo. En el STJ fueron condenadas tan solo cinco personas con fuero privilegiado. En la práctica en Brasil el privilegio de fuero ha sido sinónimo de la más escandalosa impunidad.

Con la decisión del STJ las acciones de improbidad administrativa se quedan en los juicios de primer grado, justamente en la instancia donde el Poder Judicial es más independiente en Brasil y donde la Fiscalía ha protagonizado la llamada revolución de los fiscales brasileños, muy semejante a la que ha ocurrido en la famosa "operación manos limpias" en Italia. La nueva configuración constitucional del Ministerio Público brasileño hecha por la Constitución de 1.988 fue fundamental en esta, verdadera, revolución, porque dio a la Fiscalía, la independencia funcional de sus miembros y de su institución, la posibilidad de elegir su Jefe, en los Ministerios Públicos estatales, por vía de una lista tríplice, donde el Gobernador tiene que obligatoriamente elegir uno, la autonomía administrativa y la más importante y fundamental que es la autonomía financiera, sin la cual, no hay autentica independencia funcional.

Por su parte, los jueces también tuvieron ampliadas sus garantías funcionales y las de su institución. Hoy tienen también independencia funcional y el Poder Judicial autonomía administrativa y financiera.

Tantos jueces cuantos fiscales son vitalicios en sus cargos solamente pueden perderlos por vía de un proceso judicial y por decisión definitiva. Sus sueldos no pueden ser reducidos como ocurrió en España y tampoco no

pueden ser quitados de sus cargos de modo arbitrario. Estas garantías, no son privilegios, sino garantías y derechos fundamentales de los ciudadanos a una justicia independiente e imparcial tanto del poder político como del poder económico, es lo que hace la diferencia fundamental entre el Poder Judicial y el Ministerio Público brasileño de sus congéneres latinoamericanos. Estas instituciones brasileñas constituyen un ejemplo a ser seguido en la región y no solamente en la América Latina, incluso, en el viejo continente europeo, hay muchos países que no tienen una justicia con tanta independencia y garantías para sus miembros como la brasileña, hasta mismo en España.

Hechas estas consideraciones paso al análisis de las sanciones de la ley de improbidad administrativa. Los actos de improbidad administrativa del art. 9 son castigados con las penas del art. 12, inciso I, ¹³⁰ los actos del art. 10, con las sanciones del art. 12, inciso II,¹³¹ por último los actos previstos en el art. 11, son castigados con las puniciones del art. 12, inciso III, ¹³² Las sanciones son las siguientes:

1. Pérdida de los bienes o valores añadidos ilícitamente al patrimonio;
2. Indemnización integral del daño;

¹³⁰· I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; ”

¹³¹· II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; ”

¹³² · III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. ”

3. Pérdida de la función pública;
4. Suspensión de los derechos políticos de tres hasta diez años;
5. Multa civil;
6. Prohibición de contractar con el poder público o recibir ventajas, incentivos fiscales o crediticios, por lo plazo de tres hasta diez años. Sanción aplicada igualmente a la persona jurídica.

Por lo tanto, no solamente las personas físicas son castigadas también las personas jurídicas, siendo que la sanción llega a la pérdida del cargo público y a la suspensión de los derechos políticos, tan importante para los políticos, además de la indemnización por los daños sufridos por el Estado y para que esto ocurra es fundamental el bloqueo de los bienes de los corruptos, una de las principales preocupaciones de esta ley, que podríamos llamar de ley anticorrupción del Brasil.

5.3. LAS RAZONES DE LA OPCIÓN CIVIL

La policía que investiga los crímenes federales en Brasil es la Policía Federal, que está bajo control del Ministro de la Justicia, que a su vez, es nombrado por el Jefe del Poder Ejecutivo Federal, el Presidente de la República. Por lo tanto, es notoria la influencia política en la policía federal, una vez que su Jefe es nombrado por el Ministro de la Justicia, sin ninguna participación de los propios policiales o de la sociedad. Lo mismo ocurre en la Policía Civil que es la encargada de hacer las investigaciones de los delitos estaduais, que son, también la gran mayoría de los existentes en Brasil. Su Jefe es libremente nombrado por el Gobernador, siendo así, como el Jefe de la policía federal, un cargo de la confianza del Jefe del Ejecutivo estadual, tiene los mismos problemas de independencia de la Policía Federal.

Lamentablemente los policiales no tienen ninguna de las garantías de los jueces y de los fiscales, lo que hace su trabajo, una función de alto riesgo, porque se contrarían, sus Jefes sufrirán perjuicios en sus carreras profesionales, podrían ser enviados a otras ciudades o Estados, en el caso de los policiales federales. Además de sufrir procesos administrativos y hasta ser dimitidos, aun que cumplan con sus obligaciones. Como tenemos conocimiento, la mayor dificultad para enjuiciar los corruptos consiste en investigarlos y como esto es hecho por una policía, sin las mínimas garantías para trabajar con independencia e imparcialidad que se exige de todo servicio público, la investigación se queda perjudicada y con esto las acciones penales, los procesos criminales, lo que resulta en una enorme impunidad en estos tipos de delitos.

La ventaja del sistema español, sobre el brasileño, es que la investigación es hecha por policiales, bajo control de un juez, aunque estos policiales pertenezcan al Ministerio del Interior, órgano del poder Ejecutivo. Esto explica, porque en España, misma con un sistema procesal obsoleto, porque es inquisitorial, donde el juez más se parece a un fiscal y éste a un juez y donde el Ministerio Público no es independiente y tampoco tiene la titularidad de la acción penal o las garantías de los fiscales brasileños, los resultados prácticos de la lucha contra la corrupción son mucho mejores que en Brasil.

Por todo lo expuesto, es que se ha creado en Brasil la ley de improbidad administrativa para que el combate a la corrupción pudiese tener un mínimo de eficacia, lo que no ocurría hasta 1.992, año en que se ha promulgado esta importantísima ley en la lucha contra la corrupción en Brasil.

La entrada en vigor de ella ha cambiado toda la realidad brasileña y creado las condiciones para la ya hablada revolución de los fiscales en Brasil.

El gran cambio consistió en que la investigación de los actos de improbidad administrativa, como son ilícitos civiles, es hecho por el Ministerio Público y no por la policía como ocurre en los crímenes. El Ministerio Público lo hace por vía de la investigación civil pública prevista en la ley de la acción civil pública n. 7.347/85, que es muy semejante a investigación policial que

investiga 99% de los delitos en Brasil, pero no lo hace bien en relación a los delitos de corrupción, por las razones anotadas.

5.4. EL EMBARGO DE BIENES EN LA LEY DE IMPROBIDAD

Desde mi punto de vista, el aspecto más relevante de ley de improbidad administrativa es, sin duda alguna, el embargo de bienes de los imputados por actos de improbidad administrativa. La ley lo prevé en su art. 7º.:

“ Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito. “¹³³

La indisponibilidad o embargo de bienes prevista en la citada ley es una medida cautelar obligatoria que tiene el objetivo de garantizar la eficacia de la decisión judicial definitiva sobre el comiso de bienes del imputado por acto de improbidad administrativa. Con esto, se impide las prácticas muy comunes de estos imputados de disipación de su patrimonio. La consecuencia de esta medida cautelar es asegurar la ejecución de la sentencia del poder judicial.

¹³³Traducción: Cuando el acto de improbidad causar lesión al patrimonio público o crear la oportunidad del enriquecimiento ilícito, deberá la autoridad administrativa responsable pela investigación accionar el Ministerio Público, para la indisponibilidad de los bienes del imputado. Párrafo único. La indisponibilidad a que si refiere el artículo hará carga sobre los bienes que garanticen la completa indemnización del daño, o sobre el beneficio añadido al patrimonio en razón del enriquecimiento ilícito.

No es una sanción, la sanción propiamente dicha la pena es el comiso también previsto en dicha ley, se trata más exactamente de una medida procesal preparatoria del comiso. Tampoco, es una novedad jurídica, así como el comiso. Éste impide la libre disponibilidad de los bienes, pero no el uso y gozo del mismo, distinto al secuestro, donde la persona se queda sin poder usar y gozar de la cosa.

La indisponibilidad de bienes es aplicable siempre que ocurra el enriquecimiento ilícito o perjuicio a las arcas del Estado. Será posible también cuando la ofensa a un principio de la administración pública produzca un perjuicio financiero al Estado.

El embargo de bienes de los imputados incidirá sobre tantos bienes cuanto fueren necesarios para el completo resarcimiento de los daños sufridos por el poder público y también para que haya la pérdida de lo que ha sido añadido ilícitamente al patrimonio del imputado. Esta medida cautelar es diferente de la del secuestro de bienes, porque no hace falta la individualización de los bienes del imputado por el autor de la acción de improbidad administrativa.

La medida prevista en el art. 16, de la LIA (Ley de Improbidad Administrativa) es el secuestro:

“ Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.¹³⁴

Importante medida prevista en este dispositivo fue la posibilidad de hacer el embargo de bienes ya en la fase de investigaciones, no teniendo que se esperar por el enjuiciamiento, lo que puede hacer imposible la recuperación del dinero robado de las arcas públicas. La ley previó expresamente el embargo de cuentas bancarias e inversiones financieras en el exterior por los imputados, siendo aquí donde entran los paraísos fiscales ya estudiados en este trabajo.

5.5. EL EMBARGO PREVENTIVO DE BIENES: DOCTRINA Y JURISPUDENCIA

El mayor reto hoy día en Brasil, en relación con la ley de improbidad administrativa, está en los requisitos procesales para la concesión de la medida cautelar de indisponibilidad de los bienes de los imputados por actos de improbidad.

La más reconocida doctrina, Emerson Garcia, Rogério Pacheco Alves, Wallace Paiva Martins Júnior, Fábio Medina Osório, Teori Albino Zavascki, José Roberto dos Santos Badeque, sostienen la tesis de que la indisponibilidad de los bienes del imputado por acto de improbidad administrativa es obligatoria,

¹³⁴Traducción: Habiendo consistentes indicios de responsabilidad, la comisión llevará al Ministerio Público o a la abogacía del órgano una solicitud de para que lleve al Poder Judicial el pedido de embargo preventivo de bienes del agente o de tercero que tenga enriquecido ilícitamente o causado daño al patrimonio público. Párrafo 1º. El pedido de secuestro será enjuiciado de acuerdo con el reglado en los arts. 822 y 825 del Código del proceso Civil. Párrafo 2º. Cuando necesario, el pedido añadirá la investigación, la análisis y el embargo de bienes, cuentas bancarias y aplicaciones financieras mantenidas por el sospecho en el exterior, de acuerdo con la ley y los tratados internacionales.

siendo suficiente la prueba del daño, o al menos, razonable indicios de que este ocurrió por culpa del imputado, es decir, la presencia de la apariencia del buen Derecho, "fumus boni iuris", no siendo necesario la demostración de que el imputado está disipando sus bienes, una vez que el requisito del peligro en la demora de la prestación jurisdiccional, "periculum in mora", es presumido. En resumen:

" Em qualquer caso, cumpre ao requerente demonstrar o requisito da verossimilhança, indispensável a qualquer medida cautelar. O risco de dano é, nesse caso, presumido, e essa característica é própria da medida constritiva, assentada em fundamento constitucional expreso (art. 37, § 4.º).¹³⁵¹³⁶

Otra decisión con la misma posición, subraya la presunción del peligro en la demora para juzgarse el proceso, exigiéndose solamente el "fumus boni iuris":

"...desnecessário o perigo de dano, pois o legislador contenta-se com o *fumus boni iuris* para autorizar essa modalidade de medida de urgência. Essa solução vem sendo adotada pela jurisprudência. Identificam-se, portanto, as características da indisponibilidade prevista no art. 7º: está limitada ao valor do prejuízo causado e não necessita da demonstração do perigo de dano. O legislador dispensou esse requisito, tendo em vista a gravidade do ato e a necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público.[...]Na indisponibilidade enfatiza-se o *fumus*, dispensada a prova do *periculum*. Aqui, preocupou-se o

¹³⁵ ZAVASKI, Teori Albino: *Proceso Coletivo*, editora RT, São Paulo, 1ª. Edição, 2.006, p.124.

¹³⁶ Traducción: En cualquier caso, cumple al solicitante probar el requisito de la apariencia de verdad, indispensable a cualquier medida cautelar. El riesgo de daño es, en este caso, presumido, y esa característica es propia de la medida cautelar, con fuerza en el fundamento constitucional expreso.

legislador em tutelar a evidência do direito, independentemente do perigo de dano. ¹³⁷138

Para esta otra decisión los dos presupuestos procesales, es decir, el "fumus boni iuris" y el "periculum in mora" son presumidos por la ley de improbidad administrativa n. 8.429/92, lo que la hace más interesante que las otras dos decisiones ya mencionadas:

"Razoável o argumento que exonera a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para a concessão da indisponibilidade dos bens, apesar de opiniões contrárias. Com efeito, a lei presume esses requisitos ao autorizar a indisponibilidade..."¹³⁹140

En la misma línea del juzgado anterior, solamente con otra argumentación:

"...Como muito bem percebido por José Roberto dos Santos Bedaque, a indisponibilidade prevista na Lei de Improbidade é uma daquelas hipóteses nas quais o próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano. "¹⁴¹142

¹³⁷ SANTOS BEDAQUE, José Roberto dos, "Tutela jurisdiccional cautelar e atos de improbidade, em: SCARPINELLA BUENO, Cássio; REZENDE PORTO FILHO, Pedro Paulo (coord.) et. al, Improbidade administrativa: questões polêmicas e atuais. Malheiros, São Paulo, 1ª. Edição, 2.001, p.260-262.

¹³⁸ Traducción: no es necesario el peligro de daño, porque el legislador contentase con el "fumus boni iuris" para autorizar esa modalidad de medida de urgencia. Esa solución viene siendo adoptada pela jurisprudencia. Identifican se, por lo tanto, las características de la indisponibilidad prevista en el art. 7º.: está limitada al valor del perjuicio causado y no necesita de la demostración del peligro de daño. El legislador ha dispensado ese requisito, teniendo en mira la gravedad del acto y la necesidad de garantizar la reparación del patrimonio público. La indisponibilidad destaca se el "fumus", no hace falta la prueba del "periculum." " Aquí, la atención del legislador fue con el derecho, independientemente del peligro de daño.

¹³⁹ PAIVA MARTINS JÚNIOR, Wallace: *Probidade Administrativa*, Saraiva, São Paulo, 4ª. Edição, 2009, p.454-455.

¹⁴⁰ Traducción: Razonable el argumento que desobliga la presencia del "fumus boni iuris" y del "periculum in mora" para la concesión de la indisponibilidad de los bienes, sin embargo, de las opiniones en contra, Con efecto, la ley presume esos requisitos al autorizar a indisponibilidad.

¹⁴¹ GARCIA, Emerson y PACHECO ALVES, Rogério: *Improbidade Administrativa*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 3ª. Edição, 2.006.

Hay juzgadores que entienden que el peligro en la demora es revelado por la gravedad de los hechos descritos en la acción judicial:

“...O *periculum in mora* emerge, via de regra, dos próprios termos da inicial, da gravidade dos fatos, do montante, em tese, dos prejuízos causados ao erário. A indisponibilidade patrimonial é medida obrigatória...”¹⁴³

Considerables decisiones judiciales están de acuerdo con esta posición de la doctrina.¹⁴⁴¹⁴⁵ ¹⁴⁶ ¹⁴⁷ ¹⁴⁸¹⁴⁹

¹⁴² Traducción: Como muy bien percibido por José Roberto dos Santos Bedaque, la indisponibilidad prevista en la Ley de Improbidad es una de las hipótesis en las cuales el propio legislador dispensa la prueba del peligro de daño.

¹⁴³ Traducción: El “*periculum in mora*” surge, en regla, de los propios términos de la imputación, de la gravedad de los hechos, del total, en tese, de los perjuicios causados a las arcas del Estado. A indisponibilidad es medida obligatoria.

¹⁴⁴ Ação Civil Pública Cautelar - Indisponibilidade dos bens do servidor a quem se imputa prática de ato de improbidade - Perigo - Tratando-se de ação civil pública cautelar cujo escopo é garantir a indenização por danos oriundos de imputado ato de improbidade a administrador público, não é necessária a existência ou demonstração de perigo na demora a ensejar a concessão da medida judicial de indisponibilidade dos bens. Constatada a plausibilidade da imputação da prática de ato de improbidade, os bens do agente público, que respondem pelos atos por ele praticados não mais podem ser alienados, desnecessária a demonstração de existência de perigo ou intenção de alienação. Recurso provido para decretar-se a indisponibilidade dos bens dos agravados, que permanecerão com a administração dos mesmos até final julgamento da ação. Recurso provido para tal fim.[TJSP, AI 052.503.5, Rel. Des. LINEU PEINADO, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 12/05/1998]

¹⁴⁵ Ação Civil Pública Cautelar - Indisponibilidade dos bens do servidor a quem se imputa prática de ato de improbidade - Perigo - Tratando-se de ação civil pública cautelar cujo escopo é garantir a indenização por danos oriundos de imputado ato de improbidade a administrador público, não é necessária a existência ou demonstração de perigo na demora a ensejar a concessão da medida judicial de indisponibilidade dos bens. Constatada a plausibilidade da imputação da prática de ato de improbidade, os bens do agente público, que respondem pelos atos por ele praticados não mais podem ser alienados, desnecessária a demonstração de existência de perigo ou intenção de alienação. Recurso provido para decretar-se a indisponibilidade dos bens dos agravados, que permanecerão com a administração dos mesmos até final julgamento da ação. Recurso provido para tal fim.[TJSP, AI 052.503.5, Rel. Des. LINEU PEINADO, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 12/05/1998]

¹⁴⁶ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGENTES PÚBLICOS. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. TIPO LEGAL INCLUÍDO ENTRE OS QUE CAUSAM PREJUÍZO AO ERÁRIO. INDISPONIBILIDADE DE BENS. LIMINAR. PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS PRESENTES. MEDIDA CONCEDIDA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 5º E 7º DA LEI 8.429/92. RECURSO PROVIDO. Ocorrendo lesão ao patrimônio público, por quebra do dever da probidade administrativa, culposa ou dolosa, impõe-se ao Juiz, a requerimento do Ministério Público, providenciar medidas de garantia, adequadas e eficazes, para o integral ressarcimento do dano em favor da

peessoa jurídica afetada, entre as quais se inclui a indisponibilidade dos bens dos agentes públicos. Para a concessão da liminar, nas ações movidas contra os agentes públicos, por atos de improbidade administrativa, com fundamento nos casos mencionados nos artigos 9º e 10 da Lei 8.429/92, basta que o direito invocado seja plausível (*fumus boni iuris*), pois a dimensão do provável receio de dano (*periculum in mora*) é dada pela própria Lei 8.429/92 e aferida em razão da alegada lesão ao patrimônio da Administração Pública. [TJPR, AI n.º 72735-7, Rel. Des. conv. AIRVALDO STELA ALVES, 4ª Câmara Cível, julgado em 11/08/1999]

¹⁴⁷ AÇÃO CIVIL PÚBLICA — IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA — INDISPONIBILIDADE DE BENS E QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO — POSSIBILIDADE — LIMITAÇÃO AOS VALORES PERSEGUIDOS E AO PERÍODO DOS FATOS — AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO PARCIALMENTE — Exsurgindo dos autos da ação civil pública provas convincentes da improbidade administrativa, pode o juiz determinar, a requerimento do autor, a indisponibilidade dos bens dos envolvidos, à vista do *periculum in mora* insito no art. 7º. da Lei n.º 8.429/92, devendo, contudo, guardar proporcionalidade com a reparação civil perseguida. O sigilo bancário, embora corolário do direito constitucional à intimidade (CF, art. 5º, X), pode ser quebrado quando o interesse público o recomenda para salvaguardar interesses mais relevantes. [TJMT, AI 8.160, Rel. Des. ORLANDO DE ALMEIDA PERRI, 1ª Câmara Cível, julgado em 16/03/1998]

¹⁴⁸ IMPROBIDADE. Indisponibilidade de bens. CF, art. 37 § 4º. LF n.º 8.429/92, art. 7º. Bom direito. Perigo na demora. - 1. Improbidade. Indisponibilidade. Os atos de improbidade administrativa importam a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, nos termos do art. 37 § 4º da CF. A matriz constitucional, que não cuida de processo, não traz outro requisito que a existência de atos de improbidade e a necessidade de ressarcimento. Indisponibilidade que não se enquadra, dada a maior hierarquia da disposição, nas regras usuais dos provimentos cautelares. A demonstração suficiente dos atos de improbidade decorre da causa de pedir e dos documentos que a acompanham. O perigo na demora está *in re ipsa*, não exigindo demonstração em separado. - 2. Improbidade. Indisponibilidade. O art. 7º da LF n.º 8.429/92 prevê, aconselha até, a indisponibilidade como passo necessário da ação de improbidade para assegurar o ressarcimento do dano. Desnecessidade de demonstração do perigo na demora, em especial (como fazê-lo?) a prova do fato futuro ligado à intenção de dilapidação ou ocultação do patrimônio. - 3. Improbidade. Indisponibilidade. O juiz decretará a indisponibilidade dos bens dos envolvidos quando for suficiente a demonstração da prática de atos de improbidade que tenham causado lesão ao patrimônio público ou o enriquecimento ilícito do agente público; poderá não decretá-la, no entanto, quando as circunstâncias do caso concreto, incluindo a situação pessoal das partes e o valor envolvido, dispensarem a providência. Agravo provido em parte para decretar a indisponibilidade dos bens dos réus WAGNER RICARDO ANTUNES e CARLOS CÉSAR DE GODOY até o montante do alcance, em relação a cada um. [TJSP, AI 936.241-5/8-00, Rel. Des. TORRES DE CARVALHO, 10ª Câmara de Direito Público, julgado em 20/07/2009]

¹⁴⁹ ADMINISTRATIVO AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA INDISPONIBILIDADE DE BENS ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.429/1992 REQUISITOS PARA CONCESSÃO LIMITES SÚMULA 7/STJ.1. O provimento cautelar para indisponibilidade de bens, de que trata o art. 7º, parágrafo único da Lei 8.429/1992, exige fortes indícios de responsabilidade do agente na consecução do ato ímprobo, em especial nas condutas que causem dano material ao Erário. 2. O requisito cautelar do *periculum in mora* está implícito no próprio comando legal, que prevê a medida de bloqueio de bens, uma vez que visa a 'assegurar o integral ressarcimento do dano'.3. A demonstração, em tese, do dano ao Erário e/ou do enriquecimento ilícito do agente, caracteriza o *fumus boni iuris*.4. Hipótese em que a instância ordinária concluiu ser possível quantificar as vantagens econômicas percebidas pelo réu, ora recorrendo, para fins de limitação da indisponibilidade dos seus bens. Rever esse entendimento demandaria a análise das provas. Incidência da Súmula 7/STJ.5. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.(REsp 1098824/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJE 04/08/2009)

Importantes decisiones judiciales están de acuerdo con esta posición de la doctrina. La otra posición doctrinaria y jurisprudencial es la clásica que sigue entendiendo como necesaria la presencia de los dos requisitos procesales, con los cuales estoy en desacuerdo, porque hace imposible en la práctica el embargo de los bienes de los imputados por hechos de corrupción. La consecuencia es que tenemos mayor impunidad y más estímulo a práctica de otros hechos de corrupción en un país ya por demasiado corrupto como es el Brasil, aunque no esté en una posición tan mala en el IPC de la ONG TI. Posición esta con la cual, también estoy en desacuerdo, porque no es la expresión de la realidad en Brasil. Sin embargo, como no tenemos otro índice, nos quedamos con este que no es real, así como ocurre en otros países. En verdad es una tarea casi imposible hacerse una medición precisa de la corrupción en cualquier sitio del mundo, por una razón, muy sencilla, tratase de una ilícito, en regla general, un delito, que los actores del mismo, el corruptor y el corrupto, no hacen públicos sus hechos para garantizar su impunidad. La Policía tiene gran dificultad de hacer la investigación y el Ministerio Público de enjuiciar y el Poder Judicial de castigar los corruptos. En sociedades poco democráticas y transparentes el problema es más grave, porque la prensa no hace las denuncias de corrupción que ocurren en el gobierno, incluso, porque es él quien la sostiene financieramente y la ciudadanía no hace el control de los políticos. Es lo que ocurre en Brasil, aunque que se tenga sectores de la prensa que hacen muchas denuncias de corrupción, sin embargo la sociedad es poco participativa y, lo que es peor, sigue eligiendo los corruptos para los cargos políticos de alcaide, gobernadores y para el parlamento.

Hay que cambiar esta situación para que tengamos una mejora en este escenario de excesiva corrupción y falta de control de los políticos y de la más completa impunidad. Sin embargo, no se puede olvidar de la responsabilidad que tiene el Poder Judicial en Brasil en la correcta aplicación de la ley de improbidad administrativa. Lamentablemente el Judiciario no se ha especializado para hacer la implementación de la ley brasileña más importante en la lucha contra la corrupción. Jueces mal capacitados y una estructura física obsoleta hacen con que el instituto jurídico del embargo de bienes no tenga sido aplicado con toda su amplitud y eficiencia en Brasil. Con certeza, la

creación de órganos especializados en el Poder Judicial podría mejorar mucho esta situación de alarmante falta de eficiencia en la aplicación de un instituto jurídico tan importante cuanto es el embargo de bienes de hechos de corrupción. En el Ministerio Público, tanto Federal cuanto en los Estaduales, ya se crearan Fiscalías especializadas en combatir la corrupción, así como en la Policía Federal y en gran parte de las Policías Estaduales. Esta medida ha contribuido mucho con el aumento de la eficiencia en la lucha contra la corrupción y también, en el caso del Ministerio Público con la implementación de la ley de improbidad administrativa y su más importante arma para combatir la corrupción que es, sin duda, el embargo preventivo de bienes de hechos de corrupción.

La especialización más que una tendencia de nuestro tiempo es una necesidad inevitable en el combate a la corrupción y el crimen organizado. Los países más desarrollados económicamente en el mundo ya lo hicieron y los otros, como Brasil, no pueden dejar de hacerlo, lo cuanto antes, se de hecho desean combatir la plaga de la corrupción que socava el régimen democrático y la credibilidad de las instituciones del Estado. En España ya se tiene una Fiscalía especializada, con el nombre de Fiscalía Anticorrupción y un Poder Judicial con un órgano especializado que es la Audiencia Nacional. El éxito obtenido en España en la lucha contra la corrupción es la prueba de que la especialización es el camino correcto para seguir avanzando. El informe del GRECCO¹⁵⁰ también hace una evaluación positiva de España y concluí que la especialización fue fundamental en los avances de los españoles:

“En los últimos años, a pesar de las diversas modificaciones que se han ido introduciendo con los años en las disposiciones del Código Penal relativas a delitos de corrupción y a pesar de

¹⁵⁰ El Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO) fue establecido en 1999 por el Consejo de Europa para garantizar el cumplimiento de las normas anti-corrupción de la organización por los Estados miembros. Su objetivo es de mejorar la capacidad de sus miembros para luchar contra la corrupción, asegurando, a través de un proceso dinámico de evaluación mutua y la presión de los compañeros, que cumplen con los estándares del Consejo de Europa en la lucha contra la corrupción. Ayuda a identificar las lagunas en las políticas nacionales contra la corrupción y alienta a otros Estados para llevar a cabo las reformas legislativas, reformas institucionales y prácticas. GRECO es también un foro para compartir las mejores prácticas en la prevención y la detección de la corrupción.

las grandes mejoras que ha supuesto la creación de la Fiscalía Especial contra la corrupción y el crimen organizado (y sus correspondientes unidades territoriales), parece que la corrupción sigue siendo un problema evidente, especialmente a nivel local, y que son necesarios mayores esfuerzos para reducir su incidencia de manera significativa. Dicho esto, hay que admitir que en España se ha enjuiciado un notable número de casos de corrupción; esto ha sido posible, en gran medida, por la proactiva actitud de fiscales y jueces por igual, quienes han adquirido una amplia experiencia a la hora de enjuiciar y juzgar este tipo de delitos y han contribuido a desarrollar una jurisprudencia de mucho mayor alcance en esta materia. En este contexto concreto y sobre la base de la experiencia lograda por los profesionales de derecho que se han ocupado de los delitos de corrupción, la reforma del Código Penal en curso, que incluye modificaciones en las disposiciones relativas a corrupción, resulta muy necesaria. El presente informe y sus recomendaciones deben tomarse como una oportuna contribución a este proceso de reforma.¹⁵¹

La creación de la Fiscalía Anticorrupción en España ha ampliado en mucho la eficiencia en la lucha contra la corrupción en este país. Creada por la ley 10/95 de 24 de abril, tiene su sede en Madrid y extiende sus funciones a todo el territorio del Estado. En su composición se asemeja a la Fiscalía Antidroga. En la práctica tiene 14 fiscales, más los fiscales delegados. No actúa de modo específico en un determinado Tribunal y tiene competencias para intervenir ante cualquier órgano judicial del territorio nacional.

El art. 18 del Estatuto del Ministerio Fiscal le atribuye las mismas competencias de naturaleza penal que tienen los restantes órganos de la Fiscalía, como por ejemplo: práctica de diligencias informativas o de

¹⁵¹ Informe adoptado por GRECO (Grupo de Estados Contra la Corrupción), órgano del Consejo de Europa, en la tercera ronda de evaluación de España, en Estrasburgo, Francia 15 de Mayo de 2.009.

investigación al amparo del art. 5 del citado Estatuto y intervención en procesos penales cuando se trate de casos de especial trascendencia a juicio del Fiscal General del Estado, pero solo respecto de determinadas infracciones penales:

1. Delitos contra la hacienda pública, contrabando y en materia de control de cambios;
2. Delitos de prevaricación;
3. Delitos de abuso o uso indebido de información privilegiada;
4. Malversación de caudales públicos;
5. Fraudes y exacciones ilegales;
6. Delitos de tráfico de influencias;
7. Delitos de cohecho;
8. Negociación prohibida a los funcionarios;
9. Delitos comprendidos en los capítulos IV y V del título XIII del libro II del CP (defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas);
10. Delitos conexos con los anteriores.

Por su vez, la Audiencia Nacional fue creada por el Real Decreto-Ley de 04.01.77, hasta la Ley Orgánica del Poder Judicial vigente la incluyó como un órgano de la jurisdicción penal ordinaria tiene competencia para juzgar procesos penales de corrupción, crimen organizado y terrorismo. Sin duda, su trabajo especializado ha cambiado para mejor los resultados obtenidos por España en la lucha contra la corrupción, de modo, a hacer España merecedora de la buena evaluación del GRECO.

Los resultados que España ha logrado con la especialización de su Fiscalía y de su Poder Judicial en la lucha contra la corrupción deberían estimular otros países ha adóptalos, incluso Brasil. Un Judiciario especializado haría una aplicación mejor y más eficiente del instituto jurídico del embargo de bienes de la ley de improbidad brasileña.

Los números de los gráficos abajo representan el trabajo de lo más eficiente de los Ministerios Públicos estaduais, que es el de Estado de São Paulo de las fechas de 18.12.1.992 hasta 31.12.2.009, por lo tanto en los

últimos 18 años. La cantidad de procesos de improbidad administrativa con sentencia firme en Brasil son de: 1.311, con 2.356 personas físicas y jurídicas castigadas. En São Paulo: 510 procesos y 1.048 castigadas. El segundo gráfico hace la discriminación entre personas físicas y jurídicas castigadas, en Brasil y en São Paulo, los dos gráficos siguientes hacen la discriminación por el artículo de la condena y por sanción impuesta. El último y lo más importante gráfico para esta investigación informa que de 764 procesos 211 fueron juzgados procedentes, pero no definitivamente, 33 de los procedentes con sentencia firme están ya en ejecución, 59 fueron juzgados improcedentes definitivamente y 71 también, pero no definitivamente, siguen en curso 337 procesos, siendo que otros 53 fueron archivados. Cerca de 2.500 millones de euros están embargados de un total de 14.800 millones que se piden el embargo. No podemos olvidar que solamente en el año 2.010 España ha embargado 3.000 millones de euros. Proporcionalmente mucho más que en São Paulo, un Estado de la Federación brasileña que tiene una población y dimensión territorial muy semejante a de España. Además, es el Estado más rico del Brasil, porque tiene la mayor cantidad de industrias, bancos y empresas comerciales. En nuestra investigación constaté que los otros Ministerios públicos estaduais y el Ministerio Público Federal no hicieran la estadística hecha por el Ministerio Público del Estado de São Paulo. La cantidad de dinero embargado podría ser mucho superior, sí la LIA fuese aplicada correctamente con el embargo obligatorio y automático de los bienes y recursos financieros de los investigados y enjuiciados por hechos de corrupción, como ocurre en España, que solamente lo hace por el proceso penal. Sí tuviese un proceso civil el embargo sería, con certeza, más elevado.

CADASTRO NACIONAL DE CONDENADOS POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Dados extraídos em agosto 2010

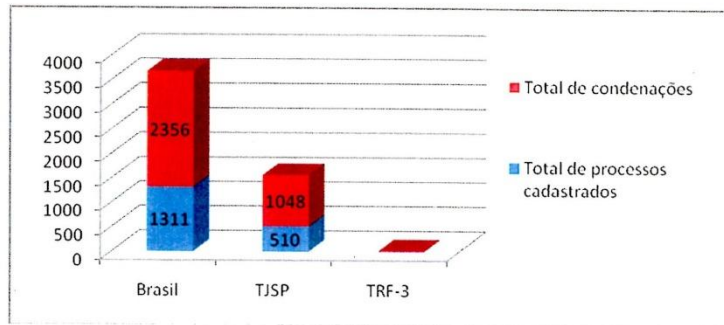
1. Quantidade de ações por ato de improbidade administrativa já transitadas em julgado, no Brasil, e, especificamente, no Estado de São Paulo:

Brasil:

- a) Total de processos cadastrados: 1311
- b) Total de condenações: 2356

São Paulo:

- a) Total de processos cadastrados vinculados ao TJSP 510
- b) Total de Condenações cadastradas vinculadas ao TJSP 1048
- c) Total de processos cadastrados vinculados ao TRF-3 7
- d) Total de Condenações cadastradas vinculadas ao TRF-3 9



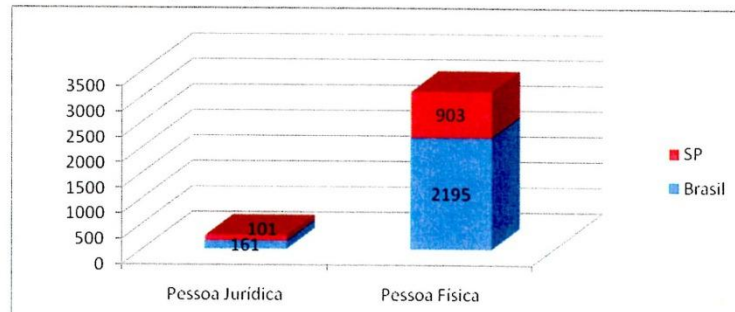
2. Quantidade de pessoas físicas e jurídicas condenadas definitivamente por ato de improbidade administrativa, no Brasil e no Estado de São Paulo:

Brasil:

- a) Quantidade de pessoas físicas: 2195
- b) Quantidade de pessoas jurídicas: 161

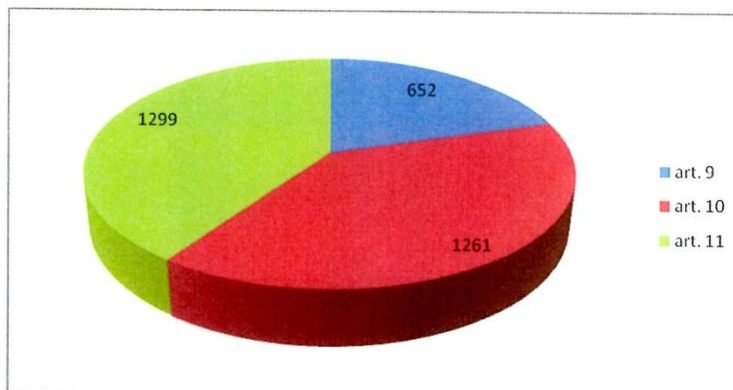
São Paulo:

- a) Quantidade de pessoas físicas: 903
- b) Quantidade de pessoas jurídicas: 101



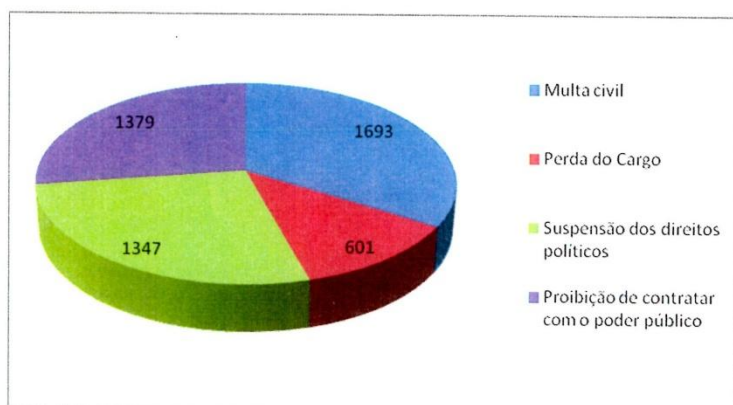
3. Quantidade de condenações por ato de improbidade em cada espécie (art. 9º, art. 10 e art. 11):

- a) Quantidade de condenações - artigo 9º: 652
- b) Quantidade de condenações - artigo 10: 1261
- c) Quantidade de condenações - artigo 11: 1299



4. Informações sobre quantidade e/ou percentagem das sanções definitivas aplicadas (multa civil, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, proibição de contratar com o Poder Público e receber incentivos fiscais e creditícios do Poder Público):

- a) Multa civil: 1693
- b) Perda de emprego, cargo, função pública: 601
- c) Suspensão dos direitos políticos: 1347
- d) Proibição de contratar com o poder público e receber incentivos fiscais e creditícios do Poder Público: 1379



PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO E SOCIAL DA CAPITAL
 PRODUTIVIDADE DOS PROMOTORES DE JUSTIÇA
 CLASSIFICAÇÃO PELOS RESULTADOS DAS AÇÕES PROPOSTAS

Secretário-Executivo: Saad Mazloum

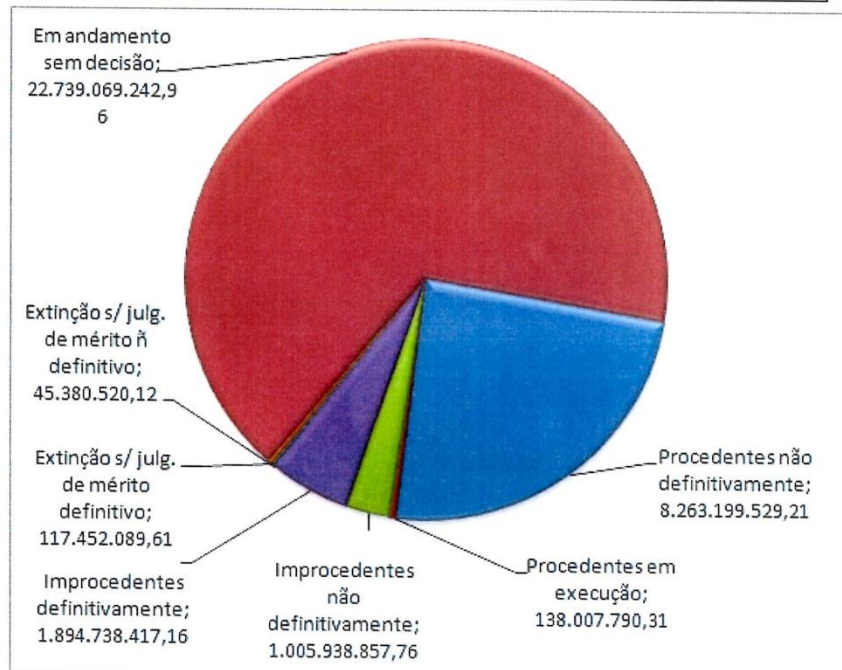
Secretário Substituto: Silvio Antonio Marques

CLASSIFICAÇÃO - VALORES QUESTIONADOS

Número de processos (extintos e em andamento)	764
Período considerado	18/12/1992 a 31/12/2009

Situação das ações	Quantidade	Valores questionados para recuperação
Procedentes não definitivamente	211	8.263.199.529,21
Procedentes em execução	33	138.007.790,31
Improcedentes não definitivamente	71	1.005.938.857,76
Improcedentes definitivamente	59	1.894.738.417,16
Extinção s/ julg. de mérito ã definitivo	28	45.380.520,12
Extinção s/ julg. de mérito definitivo	25	117.452.089,61
Em andamento sem decisão	337	22.739.069.242,96
Total	764	34.203.786.447,13
Total questionado em andamento		32.191.595.940,36

Total de bens e valores bloqueados para garantir o ressarcimento dos cofres públicos	5.947.519.004,80
---	-------------------------



** Consideradas apenas as ações propostas pela Promotoria

6. CONCLUSIÓN

1. Los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción destacan la importancia del embargo preventivo y del comiso de bienes de la corrupción. Se convierten estas instituciones en el principal arma para hacer frente a la corrupción, porque esta, así como, la moderna criminalidad, busca siempre los máximos beneficios. Hay que embargar los bienes y recuperar los bienes robados por los corruptos y sus organizaciones criminales para quitarles su poderío económico.

2. El crimen organizado y la corrupción están globalizados, hoy día, son en verdad multinacionales del crimen, y el único modo de hacerles frente es globalizando la respuesta del Estado a través de la cooperación jurídica internacional entre los países de todo el mundo. Hay Estados muy pobres y poco desarrollados que no pueden combatirlos solos, necesitan de la ayuda internacional, en especial de los Estados más desarrollados institucionalmente. La cooperación jurídica internacional prevista en Convención de Mérida está muy desarrollada en la Unión Europea y muy poco en la América Latina, incluso en Brasil.

3. Si las Naciones Unidas desear, verdaderamente, tener éxito en la lucha contra la corrupción que se utiliza del sistema financiero internacional para blanquear sus capitales tendrá que poner un punto final en los paraísos fiscales y su opacidad bancaria y obligarles a devolver el dinero robado de muchos países del mundo, sobre todo de los más pobres. De lo contrario, jamás será efectiva la deseada recuperación de los activos, punto clave de las Convenciones Internacionales de lucha contra la corrupción y de la Ley de Improbidad Administrativa de Brasil.

4. El embargo preventivo y el posterior comiso de bienes representan un cambio en los paradigmas hasta hoy utilizados en la represión a la corrupción. Sin embargo, aún no se ha completado el cambio, hay que concluirlo con la adopción por los países de un proceso civil para el comiso. Esto es lo que ha hecho Brasil con la Ley de Improbidad Administrativa. Incluso, porque el

comiso tiene una raíz civil y busca la reparación del daño causado por los corruptos en las arcas del Estado.

5. Pero no es suficiente un nuevo proceso civil si el embargo de bienes no es efectivo. Para ello debería ser obligatorio y automático, una vez presente el requisito de la apariencia del buen Derecho (el "fumus boni iuris"), como lo hace la ley de improbidad brasileña. Con todo, en la práctica la mayoría de los jueces exigen la prueba del "periculum in mora" para la aplicación de la medida, lo que hace inviable el embargo de bienes de hechos de corrupción en Brasil. De esta manera, incumple todos los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción, que Brasil no solo ha firmado sino que también los ha ratificado.

6. Esto explica, en cierta medida, porque en España la lucha contra la corrupción es más eficiente que en Brasil, porque en este país europeo el comiso es obligatorio y para hacerlo posible se hace con un eficiente y rápido embargo de bienes de los hechos de corrupción, algo, muy común en todos los procesos de esta naturaleza.

7. Otra explicación para la gran efectividad en España de la lucha contra la corrupción es el hecho de que este país tiene fiscalías y un Poder judicial especializados en combatir la corrupción, lo que no ocurre en Brasil que tiene solamente fiscalías especializadas en la lucha contra la corrupción.

8. En España la investigación de los delitos de corrupción no corresponde solamente por la policía, sino al Poder Judicial que dispone bajo su control de la policía judicial, que no está controlado por los políticos, como ocurre en Brasil. En verdad, en la práctica, quien dirige la investigación es el Ministerio Público, con la utilización de policiales especializados. Como resultado las investigaciones son comunes e independientes, lo que ayuda a explicar su éxito en España y su fracaso en Brasil.

9. Estas razones hacen de Brasil uno de los países más corruptos del mundo, algo muy distinto de lo que ocurre en España. Si bien este país, tiene serios problemas con la corrupción, el combate a la misma se lleva a cabo con

mejores armas, aunque, no se disponga de un proceso civil y si solamente por el proceso penal clásico.

7. BIBLIOGRAFIA

ACKERMAN, Susan Rose: *La Corrupción Y Los Gobiernos: causas, consecuencias y reformas*, Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2001.

AGUADO CORREA, Teresa: *El Comiso*, Madrid, 2.000.

ANECHIARICO, Frank: "La corrupción y el control de la corrupción como impedimentos para la competitividad económica", *Gestión y Política Pública*, vol. XIX, no. 2, 2010.

ARGANDOÑA, Antonio: "La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y su impacto sobre las empresas internacionales", *Documento de Investigación* no. 656, IESE Business School de la Universidad de Navarra, octubre, 2006.

ARROYO ZAPATERO, Luís y NIETO MARTÍN, Adán (coord.): *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.

BEZERRA FILHO, Aluízio: *Lei de Improbidade Administrativa*. 2005, 3ª reimpressão, Curitiba, Juruá, 2008.

BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1997.

----- "El comiso de ganancias: brutas o netas?", *Diario La Ley* 733/2.011.

----- "La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictiva en el marco de la Unión Europea", *Eguzkilore*, no. 15, diciembre 2001.

----- "Cobro de honorarios de origen delictivo y responsabilidad penal del abogado por el delito de blanqueo de capitales. La situación en Alemania tras la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004", *Revista General de Derecho Penal*, no. 3, mayo, 2005.

----- "La aplicación del comiso y la necesidad de crear organismos de recuperación de activos", *Revista Electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, 2007.

----- "Comiso ampliado y presunción de inocencia", en Puente Aba, Luz María (coor.): *Criminalidad organizada, terrorismo y corrupción. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, 2008.

----- "¿Es necesario tipificar el delito de financiación del terrorismo en el Código Penal español?", *Athena Intelligence Journal*, vol. 4, no. 1, 2009.

-----"Eficacia del sistema de prevención del blanqueo de capitales. Estudio del cumplimiento normativo (*compliance*) desde una perspectiva criminológica", *Eguzkilore*, no. 23, diciembre, 2009.

-----"La reforma de los delitos de corrupción mediante la Ley Orgánica 5/2010: nuevos delitos y aumento de penas", *La Ley*, no. 7.534, 23 de diciembre, 2010.

BLANCO CORDERO, Isidoro - CERRO ESTEBAN, José Antonio del: "Blanqueo de capitales (Directiva 91/308 CE, Directiva 2001/97, Directiva 2005/60, Acción Común de 3 de diciembre, Decisión Marco 2001/500, relativas al blanqueo de capitales)", en ARROYO ZAPATERO, Luis - NIETO MARTÍN, Adán - CRESPO BARQUERO, Pedro (coords.): *La armonización del Derecho Penal español: una evaluación legislativa, Suplemento del Boletín de Información del Ministerio de Justicia* no. 2015, 15 junio, 2006.

BINDER, Alberto M.: "Corrupción y sistemas judiciales", *Sistemas Judiciales*, no. 11, octubre, 2006.

BRIOSCHI, Carlo Alberto: *Breve Historia de la Corrupción: De la Antigüedad a nuestros días*, Taurus, Madrid, 2010.

BRITO DOS SANTOS, Carlos Frederico: *Improbidade Administrativa: reflexões sobre a Lei nº 8.429/92*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2007.

BUJOSA VADELL, Lorenzo M.: *La Cooperación Procesal de los Estados con la Corte penal Internacional*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2008.

----- “Ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas. Comentario a la Decisión marco 2003/577/JAI, del Consejo, de 22 de julio de 2003”, *Revista General de Derecho Europeo*, no. 3, enero, 2004.

----- “El reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones de decomiso en la Unión Europea. Comentario a la Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006”, *Revista General de Derecho Europeo*, no. 13, mayo, 2007.

BUSTOS GISBERT, Rafael: “ La Recuperación de la Responsabilidad Política en la Lucha Contra la Corrupción de los Gobernantes: Una tarea Pendiente ”, en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (coord.):“ *La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar*”, Ratio Legis, Salamanca, 2.004.

----- *La responsabilidad política del gobierno: realidad o ficción*, Editorial Colex, Madrid, 2.001.

----- *La Constitución Red: Un Estudio Sobre Supraestatalidad Y Constitución*, IVAP, Bilbao, 2.005.

-----"Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional", *Teoría y realidad constitucional*, no. 25, 2010.

CARDENAL MURILLO, J.: “El régimen específico del comiso en materia de drogas”, en Comentarios a la legislación. (*Reformas sobre tráfico de drogas, secreto de las comunicaciones y conducción de ciclomotores*), tomo XVII, Ed. Edersa, Madrid, 1996.

CARUSO FONTÁN, María Viviana: "El concepto de corrupción. Su evolución hacia un nuevo delito de fraude en el deporte como forma de corrupción en el sector privado", *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, no. 9, 2009.

CASTRO E COSTA NETO, Nicolau Dino: *Improbidade Administrativa: Aspectos Materiais e Processuais* in SAMPAIO, José Adércio Leite (org.).

Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos: "Corrupción, globalización y delincuencia organizada", en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (coord.): " *La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar*", Ratio Legis, Salamanca, 2.004, pág. 220.

CAVALCANTI MOTTA, Reuder: " *A indisponibilidade de bens na improbidade administrativa*", Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, no. 18, Goiânia, 2009, págs.41-85.

CEREIJO SOTO, Antonio: "Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso", *La Ley*, no. 7457, 2010.

CID CEBRIÁN, M.: "Ley del fondo de bienes decomisados en causas por narcotráfico", *Actualidad Jurídica Aranzadi* de 23 de noviembre de 1995.

COCCILOLO, Endrius Eliseo: "Las mutaciones del concepto de corrupción. De la ambigüedad de las sociedades arcaicas a la complejidad en la época del Estado regulador y de la sociedad del riesgo", *Revista de Llengua i Dret*, no. 50, 2008.

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel - LUZÓN CUESTA, José María – MOYNA MÉNGUEZ, José – ORTIZ ÚRCULO, Juan Cesáreo – TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo, *Código Penal*, Colex, 13ª. Edición, Madrid, 2.010.

CONVENCIÓN Interamericana contra la corrupción, hecha en Caracas en 29 de marzo de 1.996.

CONVENCIÓN de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecha en Viena el 19 de diciembre de 1988.

CONVENCIÓN de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Convención de Palermo), hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000.

CONVENCIÓN de las Naciones Unidas contra la corrupción (Convención de Mérida), hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido: "El Ministerio Fiscal frente a la nueva criminalidad", *Eguzkilo*, no. 20, 2006.

CORTÉS BECHIARELLI, Emilio: "Valoración crítica de la reforma del comiso", *Revista General de Derecho Penal*, no. 8, noviembre, 2007.

CUESTA ARZAMENDI, José Luis - BLANCO CORDERO, Isidoro: "Los nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales", *Revista de Ciencias Penales*, vol. 4, 2001-2002.

DEOP MADINABEITA, Xabier: "La lucha contra la corrupción en el Consejo de Europa", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, no. 2, 2001.

DIARIO LA LEY (REDACCIÓN): "¿Hasta cuándo los paraísos fiscales?", *Diario La Ley*, no. 6970, 18/06/2008.

DÍEZ-PICAZO, Luis María: *La Criminalidad de los gobernantes*, Editorial Crítica, Barcelona, 2000.

DOLZ LAGO, Manuel Jesús: "Breves consideraciones sobre la noción de acto injusto en los delitos de cohecho desde una perspectiva constitucional (del caso Filesa al caso Gürtel)", *La Ley*, no. 7.254, 2 de octubre, 2009.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. y RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás (coord.): *La Corrupción en un Mundo Globalizado: Análisis Interdisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, 2004.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. y PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (coord.): *Estudios Sobre Corrupción*, Ratio Legis, Salamanca, 2010.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, "La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio ", en *La corrupción: aspectos*

jurídicos y económicos, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Coord.). Salamanca, Ratio Legis, 2000.

FARALDO CABANA, P.: "El comiso en relación con los delitos de tráfico de drogas", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1998.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo: *Atos de Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo, Editora Atlas, 2007.

FIGUEIREDO, Marcelo: *O Controle da Moralidade na Constituição*. São Paulo, Editora Malheiros, 2003.

FOFFANI, Luigi: "Criminalidad organizada y criminalidad económica", *Revista Penal*, no. 7, 2001.

FLORES PRADA, Ignacio: *El Ministerio Fiscal en España*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

FORGIONE, Francesco: *Mafia export: Cómo la N'drangheta, la Cosa Nostra y la Camorra han colonizado el mundo*, Anagrama, Barcelona, 2010.

FREITAS BUENO, Marlene (coord.): *Manual de atuação na defesa do patrimônio público*. Goiânia: Escola Superior do Ministério Público do Estado de Goiás, 2006.

GANZENMÜLLER, C./FRIGOLA, J./ESCUADERO, J. F.: "El comiso. Examen del artículo 374 del Código Penal", *Revista General del Derecho*, 1998.

GARCIA, Emerson y PACHECO ALVES, Rogério: *Improbidade Administrativa*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 3ª. Edição, 2.006.

GIL VILLA, Fernando: *La Cultura de La Corrupción*, Maia Ediciones, Madrid, 2008.

GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea *et alt.*: "La medición y evaluación de la criminalidad organizada en España: ¿misión imposible?", *Revista Española de Investigación Criminológica*, no. 7, 2009.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª Ed., Almedina, Coimbra, 1997.

GÓMEZ DE LIAÑO Y BOTELLA, Francisco Javier: "La criminalidad organizada. Una aproximación sociológica y político-criminal", *Revista del Poder Judicial*, no. especial XVI, 1990.

GONZÁLEZ RUIZ, Samuel - BUSCAGLIA, Edgardo - GARCÍA GONZÁLEZ, José Cruz - PRIETO PALMA, César: "Corrupción y delincuencia organizada. Un estrecho vínculo", *Revista Universitaria*, no. 76, 2002.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis: "Decomiso y embargo de bienes. Decisión Marco 2005/212 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (DO L 68 de 15 de marzo de 2005)", en ARROYO ZAPATERO, Luis - NIETO MARTÍN, Adán - CRESPO BARQUERO, Pedro (coords.): *La armonización del Derecho Penal español: una evaluación legislativa*, Suplemento del Boletín de Información del Ministerio de Justicia no. 2015, 15 junio, 2006.

HUBER, B.: "El comiso de las ganancias en el Derecho Penal, con especial referencia a la legislación sobre drogas", *Actualidad Penal*, 1990.

JAIME-JIMÉNEZ, Óscar - CASTRO MORAL, Lorenzo: "La criminalidad organizada en la Unión Europea. Estado de la cuestión y respuestas institucionales", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, no. 91, 2010.

LEITE SAMPAIO, José Adércio (org.): *Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

LÓPEZ DE HONTANAR Y FÉRNANDEZROLDÁN, C.: "Las medidas cautelares en el nuevo Código Penal. El comiso y el secuestro con fines cautelares. La clausura, suspensión e intervención como consecuencia de la pena para las personas jurídicas", en *Estudios jurídicos II. Medidas cautelares sobre personas y bienes en el proceso penal. La prueba en el proceso laboral*, Madrid, 1998.

MAGRO SERVET, Vicente: "La nueva Ley 17/2003, de 29 de mayo, del fondo de bienes decomisados por tráfico de drogas, y la destrucción de droga decomisada en el Proyecto del Código Penal", *Actualidad Penal*, no. 29, 2003.

MEDINA OSÓRIO, Fábio: *Improbidade Administrativa*. 2ª ed., Porto Alegre, Editora Síntese, 1998.

-----*Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MENA ÁLVAREZ, J. M.: "El comiso del artículo 344 bis e," *Cuadernos de Derecho Judicial, Delitos contra la salud pública*, CGPJ, 1992.

MORAES, Alexandre de: *Improbidade administrativa e a questão do princípio do juiz natural como garantia constitucional*. Revista dos Tribunais, v. 93, n. 822, p. 52-60, abr. 2004.

NEVADO-BATALLA MORENO, Pedro Tomás: "Estándares de la OCDE y cultura del buen gobierno: análisis y perspectivas", en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás - OLIVARES TRAMÓN, José Miguel (eds.): *Chile en el club de los países desarrollados*, Pontificia Universidad Católica de Chile - AECID, Santiago de Chile, 2010, págs. 33-52.

NIGRO MAZZILLI, Hugo: *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, Saraiva, São Paulo, 22ª. Edição, 2009.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio: "El comiso", *La Ley*, no. 5495, 2002.

PAIVA MARTINS JÚNIOR, Wallace: *Probidade Administrativa*, Saraiva, São Paulo, 4ª. Edição, 2009.

PAZZAGLINI FILHO, Marino: *Lei de Improbidade Administrativa Comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas*. 3ª ed. – 2ª reimpressão. São Paulo, Atlas, 2007.

PIRES GAVIÃO FILHO, Anizio: *Manual Prático: A Investigação e as Ações Civis Públicas de Improbidade Administrativa e de Defesa do Patrimônio*

Público e da Ordem Jurídica, Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

PUENTE ABA, Luz María: "La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal", *Actualidad Penal*, no. 39, 2003.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, no. 12, 2010.

RIVERO ORTEGA, Ricardo: *Derecho Administrativo Económico*. Marcial Pons, Madrid, 5ª. Edición, 2.009.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás: "La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción", en *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (Coord.). Ratio Legis, Salamanca, 2004.

----- "La corrupción de funcionario público extranjero en el Derecho Penal chileno a la luz del Convenio OCDE de 1997 (aspectos procesales)", en RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás - OLIVARES TRAMÓN, José Miguel (eds.): *Chile en el club de los países desarrollados*, Pontificia Universidad Católica de Chile - AECID, Santiago de Chile, 2010, págs. 115-144.

SANTOS BEDAQUE, José Roberto: *Tutela Jurisdiccional Cautelar e Atos de Improbidade Administrativa*, in BUENO, Cássio Scarpinella e Porto Filho, Pedro Paulo de Rezende, *Improbidade Administrativa*, 2ª. ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

SÁNCHEZ GARCIA DE PAZ, Isabel: *La Criminalidad Organizada: aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Editorial Dykinson, Madrid, 2008.

SARMENTO, George: *Improbidade Administrativa*. Porto Alegre, Editora Síntese, 2002.

SCHERER, Steve - SILVER, Vernon: "La hora de la Mafia. La Mafia italiana podría aprovechar la crisis para blanquear el capital de sus negocios ilícitos", *Expansión*, no. 1.023, 01/09/2009, México D.F

SILVA VELLOSO FILHO, Carlos Mário da. *A Indisponibilidade de Bens na Lei 8.429, de 1992*, in BUENO, Cássio Scarpinella e Porto Filho, Pedro Paulo de Rezende, *Improbidade Administrativa*, 2a ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

SPITZCOVSKY, Celso: *Improbidade administrativa*. São Paulo: Método, 2009.

VALERO MONTENEGRO, Luis Hernando: "*Los bienes equivalentes y el riesgo de confiscación en la Ley de extinción de dominio y en el comiso penal*", *Vía Iuris*, no. 6, 2009.

VERVAELE, John: "*Las sanciones de confiscación: ¿un intruso en el Derecho Penal?*", *Revista Penal*, no. 2, 1998.

VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge: "El comiso de los efectos e instrumentos del delito y el de otros bienes por un valor equivalente a éstos", *Revista General de Derecho Penal*, no. 6, noviembre, 2006.

----- "El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas", *Revista Penal*, no. 19, 2007.

VHOSS, Moser: *Dano moral e improbidade administrativa*. Porto Alegre, Fabris, 2008.

WARREN, Mark E.: "La democracia contra la corrupción," *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, enero-marzo, año/vol. XLVII, número 193, Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, México, 2005.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, Rocío: "Implicaciones del Tratado de Lisboa en la lucha contra la delincuencia organizada", *Revista General de Derecho Penal*, no. 14, 2010.

1. ANEXO: LEY DE IMPROBIDAD ADMINISTRATIVA N. 8429/92

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 8.429, DE 2 DE JUNHO DE 1992.

Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

CAPÍTULO I
Das Disposições Gerais

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.

Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

Art. 6º No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

Art. 8º O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança.

CAPÍTULO II Dos Atos de Improbidade Administrativa

Seção I

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem

como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Seção II

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; [\(Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005\)](#)

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. [\(Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005\)](#)

Seção III

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

CAPÍTULO III

Das Penas

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: [\(Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009\)](#).

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta

circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

CAPÍTULO IV Da Declaração de Bens

Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente. [\(Regulamento\)](#)

§ 1º A declaração compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizado no País ou no exterior, e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.

§ 2º A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função.

§ 3º Será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa.

§ 4º O declarante, a seu critério, poderá entregar cópia da declaração anual de bens apresentada à Delegacia da Receita Federal na conformidade da legislação do Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza, com as necessárias atualizações, para suprir a exigência contida no caput e no § 2º deste artigo .

CAPÍTULO V Do Procedimento Administrativo e do Processo Judicial

Art. 14. Qualquer pessoa poderá representar à autoridade administrativa competente para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade.

§ 1º A representação, que será escrita ou reduzida a termo e assinada, conterá a qualificação do representante, as informações sobre o fato e sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

§ 2º A autoridade administrativa rejeitará a representação, em despacho fundamentado, se esta não contiver as formalidades estabelecidas no § 1º deste artigo. A rejeição não impede a representação ao Ministério Público, nos termos do art. 22 desta lei.

§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos [arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990](#) e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares.

Art. 15. A comissão processante dará conhecimento ao Ministério Público e ao Tribunal ou Conselho de Contas da existência de procedimento administrativo para apurar a prática de ato de improbidade.

Parágrafo único. O Ministério Público ou Tribunal ou Conselho de Contas poderá, a requerimento, designar representante para acompanhar o procedimento administrativo.

Art. 16. Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão representará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão para que requeira ao juízo competente a decretação do seqüestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos [arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil](#).

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.

§ 2º A Fazenda Pública, quando for o caso, promoverá as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público.

§ 3º No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no [§ 3º do art. 6º da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. \(Redação dada pela Lei nº 9.366, de 1996\)](#)

§ 4º O Ministério Público, se não intervir no processo como parte, atuará obrigatoriamente, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

§ 5º A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. [\(Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001\)](#)

§ 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001\)](#)

§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001\)](#)

§ 8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001\)](#)

§ 9º Recebida a petição inicial, será o réu citado para apresentar contestação. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001\)](#)

§ 10. Da decisão que receber a petição inicial, caberá agravo de instrumento. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001\)](#)

§ 11. Em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001\)](#)

§ 12. Aplica-se aos depoimentos ou inquirições realizadas nos processos regidos por esta Lei o disposto no art. 221, **caput** e § 1º, do Código de Processo Penal. [\(Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001\)](#)

Art. 18. A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

CAPÍTULO VI Das Disposições Penais

Art. 19. Constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente.

Pena: detenção de seis a dez meses e multa.

Parágrafo único. Além da sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado.

Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento; [\(Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009\)](#).

II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

Art. 22. Para apurar qualquer ilícito previsto nesta lei, o Ministério Público, de ofício, a requerimento de autoridade administrativa ou mediante representação formulada de acordo com o disposto no art. 14, poderá requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo.

CAPÍTULO VII Da Prescrição

Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

CAPÍTULO VIII Das Disposições Finais

Art. 24. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 25. Ficam revogadas as Leis n°s 3.164, de 1° de junho de 1957, e 3.502, de 21 de dezembro de 1958 e demais disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 2 de junho de 1992; 171° da Independência e 104° da República.

FERNANDO COLLOR
Célio Borja

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 3.6.1992

