

RECUPERO DE ACTIVOS, FRUTO DE ACTOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA, DEL PODER DE TERCEROS. REFERENCIA A LA LEGISLACIÓN PARAGUAYA Y AL DERECHO COMPARADO.

María Eusebia Segovia Cabrera Viedma*

“... es necesario que todo príncipe que quiera mantenerse aprenda a no ser bueno, y a practicarlo o no de acuerdo con la necesidad.... y tampoco debe preocuparle ser censurado por incurrir en ciertos vicios sin los cuáles difícilmente podría conservar el Estado”¹

Nicolás Maquiavelo²

1. Introducción

El concepto de corrupción pública se originó con la creación de las primeras formas de organización social: tribu, monarquía, imperio, república, estado, etc. representando un problema de difícil solución por la rapidez de su extensión y por la profunda desintegración que provoca en las instituciones públicas.

A su vez, la lucha contra la corrupción ha evolucionado afianzándose su importancia, pero para combatir contra la corrupción se necesitan de herramientas que produzcan el resultado deseado: recuperar los bienes que han salido del Estado de forma ilegítima y no limitarse a la imposición de sanciones penales tradicionales.

La corrupción pública no es responsabilidad exclusiva de los funcionarios públicos, si bien a éstos puede imputarse algún grado de participación según los presupuestos del hecho punible del que se trate, existen otros participantes no punibles que intervienen para hacer posible disfrazar bienes fruto de actos de corrupción, son los llamados terceros.

Aquellos terceros podrían ser beneficiarios directos de los bienes ilícitos o ser prestanombres, y no es necesaria la existencia del dolo – conocer y querer, – sino que

* Abogada, egresada de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas (FCJD), Sede Regional Asunción, Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” (2009). Diplomada en Didáctica Universitaria por la Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas, Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” (2010). Becada por la Cooperación Técnica Alemana (GTZ) para participar del Proyecto de formación de estudiantes universitarios en la investigación científica que incluyó un curso de Metodología de la Investigación Científica y publicación del trabajo científico “El Principio de Prevención como objeto de la sanción penal en el Derecho Penal paraguayo” (2004-2005); Participante del Diplomado en Ciencias Penales, Universidad Blas Pascal de la República Argentina-UC-INECIP-PY (2004). Miembro del Consejo Editor de la Revista Jurídica CEDUC – FCJDUC (2009). Ganadora del Concurso de Monografías organizado por la Revista Jurídica CEDUC – FCJDUC (2008). Miembro del Instituto Tomás Moro FCJDUC (2010). Funcionaria del Ministerio Público con cargo de Asistente Fiscal asignada a prestar servicios en la Unidad Penal N° 4, sede N° 1.

1. “El Príncipe”; Colección Nogal Gradifco; Buenos Aires – Argentina; ISBN 978-987-1093-11-3; Año 2008; p. 96.-

2. Nicolás Maquiavelo (Florenia, 1469 – Id. 1527) fue filósofo político e historiador italiano. Su pensamiento político ajeno a todo principio moral quedó recogida en su obra El Príncipe (1512) que ha influido enormemente en toda la filosofía política posterior. Gran Enciclopedia Espasa Calpe; Grupo Editorial Planeta S.A.I.C./ Espasa Calpe S.A.; Buenos Aires – Argentina; Año 2005; Tomo XXV; p. 7456.-

pueden coexistir la culpa y el error como elementos presentes al momento de la realización del acto jurídico de disposición. Ante tal distinción surgen las figuras del tercero de buena y de mala fe.

Los bienes - cosa y derecho - no son invisibles jurídica ni económicamente, por lo que es posible seguir el camino que trazaron hasta llegar al poder de un tercero, que hace viable su recuperación a favor de quien ostenta la calidad de titular del bien: El Estado. Esta es la misión del presente trabajo.

Las sanciones penales de multa o pena privativa de libertad y aquellas referentes al comiso y a la privación de beneficios resultan insuficientes para dar una respuesta eficaz y oportuna para hacer volver aquellos activos al patrimonio estatal, en razón de estar limitadas, por un lado, en su aplicación por el tiempo que debe transcurrir para su efectiva aplicación, por lo que es imprescindible adoptar otras medidas rápidas, y, por otro lado, por su finalidad: la pena, comiso del objeto del delito o su ganancia del poder del supuesto participante.

En tal sentido, se precisa determinar las medidas que la Legislación paraguaya podría adoptar para la recuperación de activos, fruto de actos de corrupción pública del poder de terceros, identificar los actos de corrupción que podrían ser objeto de recupero de activos del poder de terceros, establecer la diferencia entre el recupero de activos en poder de terceros de buena fe y aquellos de mala fe, sin dejar de hacer referencia al derecho comparado, cuyos temas se desarrollarán seguidamente.

2. Concepto de la figura del recupero de activos, fruto de actos de corrupción pública, en poder de terceros

La figura del recupero de activos se define por sus características: es la acción penal procesal que tiene por objeto reintegrar al patrimonio del Estado los activos que hayan salido de este sin motivo legítimo y, en especial, aquellos que hayan salido o no hayan ingresado debido a actos de corrupción pública³.

Para su procedencia debe existir la legitimación activa por parte del Estado -perjuicio patrimonial- tanto desde el punto de vista jurídico como económico⁴, sumado

3. Apuntes de la Conferencia de Derecho Penal Económico "La persecución penal de la criminalidad económica", de fecha 25 de junio de 2010, realizado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica "Nuestra Señora de la Asunción", en el marco del Proyecto de Asistencia Técnica al Ministerio Público y al Poder Judicial, para mejorar la lucha contra los delitos económicos y de corrupción. Conferencia a cargo del Dr. Mariano Hernán Borinsky, fiscal general de la Unidad Fiscal de Delitos Tributarios y Contrabando (UFTCO), de Buenos Aires, República Argentina.

4. El concepto de patrimonio presenta más de un problema dentro del derecho penal, la teoría mixta jurídico-económica ha cobrado fuerza, sobretudo a partir de la definición de Welzel: "Patrimonio es la suma de los valores económicos puestos a disposición de una persona bajo la protección de un ordenamiento jurídico". De ahí surge la definición de perjuicio patrimonial como "toda disminución, económicamente evaluable, del acervo patrimonial que jurídicamente corresponde a una persona, obtenida a través de una acción antijurídica que persigue la obtención de un lucro injusto"; Romero, Gladys N.; El Tipo de Interpretación del Delito de Estafa; Orden Jurídico-Penal; Año I-Nº2; Edición Fabián J. Di Plácido; 1999; Buenos Aires – Argentina; ISBN: 987-96977-7-4; ps. 100 y 101.

a un sujeto pasivo -funcionario público o persona de derecho privado- y un objeto procesal -bienes ilegítimos-.

Si el sujeto pasivo de nuestra relación jurídica funcionario público es sometido a un proceso penal por el hecho punible realizado, ello no conlleva la recuperación de los bienes de los que él se ha hecho propietario, poseedor, usufructuario, acreedor o fideicomitente como primera medida y menos aún si se suma a este planteamiento el traspaso de dichos bienes a terceros y luego de estos a otros y así sucesivamente en una cadena de transmisiones que se suceden, incluso, durante el trámite del proceso penal hasta la sentencia.

Así, las relaciones que se han formado como producto de las transmisiones forman un ropaje tendiente a evitar que dichos bienes vuelvan al patrimonio del Estado, independiente a si se trata de un tercero de buena o de mala fe, cuya diferencia sólo es atendible en cuanto a su responsabilidad penal o a la percepción de los frutos, por lo que la recuperación de activos procede contra terceros como regla general, exceptuándose aquellos casos que por su naturaleza representaría un agravio irreparable.

3. Actos de corrupción pública

No se abordaran todos los actos de corrupción que puedan darse dentro del ámbito de la función pública, sino de aquellos emblemáticos, comunes y graves, cuyo fin es netamente económico⁵, es decir, producir el aumento del activo patrimonial de quien comete el hecho punible, con una visión casi mercantilista.

Se denomina acto de corrupción pública a los hechos penalmente relevantes cometidos exclusivamente contra el patrimonio estatal, produciéndole un perjuicio patrimonial cuantificable económicamente, realizado por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones o por personas privadas sea en su relación jurídica con el Estado o como participante de un delito o crimen relacionado al patrimonio estatal⁶.

“En términos generales, el producto de los delitos de corrupción puede provenir de dos fuentes: de las arcas públicas –fraudes contra la administración pública, malversaciones de caudales públicos, algunos casos de negociaciones incompatibles– o del sector privado –exacciones ilegales, cohechos, tráfico de influencia⁷.”

A continuación se citan y explican brevemente algunos de ellos:

5. Rodríguez, Agustín Washington; Corrupción y Enriquecimiento ilícito. Homicidio por encargo; Editorial Juris; 2000; Rosario – Argentina; ISBN 950-817-099-9; ps. 4-7.-

6. Recuperación de activos de la corrupción; Capítulo III; Jorge, Guillermo; Editores del Puerto; Año 2008; Corrientes – Argentina; ISBN 978-987-1397-19-8; en <http://www.editoresdelpuerto.com>; 08 de setiembre de 2010.-

7. Ibidem.-

a) **Cohecho pasivo**⁸: la conducta consiste en cumplir con sus funciones o de dejar de cumplirlas o de violarlas, realizada por un funcionario público a cambio de una suma de dinero u otro beneficio. El perjuicio para el Estado sería determinado en cada caso de una forma razonable, ya que dicha figura es general y puede abarcar desde la omisión a percibir tributos o multas hasta el otorgamiento de una resolución favorable en un juicio.

Se debe sostener que: “En los casos de cohecho, ... el producto incluye tanto las ventajas económicas recibidas por el servidor público –el soborno o la dádiva– como las ventajas económicas obtenidas a cambio del pago del soborno⁹”.

b) **Soborno**¹⁰: se refiere al particular u otro funcionario público que ofreciera, prometiera o garantizara un beneficio a un funcionario público a cambio de recibir de éste un favor que dependiera de sus facultades discrecionales o dirigida a un juez o árbitro a cambio de obtener una resolución judicial favorable.

En este supuesto, el recupero de activos procede incluso contra el particular, en tal sentido, se debe sostener que los beneficios obtenidos o a obtenerse gracias al soborno como contratos, licencias, obras, autorizaciones, leyes, sentencias, resoluciones u otros, deben ser afectados igualmente por la figura del recupero de activos, si se comprueba que el soborno fue el factor determinante para la conclusión del acto jurídico¹¹ ya que constituyen beneficios ilegítimos.

c) **Lesión de confianza**¹²: hace referencia a la administración a cargo de un funcio-

8. Art. 300 del CP (tipo base): “1° El funcionario que solicitara, se dejara prometer o aceptara un beneficio a cambio de una contraprestación proveniente de una conducta propia del servicio que haya realizado o que realizará en el futuro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa”. Art. 301 del CP (tipo agravado): “1° El funcionario que solicitara, se dejara prometer o aceptara un beneficio a cambio de un acto de servicio ya realizado o que realizará en el futuro, y lesione sus deberes, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años”.-

9. Recuperación de activos de la corrupción; op.cit. p. 2-

10. Art. 302 del CP: “1° El que ofreciera, prometiera o garantizara un beneficio a un funcionario a cambio de un acto de servicio ya realizado o que realizará en el futuro, y que dependiera de sus facultades discrecionales, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa”.

11. Recuperación de activos de la corrupción; op.cit. Ver también: “Alemania”, Fase 1, p. 9, disponible en www.oecd.org/dataoecd/14/1/2386529.pdf (20/4/2008); para Suiza, “Evaluación de Suiza sobre la implementación de la Convención contra el Soborno Transnacional de la OECD”, Fase 1, febrero de 2000, p. 10, en www.oecd.org/dataoecd/16/45/2390117.pdf (20/4/2008). 109 La ley Noruega ha incluido en su legislación interna la misma redacción que el comentario oficial de la Convención OECD, ordenando el decomiso de las “ganancias u otros beneficios del sobornador derivados de la transacción, u otras ventajas impropias obtenidas o retenidas a través del soborno”. Cfr. “Evaluación de Noruega”, Fase 1, p. 15, disponible en www.oecd.org/dataoecd/15/35/2389183.pdf (20/4/2008). La jurisprudencia francesa ha admitido el decomiso del precio del contrato obtenido por medio del soborno, cf. “Evaluación de Francia”, Fase 1, p. 16, disponible en www.oecd.org/dataoecd/24/50/2076560.pdf (20/4/2008), consultado el 10 de setiembre de 2010.-

12. Art. 192 del CP, modificado por Ley 3440/08: “1° El que en base a una ley, a una resolución administrativa o a un contrato, haya asumido la obligación de proteger un interés patrimonial relevante para un tercero y causara o no evitara, dentro del ámbito de protección que le fue confiado, un perjuicio patrimonial, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa”.

nario público de un determinado ente o dirección pública que ha cometido o no ha evitado el perjuicio patrimonial estatal a pesar de estar en posibilidad de hacerlo, obteniendo un beneficio económico él como participante o para un tercero.

En este supuesto, la investigación se centraría en determinar la existencia del perjuicio patrimonial económico, el monto y la ubicación del activo, para iniciar su recuperación.

d) Tráfico de influencias¹³: se resume en la invocación de relaciones de importancia o de influencia real o simulada para mediar ante un funcionario público, a cambio de recibir o hacer prometer un beneficio para el funcionario o para un tercero, con la intención de obtener un resultado conforme al interés de quien invoca la relación o de un tercero.

Este hecho punible contiene variadas circunstancias que favorecen la búsqueda de activos, ya que la investigación se centra en el funcionario en primer lugar y, luego, en su entorno. Respecto de los demás beneficios no patrimoniales¹⁴, la figura del recupero de activo resulta ineficaz.

e) Evasión de impuestos¹⁵: se trata del contribuyente obligado a tributar que utiliza estrategias para ocultar o falsear su actividad económica, su ingreso o sus movimientos con el fin de no pagar a la autoridad administrativa competente el tributo correspondiente o pagar una suma inferior o beneficiarse de créditos fiscales que no le corresponderían.

El perjuicio económico para el Estado resultaría del cálculo que debe ser realizado por la autoridad administrativa competente, el cual sería objeto del recupero de activos.

13. Ley Que Previene el Enriquecimiento ilícito y Tráfico de influencias; Art. 7°: “1° El que reciba o se haga prometer para sí o para un tercero, dinero o cualquier otro beneficio como estímulo o recompensa para mediar ante un funcionario público, en un asunto que se encuentre conociendo o haya de conocer invocando poseer relaciones de importancia o influencia reales o simuladas, será castigado con pena privativa de libertad hasta tres años o multa. 2° Igual pena se aplicará a quien entregue o prometa dinero o cualquier otro beneficio, para obtener el favor de un funcionario público”.

14. Conformación de una terna, elección de terna, nombramientos de funcionarios, entre otros supuestos similares.

15. Art. 261 del CP: “El que: 1) Proporcionara a las oficinas perceptoras u otras entidades administrativas datos falsos o incompletos sobre hechos relevantes para la determinación del impuesto. 2) Omitiera, en contra de su deber, proporcionar a las entidades perceptoras datos sobre tales hechos; o 3) Omitiera, en contra de su deber, el uso de sellos y timbres impositivos. Y con ello evadiera un impuesto o lograra para sí o para otro un beneficio impositivo indebido, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa”.

f) **Contrabando**¹⁶: la conducta que tenga por objeto introducir o extraer del país mercaderías u otros efectos de cualquier clase en violación de los requisitos esenciales establecidos en la ley aduanera, generalmente las relacionadas a evadir los aranceles aduaneros u ocultar el origen de las mercaderías cuya comercialización están prohibidas.

En estos supuestos, existiría una situación previa, es decir, si es ejecutar la destrucción, el secuestro o comiso de las mercaderías u otros efectos, por parte de la autoridad administrativa competente y si existe beneficio patrimonial de quien ha cometido o se ha favorecido del delito de contrabando, quedaría expedita la vía para el recupero de activos.

g) **Estafa**¹⁷: se refiere tanto al funcionario público y a la persona particular, que provoca un error mediante engaño, en un agente estatal, con el fin de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, causando un perjuicio al patrimonio estatal.

En este hecho punible, se debe realizar el cálculo del perjuicio económico, orientado a quién lo provocó, qué lo provocó y quién recibió el beneficio.

h) **Enriquecimiento ilícito**¹⁸: se entiende como el aumento del patrimonio activo y disminución del pasivo del funcionario público. La redacción del tipo penal en el pri-

16. Ley 2422/04, Art. 336: "Constituye contrabando las acciones u omisiones, operaciones o manejos, que tiendan a introducir al país o extraer de el, mercaderías o efectos de cualquier clase, en violación de los requisitos esenciales exigidos por las leyes que regulan o prohíben su importación o exportación. Se entiende por requisitos esenciales, a los efectos de la presente ley, las obligaciones y formalidades aduaneras, bancarias y administrativas, en general, exigidas por las leyes, sin cuyo cumplimiento no pueden efectuarse lícitamente la importación o exportación que en cada caso se trata. El contrabando constituye además de una infracción aduanera, un delito de acción penal pública. A los efectos penales y sin perjuicio del sumario administrativo, los antecedentes serán remitidos a la justicia penal. El delito de contrabando será sancionado con una pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa".

17. Art. 187 del CP: "1° El que con la intención de obtener para sí o para un tercero un beneficio patrimonial indebido, y mediante declaración falsa sobre un hecho, produjera en otro un error que le indujera a disponer de todo o parte de su patrimonio o el de un tercero a quien represente y con ello causara un perjuicio patrimonial para sí mismo o para éste, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa".

18. Ley Que previene el Enriquecimiento ilícito y el Tráfico de influencias; Art. 3: "1° Comete hecho punible de enriquecimiento ilícito y será sancionado con pena privativa de libertad de uno a diez años, el funcionario público comprendido en cualquiera de las situaciones previstas en el Artículo 2°, quien con posterioridad al inicio de su función, incurra en cualquiera de las siguientes situaciones: a) Haya obtenido la propiedad, la posesión, o el usufructo de bienes, derechos o servicios, cuyo valor de adquisición, posesión o usufructo sobrepase sus legítimas posibilidades económicas, y los de su cónyuge o conviviente. b) Haya cancelado, luego de su ingreso a la función pública, deudas o extinguido obligaciones que afectaban su patrimonio, el de su cónyuge o su conviviente, y sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y de afinidad, en condiciones que sobrepasen sus legítimas posibilidades económicas. 2° Será aplicable también a los casos previstos en el inciso 1) de este artículo, la pena complementaria prevista en el Artículo 57 del Código Penal".

mer supuesto -aumento- incluye al cónyuge o conviviente; en el segundo supuesto -disminución- incluye tanto al cónyuge como a los parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad¹⁹.

Se debe aclarar que deducir el aumento del activo representa una tarea difícil, pero resulta aún más difícil se tiene que deducir las deudas, en cuyo caso, no existe la posibilidad de recuperar materialmente el activo, sino el derecho, entendiéndose como tal la subrogación de los derechos de acreedor que ostentaba el anterior, a quien se ha satisfecho el monto del crédito, tornándose una deuda exigible a favor del Estado.

i) Lavado de dinero²⁰: consiste en ocultar el origen del activo proveniente de un hecho punible relacionado a la función pública, como primer supuesto del tipo penal especial. Disimular su origen y frustrar el conocimiento de su ubicación, como segundo supuesto y, transferir, utilizar o poseer para sí el objeto como tercer supuesto.

Este hecho punible está predeterminado a coexistir en concurso real con otro delito o crimen, ya que uno de los elementos del tipo es justamente la existencia del otro hecho punible. La recuperación debe centrarse en recorrer el camino del activo desde su origen hasta su destino, a través de los movimientos financieros, bancarios o contables realizados, así como de aquellas modificaciones del pasivo del supuesto autor hasta llegar a quien se benefició del hecho²¹.

j) Exacción²²: hace referencia al funcionario público encargado de la recaudación de

19. La redacción del segundo apartado del Art. 3 de la Ley que previene, tipifica y sanciona el enriquecimiento ilícito en la función pública y el tráfico de influencias, del año 2004, es la que debe ser adoptada a los fines de la recuperación de activos, sin excluir a terceros no comprendidos dentro de dicho vínculo.

20. Art. 196 del CP modificado por Ley 3440/08: "1° El que ocultara un objeto proveniente de un hecho antijurídico, o respecto de tal objeto disimulara su procedencia, frustrara o peligrara el conocimiento de su procedencia o ubicación, su hallazgo, su comiso, su comiso especial o su secuestro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. A los efectos de este artículo, se entenderá como hecho antijurídico: 1. los previstos en los artículos 129a, 129b, 129c, 139, 184a, 184b, 184c, 185, 186, 187, 188, 192, 193, 200, 201, 300, 301, 302, 303 y 305 de este Código; 2. un crimen; 3. el realizado por un miembro de una Asociación Criminal previsto en el artículo 239; 4. los señalados en los artículos 37 al 45 de la Ley 1340/88 y su modificatoria <<Que reprime el tráfico ilícito de Estupefacientes y Drogas Peligrosas y otros Delitos Afines y establece medidas de prevención y recuperación de fármaco dependientes>>; 5. El señalado en el artículo 81, párrafos 1° y 2° de la Ley N° 1.910/02 <<De armas de fuego, municiones y explosivos>>; y 6. el previsto en el artículo 336 de la Ley N° 2.422/04, <<Código Aduanero>> 2° La misma pena se aplicará al que: 1. obtuviera un objeto señalado en el inciso anterior, lo proporcionara a un tercero; o 2. lo guardara o lo utilizara para sí o para otro, habiendo conocido su procedencia en el momento de la obtención".

21. Serie de Investigaciones Jurídico – Penales; Tomo VI "El lavado de dinero y su proceso de prevención"; Autora: Leticia María Mengual Mazacotte; Tutor: Dr. Luis María Benítez Riera; Edición: GTZ- Cooperación Técnica Alemana y el Ministerio Público; Asunción – Paraguay; Año 2005; ps. 78-80.-

22. Art. 312 del CP modificado por Ley 3440/08: "1° El funcionario encargado de la recaudación de impuestos, tasas y otras contribuciones que a sabiendas: 1. recaudara sumas no debidas; 2. no entregara, total o parcialmente, lo recaudado a la caja pública; o 3. efectuara descuentos indebidos, será castigado con pena privativa de libertad de uno a cinco años o con multa".

tributos que a sabiendas percibiera sumas no debidas o no entregara lo percibido a la arca pública o realizara descuentos que no corresponderían en relación al tipo de tributo y operación o sin contar con la autorización o documentación correspondiente.

En el primer caso, la suma percibida debe ser devuelta a quien ha pagado lo indebido; en el segundo y tercer casos, procedería el recupero de activos, con la determinación de la suma a percibir en concepto de tributo.

k) Cobro indebido de honorarios²³: se describe la conducta del funcionario público que percibiera sumas de dinero o valores u otros beneficios en concepto de honorarios, por parte del Estado, sin existir contraprestación que percibiera más de lo que le correspondería según las leyes.

En este tipo legal, la figura del recupero de activos es la herramienta eficaz, ya que se requiere del análisis de la suma erogada del patrimonio estatal y quien lo ha recibido, investigando el motivo o concepto de egreso de dichas remuneraciones.

4. Propiedad y posesión de bienes por terceros

4.1. Definición

- Propiedad: derecho de poseer, usar, gozar, disponer, modificar, incluso destruir la cosa y de disponer de su derecho de acuerdo a la voluntad de quien goza de la titularidad del bien²⁴.

A partir de la definición, el Estado, como persona jurídica reconocida goza del derecho de propiedad, el cual nunca es delegado al funcionario público, sino que éste lo administra o custodia o se encarga de la recaudación; por tanto, el funcionario que retiene sin autorización en su poder bienes pertenecientes al Estado lo hace fuera de la norma y bajo ningún caso se vuelve propietario por apropiación o aprehensión durante el cumplimiento de sus funciones.

De tal afirmación, quien no siendo titular del bien no puede realizar ningún acto

23. Art. del CP: "1° El funcionario público... que a sabiendas, cobrara en su provecho honorarios u otras remuneraciones no debidas, será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa".

24. Art. 109 de la CN: "Se garantiza la propiedad privada, cuyo contenido y límites serán establecidos por la ley, atendiendo a su función económica y social, a fin de hacerla accesible para todos. La propiedad privada es inviolable. Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de sentencia judicial, pero se admite la expropiación por causa de utilidad pública o de interés social, que será determinada en cada caso por ley. Está garantizada el previo pago de una justa indemnización, establecida convencionalmente o por sentencia judicial, salvo los latifundios improductivos destinados a la reforma agraria, conforme con el procedimiento para las expropiaciones a establecerse por ley"; Borda, Guillermo; Manual de Derechos Reales; 2da. Edición revisada y actualizada; Editorial Perrot; Buenos Aires – Argentina; 1991; p. 144; Ghirardi, Juan Carlos y otro; Manual de Derecho Romano; Ediciones Eudecor; Córdoba – Argentina; 1999; p. 316.

jurídico válido, pues no puede transferir o ceder un derecho que no tiene. Así, se debe tener presente aquellos actos realizados con terceros sean estos: contratos de compraventa, de cesión de derechos, donación, legado, fideicomiso, etc., que en sí mismo no constituye fuente del derecho de propiedad.

El Estado no pierde su calidad de propietario o titular del bien aunque la cosa o el derecho hayan sido traspasados a terceros por el funcionario público -quien las ha obtenido valiéndose de actos de corrupción- o en los casos que el Estado como titular de un derecho no percibe el tributo que le corresponde a raíz de la actuación del funcionario público.

Posesión: es un aspecto derivado del derecho de propiedad, que faculta a usar, gozar y aprovechar la cosa. Sin embargo, no todo propietario es poseedor ni todo poseedor es propietario, por tanto, la posesión es un hecho separado del derecho de propiedad²⁵.

En este orden de ideas, la posesión de los bienes del Estado está en poder del funcionario público, pero por una situación limitada: cumplir una determinada función, por lo tanto, no es susceptible de adquirir el dominio por la posesión, ya que quien posee lo hace en su calidad de funcionario público y a nombre del Estado.

Esta posesión de bienes no es susceptible de ser cedida a otro que no sea funcionario público, por lo que quien la recibe, recibe una posesión viciada, por no haber sido obtenida de manera legítima. Ahora bien, el tercero "poseedor" puede no saber el origen de la posesión anterior, ante tal caso, a los fines de la recuperación del bien debe tomarse en cuenta la distinción entre buena y mala fe.

4.2. Distinción entre poseedor de buena fe y mala fe

Se habla de dos tipos de poseedores: de buena y de mala fe. El Código Civil paraguayo en el Art. 1918 señala las características que debe reunir para ser considerado poseedor de buena fe: "El poseedor será de buena fe cuando el poder que ejerza naciere de un título y por error de hecho o de derecho estuviere persuadido de su legitimidad. El título putativo se equipara al existente, cuando el poseedor tenga razones atendibles para juzgarlo tal o para extenderlo a la cosa poseída. El poseedor será de mala fe, cuando conozca o deba conocer la ilegitimidad de su título".

El Código Civil español resume la diferencia sustancial en el Art. 433: "Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide. Se reputa poseedor de mala fe al que se halla en el caso contrario".

25. Art. 1909 CC: "Poseedor es quien tiene sobre una cosa el poder físico inherente al propietario, o al titular de otro derecho real que lo confiera". Borda, Guillermo; idem; p. 27; Pettit, Eugene; Tratado elemental de Derecho Romano; traducido por José Ferrández de la 9na. Edición francesa; Editorial Universidad S.R.L.; Buenos Aires – Argentina; 1999; ISBN 950-679-132-5; p. 197.

El tercero de buena fe, que posee el bien obtenido mediante acto de corrupción cometido por un funcionario público, se halla en una situación de error, el cual no le es imputable a los fines del reproche penal ni sería procedente -como regla general- en una acción civil. Por tanto, debe estudiarse el acto que dio origen a esa posesión por parte del tercero.

Si fue a título oneroso, a los fines de la recuperación del activo, en primer lugar, se debe buscar la contraprestación dada por el tercero al “otro” quien ha entregado la posesión; si no fuera posible o si se ha pagado un precio menor al valor real, el bien puede ser objeto del recupero de activos si no ha transcurrido el plazo para la prescripción adquisitiva, según el bien de que se trate²⁶. Si ha transcurrido el plazo para la prescripción, el recupero no procedería ya que causaría un agravio irreparable al tercero de buena fe, además de la inseguridad jurídica.

26. Art. 663 CC: “Prescriben por dos años: a-) las acciones para obtener la nulidad de los actos jurídicos por error, dolo, violencia o intimidación. El plazo se computara desde que cesó la fuerza o la intimidación, o fueron conocidos los demás vicios; b-) la acción revocatoria de los acreedores en caso de fraude. El plazo correrá desde que los perjudicados tuvieron conocimiento del hecho, y en cualquier caso, transcurridos cinco años desde la realización del acto; g-) la acción de simulación, absoluta o relativa, intentada por las partes o por terceros. El plazo correrá para los terceros desde que tuvieron conocimiento del acto simulado, y para las partes, desde que el aparente titular del derecho intentare desconocer la simulación”; Art. 2031 CC: “Cuando una cosa mueble, cuya transferencia exija inscripción en un Registro Público, hubiese sido robada o perdida, podrá su poseedor usucapirla en el término de dos años computados desde que fuera anotada a su nombre. El plazo se extenderá a tres años, para aquellas cosas muebles que en el mismo supuesto no requieran ser inscriptas. La posesión deberá ser en ambos casos, de buena fe, continua y en calidad de dueño”; Art. 1989 CC: “El que poseyera ininterrumpidamente un inmueble durante veinte años sin oposición y sin distinción entre presentes y ausentes, adquiere el dominio de él sin necesidad de título ni de buena fe, la que en este caso se presume. Podrá pedir al juez que así lo declare por sentencia, la que servirá de título de propiedad para su inscripción en el Registro de inmuebles”; Borda, Guillermo; ídem p. 8; p. 85 y 86.-

Si la posesión fue entregada a título gratuito, la recuperación de activos procede en todos los casos, con la única limitación de que el poseedor tendría derecho a percibir los frutos e intereses del bien y tendrá el derecho de retención hasta el pago total de los gastos de conservación y aquellos gastos que hicieron aumentar el valor del bien²⁷.

El tercero poseedor de mala fe, que conoce o presume la ilegitimidad del poseedor anterior, tanto en los actos a título oneroso o gratuito, no goza de ningún derecho de adquisición de la propiedad por el transcurso del tiempo, aún cuando se trate de la usucapión²⁸, en razón de que la ley protege la propiedad y la posesión legítima, y, no puede invocarse la ley para gozar de un bien de origen ilegítimo²⁹. Lo único

27. Art. 2054 CC paraguay: "Los que sin título pero de buena fe poseyeren inmuebles como dueños o por otro derecho real, harán suyos los frutos naturales e industriales, una vez separados, y los civiles, sólo percibiéndolos efectivamente, aunque éstos correspondieran al tiempo de su posesión. Cuando al comienzo de ella existieren explotaciones, también les pertenecerán los productos que hubiesen sido separados, pero deberán al propietario, y en su caso, al usufructuario, las sumas percibidas por los que hubieran enajenado. Terminada la posesión, los frutos pendientes pertenecerán al propietario o al usufructuario; pero será resarcido el poseedor de buena fe, por los gastos efectuados para producirlos. También deberá reintegrarse los tributos que abonó, relativos a la propiedad en la parte y tiempo de preparación y cultivo de esos frutos"; Art. 2432 CC paraguay: "Los gastos hechos por el poseedor de buena fe para la conservación normal de la cosa, y las contribuciones ordinarias de la propiedad, son de su cargo hasta la concurrencia del valor de los frutos que hubiera percibido. Le serán abonados los primeros en cuanto excedieren el valor de los frutos. En cuanto al poseedor de mala fe, debe restituir todos los frutos, pero le serán abonados los gastos conexos con la producción" Código Civil español: "Art. 451. El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión... Art. 452. Si al tiempo en que cesare la buena fe se hallaren pendientes algunos frutos naturales o industriales, tendrá el poseedor derecho a los gastos que hubiese hecho para su producción, y además a la parte del producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo de su posesión. Las cargas se prorratearán del mismo modo entre los dos poseedores. El propietario de la cosa puede, si quiere, conceder al poseedor de buena fe la facultad de concluir el cultivo y la recolección de los frutos pendientes, como indemnización de la parte de gastos de cultivo y del producto líquido que le pertenece; el poseedor de buena fe que por cualquier motivo no quiera aceptar esta concesión, perderá el derecho a ser indemnizado de otro modo. Art. 453. Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor; pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan. Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión por satisfacer el importe de los gastos, o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa. Art. 454. Los gastos de puro lujo o mero recreo no son abonables al poseedor de buena fe; pero podrá llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa principal si no sufre deterioro, y si el sucesor en la posesión no prefiere abonar el importe de lo gastado", <http://enciclopedia.us.es/index.php/Posesi%C3%B3n>, 29 de octubre de 2010.-

28. Art. 1993 CC: "Las tierras del dominio privado del Estado y de los entes autónomos del Derecho Público no pueden ser adquiridas por usucapión".-

29. Art. 2428 CC: "Si medió mala fe de parte del poseedor, deberá también al reivindicante los frutos que hubiere podido percibir y aun los frutos civiles que hubiere sido susceptible de producir la cosa no fructífera"; Art. 1826 CC: "El obligado a restituir la cosa podrá retenerla cuando le correspondiese un crédito exigible en virtud de gastos efectuados en ella o con motivo de daños causados por dicha cosa. No tendrá esa facultad quien poseyere la cosa por razón de un acto ilícito. Este derecho podrá invocarse respecto de cosas muebles no robadas ni perdidas, si mediase buena fe"; "...en ningún caso el poseedor de mala fe tiene derecho a reclamar nada por lo que hiciese pagado por la cosa", Borda, Guillermo; ídem; p. 97.-

que el Estado podría reconocer serían los gastos de conservación de la cosa, pero sin gozar del derecho de retención³⁰.

Distinta posición es sustentada por Jorge Alterini, jurista argentino, al hablar de posesión viciosa, ya que afirma: "La historia argentina es testigo de distintas crisis del Estado de Derecho, ya porque el Estado en ciertas ocasiones perdió el monopolio de la fuerza, o en otras, porque ejerció ese monopolio sin someterse a los límites que impone el Derecho. Y porque en las defensas posesorias, ante todo, está comprometido el Estado de Derecho, no es solución valiosa privarlo de ellas ni siquiera al poseedor vicioso"³¹.

Asimismo, Miguel López Cabral afirma: "...la situación de un tercero titular de una cosa o de un derecho que, al tiempo de la decisión [del comiso o de la privación de beneficios] no es autor, partícipe ni beneficiario, no será privado de ello [la cosa o el objeto] por medio del comiso (inc. 4º). Es lógico, pues no existe razón de hecho ni jurídico que justifique el desposeimiento de un derecho de un tercero que nada tuvo que ver en la cuestión; proceder de otra manera sería ilegal y arbitrario"³².

Desde estos puntos de vista, los bienes en poder de terceros no serían susceptibles de recuperación salvo que estos hayan participado del hecho punible, situación que no condice con la inspiración del Estado de derecho: el ciudadano debe ser protegido, y al ser los bienes del Estado, bienes de todos los ciudadanos, no se debe privar a los mismos para favorecer a uno, prima el interés general sobre el particular.

4.3. Actos jurídicos utilizados

Dentro del mundo jurídico de carácter privado, las posibilidades de realizar actos de disposición son ilimitadas, ya que hacen referencia a un interés particular y como

30. Art. 2055 CC paraguay: "Si el poseedor fuera de mala fe, pertenecerán al propietario o al usufructuario en su caso, todos los frutos y productos existentes o realizados, los que deberán serle restituidos, con deducción de los gastos de cultivo y cosecha y de los tributos que correspondieren, según se dispone en el artículo anterior. Deberá también el valor de las partes constitutivas de que hubiere dispuesto, aunque el precio obtenido por ellas fuere menor. El heredero del poseedor de mala fe, hará suyos los frutos y productos percibidos de buena fe"; Código Civil español: "Art. 455. El poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir, y sólo tendrá derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa. Los gastos hechos en mejoras de lujo y recreo no se abonarán al poseedor de mala fe; pero podrá éste llevarse los objetos en que esos gastos se hayan invertido, siempre que la cosa no sufra deterioro, y el poseedor legítimo no prefiera quedarse con ellos abonando el valor que tengan en el momento de entrar en la posesión". Ver Código Civil argentino y Ley modificatoria 17711: Arts. 929, 1091, 1092, 2356, 2364, 2365, 2369, 2370, 2422, 2438, 2440, 2441, 2490, 2494, 2469, 2766, 4006 y 4007, <http://enciclopedia.us.es/index.php>, 29 de octubre de 2010.-

31. Título: Inconsistencia y esterilidad de la categoría de la posesión viciosa; Autores: Alterini, Jorge Horacio; Publicado en: Academia Nacional de Derecho 01/01/2004, 1; www.google.com/laley/alterini/posesion; 29 de octubre de 2010.

32. Código Penal Paraguay; Comentado; Reseña histórica; lus puniendi; Concordancias; Concordancias con el Código Penal Alemán; Realizado por Miguel Oscar López Cabral; Editora intercontinental; Asunción – Paraguay; Año 2006; ISBN: 99925-72-49-3; p. 320.-

está permitido que el particular regle sus derechos según su libertad y voluntad³³, dicha facultad se presta a ser utilizada como instrumento “de maquillaje” de actos de corrupción pública.

Los actos a ser deberían ser tenidos en cuenta particularmente son:

Simulación³⁴: Es una figura permitida, si a nadie perjudica. Sin embargo, se podrá anular cuando cause un perjuicio a un tercero o persiga un fin ilícito. Pero, los efectos de la sentencia no afectará la validez de los actos de administración o enajenación celebrados a título oneroso con otras personas de buena fe.

El funcionario público podría recurrir a esta figura para celebrar actos con los llamados “presta-nombres o testaferros³⁵”, en cuyo caso se debe tener en cuenta si el “presta-nombres” posee capacidad económica para ser titular de bienes o de adquirirlos.

El problema deriva del contradocumento³⁶, el cual sería desconocido para el Estado, -a los fines del recupero de activos- solo quedan los indicios que se refieren al nivel de vida del funcionario público, la posesión, el uso, el usufructo de bienes de considerado valor, que conforme a su ingreso no sería capaz de poseer.

Al “prestanombres” se llegará investigando los contactos del funcionario público investigado, ya que existiendo indicios de actos de corrupción pública, la ley penal faculta a intervenir sus comunicaciones. Resulta lógico suponer que esta persona se comunicaría frecuentemente con el funcionario público, a fin de rendir cuentas e incluso realizar transferencias de dinero, entre otros actos jurídicos.

Sociedades o fundaciones o universidades³⁷: nada impide que el funcionario público invierta en la creación de una sociedad, con aporte al capital social, una fundación o una universidad, cuyos activos podrían ser fruto de actos de corrupción pública.

33. Art. 669 CC: “Los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos observando las normas imperativas de la ley, y en particular, las contenidas en este título y en el relativo a los actos jurídicos”

34. Regulada por el Código Civil paraguayo, desde el Art. 305 al 310.-

35. Del italiano testa-ferro, que significa etimológicamente: cabeza de hierro. Dicese de la persona que da su consentimiento para utilizar sus datos a los fines de la celebración de actos jurídicos y del registro de bienes que en realidad no son suyos. El presta-nombre por su naturaleza, se encuentra relacionado con aquel que utiliza sus datos personales en un vínculo de parentesco, afinidad, amistad, relación laboral e incluso contractual. Diccionario Espasa Calpe, op. cit. p. 2; Tomos 32 y 37; ps. 9574 y 11295.-

36. Es el instrumento privado que contiene las convenciones bilaterales acordadas entre las partes y que permanece oculto para terceros. Es un instrumento que puede utilizarlo tanto quien lo ha otorgado o a quien beneficia para lograr la revocación del acto cuando fuera ilícito. Arts. 307 y 400 del C.C.-

37. Las personas jurídicas están reguladas por el Código Civil paraguayo, desde el Art. 91 al Art. 131, dentro de la cual se tiene a las fundaciones. La sociedad se halla regulada en otro apartado, desde el Art. 959 al Art. 1201. La Universidad está regulada por Ley 136/93 “De Universidades” y su modificatoria Ley 2529/04.-

Incluso, podría montarse y administrarse una sociedad, fundación o universidad con fondos que serían fruto de actos de corrupción pública sin vulnerar, aparentemente, la ley.

En tales supuestos, con los datos obrantes en los Registros Públicos se podría conocer los datos de los socios, fundadores, propietarios o directivos o representantes de dichas personas jurídicas, investigar su crecimiento en un período determinado, sus dividendos o ganancias, en síntesis sus movimientos contables a fin de conocer el origen de sus activos.

Por el principio de la partida doble, todo “debe” se corresponde con el “haber”, de ahí que, si existen bienes de valor considerable que no han sido aportados por los socios o fueron donados, su origen debe ser investigado, ya que no sólo debe justificarse el egreso de un bien del patrimonio de la sociedad, fundación o universidad, sino que se ha vuelto necesario justificar el origen de un bien dentro del patrimonio de la sociedad, fundación o universidad, a fin de prevenir el ingreso de un activo de origen ilegítimo³⁸.

Transferencia a título gratuito: entre los actos jurídicos típicos de este grupo se hallan: la donación³⁹, la herencia⁴⁰ y el legado⁴¹. Cada instituto merece una breve referencia de forma separada para su mayor comprensión.

El contrato de donación, exige una formalidad mínima que puede ser conocida por terceros a través del Registro Público⁴². Pero no siempre los actos se registran, de ahí que estos permanecen encubiertos. La donación entre cónyuges está expresamente prohibida por nuestra legislación civil, sin embargo, pueden transferirse la propiedad por donación a un familiar o extraños (tercero), pero seguir “el donante” en la posesión del bien.

Continuar con el uso y goce del bien es un indicio importante pero no determinante, como se dijo anteriormente, ya que este hecho debe estar apoyado por otros de los cuales resulte lógico suponer una seria sospecha de participación del funcionario

38. Al respecto, tanto la norma, doctrina y jurisprudencia española, alemana y portuguesa han reconocido la culpabilidad imputable a la Persona Jurídica con un matiz diferente al de la persona física, asimilándose al Derecho Administrativo, en cuanto a la medida de imposición de sanciones. Bajo Fernández, Miguel; Responsabilidad penal de las Empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto; Biblioteca de Derecho Penal; Coordinadores: Santiago Mir Puig y José Bosch; 1996; Barcelona – España; Edición JMBosch; ISBN: 84-7698-403-0; p.26.-

39. Regulado por el Código Civil paraguayo, desde el Art. 1202 al Art. 1241.-

40. Regulado por el Código Civil paraguayo, desde el Art. 2608 al Art. 2710.-

41. Regulado por el Código Civil paraguayo, desde el Art. 2711 al Art. 2809.-

42.. Al respecto, debe centralizarse en una base de datos lo referente a propiedades, sociedades, poderes, demás actos jurídicos que usualmente sean utilizados por funcionarios públicos para enmascarar los bienes frutos de actos de corrupción pública. Un buen sistema de registro ayudaría a conocer los movimientos de cada funcionario público y a través de un sistema de contador informatizado, a partir de determinadas diferencias en el patrimonio, avisaría a los fines de la investigación administrativa como primera medida, en este caso, por la Contraloría General de la República.-

público en un acto de corrupción.

El recupero de activos sería procedente en todos los casos de disposición por donación, ya que al no existir contraprestación, el beneficiario que ha recibido la donación del bien no sufre una alteración de su patrimonio, ya que las cosas vuelven al estado anterior a la donación, con la única diferencia en cuanto a la percepción de frutos a la cual se hizo referencia en puntos anteriores.

En cambio, si quien recibió la donación ha transferido o cedido los bienes recibidos a otro, si éste lo ha recibido de buena o de mala fe y si fue a título oneroso o gratuito sería determinante a los fines de la recuperación de activos, ya que una cadena de transferencias por donación sólo representaría la devolución de los frutos al poseedor de buena fe.

En el caso de que el donador de buena fe haya transferido el bien a otro de buena fe a título oneroso, la recuperación de activo no puede proceder, en razón de que se violarían principios de proporcionalidad, al causar una afectación al patrimonio de quien ha recibido la cosa o el derecho con la convicción de su origen legítimo.

La transmisión del bien por causa de muerte es automática y opera desde el mismo instante del fallecimiento del causante sin que exista declaración expresa en dicho sentido, pasando los bienes a los herederos. La herencia no legitima los bienes frutos de actos de corrupción, porque el origen del bien no se subsana con la muerte del funcionario público o de su presta-nombre.

El bien ilegítimo desde su origen no deja de serlo aún por causa de la sucesión, simplemente que la recuperación se limita al plazo estipulado para la usucapión, pues el Código Civil presume la buena fe de los herederos salvo prueba en contrario.

En cuanto al legado, este representa un beneficio recibido unilateralmente de parte de un testador, quien en su liberalidad transmite la propiedad de bienes a otro llamado legatario. Ante tales características, podría ser utilizado por el funcionario público como una manera de lavar activos o de dificultar su recuperación. Pero esta situación se halla limitada por el propio Código Civil, al disponer, como cláusula de orden público, la revocación de legado ante una disposición del legatario sea a título oneroso o gratuito, por lo que su recuperación sería menos difícil que en el caso de la donación.

Transferencia a título oneroso: dentro de este grupo, se halla el contrato y específicamente el contrato de compraventa⁴³. A diferencia de los anteriores actos jurídicos, este tipo de contrato exige una contraprestación sea en cosa o en dinero u otro derecho de carácter patrimonial.

Esta característica facilita que la operación pueda ser rastreada y el dinero pueda ser

43. Regulado por el Código Civil paraguayo, desde el Art. 737 al Art. 802.-

recuperado, sea mediante el seguimiento del movimiento de cuentas, de bienes o de la posesión del funcionario público.

Incluso cuando el funcionario público haya transferido a un tercero y este lo haya inscripto como bien de familia, el bien resulta recuperable en razón de que, al existir una obligación cumplida, esta puede retrotraerse al momento de la celebración del contrato.

Fideicomiso: El Art.1 de la ley 921/96 “de negocios fiduciarios” entiende por negocio fiduciario “una persona llamada fiduciante, fideicomitente o constituyente, que entrega a otra, llamada fiduciario, uno o más bienes especificados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta los administre o enajene y cumpla con ellos una determinada finalidad, bien sea en provecho de aquélla misma o de un tercero llamado fideicomisario o beneficiario. El negocio fiduciario que conlleve la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos se denominará fideicomiso; en caso contrario, se denominará encargo fiduciario. El negocio fiduciario por ningún motivo podrá servir de instrumento para realizar actos o contratos que no pueda celebrar directamente el fideicomitente de acuerdo con la ley”.

Este contrato de carácter comercial podría ser utilizado por el funcionario público a fin de ocultar los bienes fruto de actos de corrupción, ya que quien administra y figura como propietario o representante es un tercero. Los bienes de inversión que provengan de funcionarios públicos podrían ser entregados a una persona jurídica para que esta los administre, en cuyo caso, sería necesario ampliar el espectro de investigación para poder llegar al fideicomitente o beneficiario o al tercero a los fines de la recuperación de activos.

5. Herramientas procesales para la recuperación efectiva de activos del poder de terceros en nuestra legislación

5.1. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁴⁴

La recuperación de activos es el núcleo central de la Convención, estableciendo la asistencia jurídica mutua entre los Estados Parte, a fin de llevar a la práctica dicha figura. La aplicación de la acción de recupero se inicia primeramente desde la fase preventiva, es decir, a través de medidas que permitan conocer el origen de los bienes, en especial aquellos depositados en entidades financieras y bancarias, su destino y quien los envía y recibe.

En un segundo momento, se refiere a la acción de restitución de bienes al Estado, a través de un mecanismo directo, estableciendo los parámetros dentro de los cuales la acción de recupero debe ser ejecutada: acción civil, embargo preventivo, incautación de bienes, determinación del titular del bien adquirido por acto de corrupción

44. Aprobado y ratificado por Ley 2535, regula la figura del recupero de activos en todo el Capítulo V, que abarca desde el Art. 51 hasta el Art. 59.-

pública, indemnización al Estado, decomiso, reconocer a otro Estado Parte como sujeto legitimado a promover la acción.

En un tercer momento involucra la cooperación internacional como herramienta de apoyo mutuo entre los Estados Parte a los fines del recupero de activos, teniendo en cuenta los derechos de terceros de buena fe, excluyendo a los de mala fe, en cuyo caso, la petición internacional para iniciar la acción de recupero no podrá ser rechazada.

5.2. Convención Interamericana contra la Corrupción⁴⁵

Si bien el concepto de recupero de activos no era todavía adoptado, se declaran otras figuras análogas como: el comiso, la confiscación, la identificación, el rastreo, la inmovilización, de los bienes obtenidos o derivados de los delitos previstos como actos de corrupción por la Convención, sea que se trate dentro del territorio de un Estado parte o fuera de él, para lo cual se recurrirá a la asistencia jurídica internacional.

- Dificultad: Ambas Convenciones aportan medidas que deben ser tenidas en cuenta al momento de modificar la legislación paraguaya a fin de poder cumplir a cabalidad con el fin propuesto y llegar a adoptar la figura del recupero de activos como herramienta clave para la lucha contra la corrupción pública.

En una parte de la Convención Interamericana se habla de confiscación, pero dicha medida fue suprimida por nuestra Constitución en 1992, de lo que se deduce que dicha figura no puede ser adoptada en el país⁴⁶.

5.3. Medidas civiles⁴⁷: se denominan a aquellas figuras accesorias reguladas por el Código Procesal Civil que tienen por finalidad garantizar la eficacia de la sentencia definitiva originada de un proceso civil principal ya que nacen antes o al inicio de la demanda y pueden continuar hasta la efectiva ejecución.

Embargo⁴⁸: es una medida cautelar que garantiza la efectividad del resultado de la sentencia dictada en un proceso civil, ya que impide que el demandado continúe disponiendo de su patrimonio y asegura el objeto de la litis.

La procedencia del embargo está limitada taxativamente a través de los llamados bienes inembargables, así, los llamados bienes de familia no serán objeto de em-

45. Aprobado y ratificado por Ley 977, regula la figura del recupero de activos en el Art. 15.-

46. Art. 20 de la CN: "Del objeto de las penas. Las penas privativas de libertad tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad. Quedan proscriptas la pena de confiscación de bienes y la de destierro".-

47. Regulado por el Código Procesal Civil paraguayo, desde el Art. 691 al Art. 730 (Medidas Cautelares dentro del proceso civil).-

48. Regulado por el Código Procesal Civil paraguayo, desde el Art. 450 al 457 (embargo en el juicio ejecutivo); desde el Art. 707 al Art. 717 (embargo preventivo).-

bargo, ni el salario, ni honorario, en un porcentaje mayor a veinticinco; ni el sepulcro, ni los créditos por pensión alimentaria, ni los bienes y rentas del Estado, ni las reservas monetarias del Banco Central del Paraguay⁴⁹.

Inhibición general de enajenar y gravar⁵⁰: es una medida cautelar que procede en los casos establecidos para el embargo cuando no exista posibilidad de especificar los bienes del deudor o por no existir bienes suficientes para cubrir el monto reclamado.

La inhibición surtirá efectos desde su inscripción en el registro respectivo y podrá ser levantado con la presentación a embargo de bienes suficientes por parte del deudor.

Anotación de litis⁵¹: procede como medida cautelar en los casos que el objeto de la demanda se refiera al derecho de propiedad u otro derecho real o acciones referente a estos, que aparezca verosímil ante el juez y la sentencia haya de ser opuesta a terceros.

Secuestro⁵²: es una medida cautelar que busca garantizar la cosa, sea esta bienes muebles o semovientes, a través de su guarda y custodia, en un lugar determinado o a cargo de un depositario.

Esta medida puede combinarse con otras, como sucede con el embargo cuando éste no asegure por sí sólo el derecho invocado por el accionante.-

Prohibición de innovar y contratar⁵³: medida cautelar que busca preservar la situación de hecho y de derecho en el mismo estado que se encuentra al momento de la promoción de la acción civil, si existiera la posibilidad de que alguna modificación en los mismos influiría en la eficacia de la sentencia o tornaría imposible su cumplimiento. Asimismo, cuando la cautela no pudiera obtenerse por medio de otra medida precautoria.

En los casos de prohibición de contratar, debe determinarse los bienes que no podrán ser objeto de contrato.

Dificultad: estas medidas cautelares exigen la preexistencia de una acción civil ya promovida o a promoverse, por lo que actualmente no son aplicables a los fines del recupero de activos, si bien alguna de ellas podríamos adaptarlas para lograr

49. Igualmente, el Código Civil Argentino, en el Art. 219 dice: "No se trabará nunca embargo: 1) En el lecho cotidiano del deudor, de su mujer e hijos, en las ropas y muebles de su indispensable uso, ni en los instrumentos necesarios para la profesión, arte u oficio que ejerza. 2) Sobre los sepulcros, salvo que el crédito corresponda a su precio de venta, construcción o suministro de materiales. 3) En los demás bienes exceptuados de embargo por ley. Ningún otro bien quedará exceptuado".<http://enciclopedia.us.es/index.php>, 29 de octubre de 2010.-

50. Regulado por el Código Procesal Civil paraguayo, desde el Art. 718 al Art. 720.-

51. Regulado por el Código Procesal Civil paraguayo, desde el Art. 723 al Art. 724.-

52. Regulado por el Código Procesal Civil paraguayo, desde el Art. 721 al Art. 722.-

53. Regulado por el Código Procesal Civil paraguayo, desde el Art. 725 al Art. 726.-

recuperar los bienes pertenecientes al Estado, como el embargo y la prohibición de enajenar y gravar bienes.

5.4. Medidas penales: son aquellas previstas en el Código Penal de fondo y de forma, que proceden en determinados casos como resultado de una resolución judicial durante la etapa preparatoria y preliminar -primer caso- o de una sentencia definitiva dictada como resultado de un proceso penal -segundo caso-. En el primer caso, sería análogo a un desapoderamiento y en el segundo caso, no puede dictarse antes de resolverse la causa principal.

Comiso⁵⁴: “esta figura accesoria no la podemos incluir entre las habituales derivaciones o consecuencias jurídicas del hecho punible, porque ni constituye una medida restauradora de daños y perjuicios, ni es una pena y tampoco es una medida de seguridad. No es una pena porque no tiene proporción ni con la gravedad del hecho punible ni con la reprochabilidad del autor, ... tampoco es una medida de seguridad porque no se sustenta en la peligrosidad del autor”⁵⁵.

Se refiere a los instrumentos de delito como a los objetos independientes de este. En el primer caso, se denomina decomiso in personam, porque está dirigida contra la persona del condenado, necesariamente debe ser regulada dentro de un proceso penal. En el segundo caso, se denomina in rem, ya que no importa quien es el propietario o poseedor y opera exclusivamente con relación al origen de los bienes, acción real, con independencia del proceso penal⁵⁶.

El sistema adoptado por el derecho penal paraguayo es el decomiso in personam y procede contra terceros, pero a cambio de una indemnización por parte del Estado, en dinero en efectivo, de acuerdo al valor de la cosa decomisada⁵⁷.

En el derecho penal español, en concordancia con la Convención de Viena de 1988 y el Convenio Europeo de 1990, establece en el Art. 127: “Toda pena que se impon-

54. Regulado por el Código Penal paraguayo, desde el Art. 86 al Art. 89. Código Penal alemán: “§ 73. Presupuestos del comiso (1) Si se ha cometido un hecho antijurídico y el autor o partícipe han obtenido para sí algo por el hecho, entonces el tribunal ordenará su comiso. Esto no es aplicable, en cuanto que al lesionado le resulte del hecho una pretensión, cuyo cumplimiento le sustraería el valor de lo logrado por el hecho al autor o al partícipe. (2) La orden de comiso se aplica a la utilización extraída. Ella puede extenderse a los objetos que el autor o partícipe ha adquirido a través de la enajenación de un objeto obtenido o como sustitución por su destrucción, daño o confiscación o en razón de un derecho obtenido (3) Si el autor o partícipe ha actuado para otro y ha obtenido por ello algo, entonces se expide la orden de comiso contra él de acuerdo con el inciso primero. (4) También se ordenará el comiso de un objeto cuando pertenece o corresponde a un tercero al que le fue concedido por el hecho o de otro modo en conocimiento de las circunstancias del hecho”.-

55. Código Penal Paraguayo; Idem p. 8; p. 314.-

56. Recuperación de activos de la corrupción; op.cit. p.4.-

57. Al respecto, el comentario de Miguel López Cabral del Art. 89; “La indemnización es aquella compensación procedente y proporcionada que en dinero en efectivo entrega el Estado a los terceros, que fueron desposeídos en su propiedad o siendo titulares de derechos sobre el objeto y fueron perjudicados por una resolución firme de comiso o inutilización, siempre que no sean pasibles de sanción penal por otro motivo que tenga vínculo con el hecho circunstancia que implica la buena fe del tercero”; Código Penal Paraguayo; idem; p. 318.-

ga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se haya ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar".⁵⁸

Privación de beneficios⁵⁹: Si el comiso de la cosa no fuere posible, la norma autoriza al comiso del valor del objeto que se halla dentro del patrimonio del sujeto sometido a proceso penal, independiente de su reproche, ya que basta que se trate de un injusto penal. No procede contra terceros que no sean participantes ni beneficiarios⁶⁰.

La mayoría de los países, tanto de tradición continental como de tradición anglosajona permiten el comiso y la privación de beneficios, "aunque el decomiso basado en el valor es una alternativa subsidiaria, que opera únicamente cuando el producto del delito no puede ser rastreado⁶¹". La privación de beneficios es denominado comiso especial o decomiso del valor sustitutivo.

Secuestro⁶²: Será ordenado por resolución judicial como consecuencia de un proceso penal formado. Los objetos secuestrados serán llevados del poder de quien los posea hasta el depósito a disposición del tribunal o en los lugares especialmente destinados para ello, a disposición del juez.

Los objetos secuestrados deben ser devueltos en el menor tiempo posible, sea de forma definitiva o provisoria (depositario judicial), toda vez que no sea un objeto sometido a comiso, restitución o embargo.

El secuestro es dispuesto por motivos de eficacia, es decir, con el fin de asegurar el resultado de la investigación, a fin de evitar la desaparición, pérdida o destrucción de la cosa, ya sea por conducta humana, caso fortuito o fuerza mayor⁶³.

58. Díaz-Maroto y Villarejo, Julio; El blanqueo de capitales en el Derecho Español; Cuaderno N°8 Luis Jiménez de Asúa; Colección dirigida por Manuel Jaén Vallejo, Emilio Moreno y Bravo y María Luisa Silva Castaño; Editorial Dykinson; Madrid – España; 1999; ISBN: 84-8155-511-8; ps. 41 y 42.-

59. Regulado por el Código Penal paraguayo, desde el Art. 90 al Art. 95. Código Penal alemán: "§74e. Confiscación del valor sustitutivo: (1) Si el autor o participe antes de la decisión sobre la confiscación ha explotado de manera especial enajenando o consumiendo o haya impedido de otra manera la confiscación del objeto, que le pertenecía o correspondía en el momento del hecho y cuya confiscación podría haber sido impuesta, entonces el tribunal puede ordenar la confiscación de una suma de dinero contra el autor o participe hasta el monto que corresponda al valor del objeto. (2) El tribunal puede impartir esa orden también junto con o en lugar de la confiscación de un objeto cuando el objeto haya sido afectado por el autor o participe, antes de la decisión de confiscación, con derecho de un tercero cuya extinción no pueda ordenarse sin reparación o en los casos de confiscación podría no ordenarse (§ 74e inciso segundo y § 74f.) Si el tribunal impone la orden junto con la confiscación entonces calculará el precio del valor sustitutivo de acuerdo con el valor de la afectación del objeto. (3) El valor del objeto y de su afectación pueden ser tasados. (4) Para la concesión de facilidades de pago rige el § 42".-

60. Código Penal Paraguayo; Idem p. 8; p. 320.-

61. Recuperación de activos de la corrupción; op. cit. p. 14.-

62. Regulado por el Código Procesal Penal, desde el Art. 194 hasta el Art. 197.-

Dificultad: El primer escollo con que se tropieza es el tiempo, siendo el comiso y la privación de beneficios una medida relacionada al proceso penal que nace de una sentencia definitiva dictada en el marco de un proceso penal, en el cual basta la existencia del hecho punible para su aplicación. Al dictarse la orden de comiso, la sentencia tendrá efecto de inhibición de gravar y vender, habiendo transcurrido dos años aproximadamente hasta el momento de dictarse sentencia en un juicio oral y público, según el diseño de las etapas del proceso penal ordinario.

Los plazos en caso de actos de corrupción pública están directamente relacionado con su eficacia probatoria y se pretende la recuperación de activos, estas figuras no responden a las necesidades del Paraguay. Existiendo la intención por parte del autor de quedarse con los bienes frutos de actos de corrupción, no esperará hasta la sentencia definitiva para disponer de ellos o para ocultarlos, es más, tenemos casos que desde la propia comisión del acto corrupto, se puede iniciar una serie de transferencias y transmisiones a los fines de evitar el comiso o la privación de beneficios.

La segunda dificultad hace referencia al sujeto del proceso penal, se necesita de la presencia del participante para la ejecución del comiso o de la privación de beneficios, no proceden dichas figuras en ausencia o rebeldía del imputado. La tercera dificultad se refiere a que dichas figuras no proceden contra personas jurídicas que se beneficiaron de los bienes -como se ha señalado en apartados anteriores-, no procede contra los herederos del sindicado y por último, en general no procede contra terceros, sin hacer distinción entre aquellos de buena o de mala fe, incluyendo a ambos dentro de la indemnización estatal y de la protección de no procedencia del comiso especial⁶⁴.

Con respecto al secuestro, es una medida de urgencia que consiste en el desapoderamiento de la cosa, pero no como consecuencia directa del hecho punible, sino previendo su comiso, inutilización, restitución o embargo que no abarca derechos patrimoniales como cuentas bancarias, acciones, inmuebles, entre otros, bienes que no son susceptibles de posesión corporal.

63. Código Procesal Penal. Concordado, comentado y comparado. Realizado por Miguel Oscar López Cabral. Editora La Ley. Asunción paraguay. Año 2004. ISBN: 99925-896-2-0; p. 232.-

64. "En cambio, si el decomiso del producto del delito es regulado como una acción in rem, podría ser sometido a los estándares probatorios y a los principios que rigen los procedimientos administrativos o civiles. Concretamente, la distribución de la carga de la prueba sería más favorable al Estado, el decomiso podría ser aplicado por una autoridad diferente de un tribunal de justicia, procedería contra personas jurídicas con independencia de su responsabilidad penal, no dependería de la presencia del imputado en juicio, procedería contra herederos, etcétera. Para evitar algunos de los problemas asociados al decomiso en poder de terceros, prácticamente todos los países admiten el decomiso "basado en el valor" o sustitutivo. A diferencia del decomiso "objetivo", que constituye una transferencia de la propiedad de origen ilícito al Estado, el decomiso "del valor equivalente" consiste en una obligación de pagar determinada cantidad de dinero al Estado por parte de quien se enriqueció ilícitamente. La orden se dirige a la persona condenada por el delito, es decir, que el modelo opera in personam". Recuperación de activos de la corrupción; idem.

6. Recupero de activos como acción independiente al proceso penal

6.1. Acción in rem

Es una acción real de carácter civil, llamada decomiso civil, que se dirige contra los bienes sospechosos de ser frutos de actos de corrupción pública, sea que estén en poder de persona físicas o jurídicas, independiente de si se trata del funcionario público, de sus familiares o de terceros, ello porque no se discute la reprochabilidad del demandado, sino el origen de los bienes, regulado por principios probatorios del fuero civil o administrativo.

“El fundamento de estas acciones es que el decomiso civil persigue evitar que quienes se enriquecen por medios ilícitos puedan convertirse en modelos sociales, es decir que detrás de estos procedimientos existe la idea de construir sociedades meritocráticas... por lo tanto, son herramientas prácticas para lidiar con testaferros y vehículos corporativos registrados en jurisdicciones offshore⁶⁵”.

El mayor problema es la persecución del bien en poder de terceros, sin afectar el principio de protección de los derechos de terceros de buena fe. Ante tal dificultad, las recomendaciones del Consejo de Europa dirigida a sus Estados miembros resultan esclarecedores: “Estudiar además la posibilidad de adoptar las medidas necesarias que le permitan proceder, conforme a las condiciones fijadas en los apartados 1 y 2, al decomiso, total o parcial, de bienes adquiridos por los allegados de la persona de que se trate y de bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona de que se trate ejerza un control efectivo individualmente o junto con sus allegados. La misma regla será de aplicación si la persona interesada recibe una parte considerable de los ingresos de la persona jurídica⁶⁶”.

El problema que debería resolverse en el ámbito legislativo sería el alcance y los límites para la procedencia y efectos de la acción in rem, ya que no puede admitirse

65. “Conceptualmente, una “jurisdicción offshore” es un territorio con un régimen económico más favorable para las personas físicas y/o jurídicas que no residen en ese territorio. La flexibilidad de los beneficios económicos puede variar, pero usualmente combina beneficios impositivos con facilidades para el registro de vehículos corporativos y leyes que protegen muy estrictamente la información bancaria, financiera, bursátil y societaria”. Este sistema bancario liberal facilita el lavado de activos, ya que los gobiernos sobreprotegen el secreto bancario, en abierta violación a la Convención de Viena de 1988, que en su Art. 7, inc. 5 establece: “Las partes no invocarán el secreto bancario para negarse a brindar asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo”. Es famoso el caso de Mark Rich, en el cual un juez estadounidense ordenó a una filial de Nueva York de la empresa “X” que presentara al tribunal una serie de documentos que estaban en poder de la filial suiza de la empresa, imponiéndole una multa diaria de USD 50.000 por cada día de incumplimiento. Antes de que la filial suiza entregara los documentos, el Gobierno suizo reaccionó invocando una trasgresión a su soberanía y ordenó el secuestro de los documentos, impidiendo de ese modo la entrega de los mismos a la Corte estadounidense la República Argentina, el Centro de Investigación y Prevención de la Criminalidad Económica elaboró un proyecto de ley que contiene una acción de las llamadas in rem. Recuperación de activos de la corrupción; op.cit. p. 2.-

66. Recuperación de activos de la corrupción; op. cit. p. 14.

que el derecho civil resuelva cuestiones que hacen al origen ilegítimo de un bien, más allá que el análisis de justificación de los bienes, análogo a la figura del enriquecimiento sin causa⁶⁷.

Toda norma referida a incluir a terceros, debe someterse a una regla limitada llamada teoría del “control” que permite el decomiso civil de bienes “bajo el control” del funcionario público sospechoso de ser participante de un acto de corrupción pública, aún cuando estén en poder de terceros, si durante el proceso de decomiso civil puede probarse que el tercero conocía o debió conocer el origen del bien o que fue negligente al momento de su adquisición⁶⁸.

Respecto de la procedencia de la acción in rem se deberían admitir excepciones al derecho de los terceros de buena fe, permitiendo recuperar los bienes que han sido transferidos a título gratuito o sin una remuneración adecuada. El fundamento de esta regla surge de la prelación del interés general sobre el particular plasmado en que los intereses de la política de restituir al Estado el producto del acto de corrupción supera los de proteger a quienes recibieron los bienes sin contraprestación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de fallos constantes y uniformes, sostiene la compatibilidad del decomiso de bienes en poder de terceros, con procedimientos civiles, limitando la protección de los terceros con las garantías de los derechos civiles en general y de la propiedad privada en particular. Esto incluye el derecho a ser informado sobre cómo recurrir las decisiones que afectan a los derechos; el derecho a intervenir en el procedimiento, aunque la medida en cuestión esté siendo o haya sido tomada; el derecho a ser oído ante el tribunal que tomará o ha tomado la decisión, y el derecho a ser representado legalmente⁶⁹.

6.2. Extinción del dominio

Actualmente es una de las variantes más importante de la acción in rem. Se originó en la Constitución de la República de Colombia de 1936 y actualmente regulada por la ley 793⁷⁰. Nace como respuesta estatal a los problemas de legitimar bienes frutos de actos de corrupción pública y de otros hechos ilegítimos, bajo la protección de la

67. Art. 1817 C.C.: “El que se enriquece sin causa en daño de otro está obligado, en la medida de su enriquecimiento, a indemnizar al perjudicado la correlativa disminución de su patrimonio. Cuando el enriquecimiento consiste en la adquisición de un cosa cierta, corresponderá la restitución en especie, si existe al tiempo de la demanda”.

68. Recuperación de activos de la corrupción; op. cit. p. 14.-

69. Idem.-

propiedad privada, la cual no es absoluta, ya que el Estado está obligado a proteger solamente la propiedad privada adquirida legítimamente⁷¹.

La extinción del dominio consiste en la pérdida del derecho de propiedad sobre un bien determinado adquirido ilegítimamente tratándose de una persona física o jurídica, a favor del Estado, sin ninguna contraprestación económica para quien ostentaba la calidad de titular⁷².

La extinción del dominio no debe confundirse con la confiscación, se diferencia de ésta en dos puntos centrales:

- 1.- No es impuesta como una sanción penal, ni tiene naturaleza punitiva;
- 2.- Su procedencia se centra en el origen ilegítimo de los bienes.

No se trata de expropiación de bienes, que en realidad es un negocio jurídico impuesto por el Estado⁷³.

Esta acción puede presentar problemas de interpretación, pues desde el punto de vista conceptual, la extinción de dominio se refiere a un derecho de propiedad que existió y que se da por terminado por una causa de ilegitimidad de origen. Sin embargo, el derecho de propiedad no puede extinguirse porque no existe tal derecho, ya que el titular del bien -en los casos de actos de corrupción pública- es el Estado, que no pierde su calidad de tal, aún cuando los bienes hayan salido de su patrimonio, salvo la protección de terceros de buena fe.

Ahora bien, esta acción no procedería contra los simples poseedores, tenedores o detentadores, sean estos de buena o de mala fe, ya que no ejercen ningún derecho dominial.

6.3- Recupero de activos a través de la acción de reivindicación

70. Varios países latinoamericanos se encuentran adaptando sus legislaciones, así la meta 14 de la estrategia contra el lavado de activos de 2005 de Brasil fue la elaboración de un proyecto de ley de extinción del dominio, actualmente en discusión parlamentaria. En marzo de 2008, un proyecto apoyado por la Procuraduría del Estado, la Fiscalía, el Ministerio de Justicia, el Tribunal Constitucional y la Secretaría Nacional Anticorrupción, entre otros, fue presentado a la Asamblea Constituyente con una propuesta de extinción del dominio para bienes vinculados con hechos de corrupción, narcotráfico y otras actividades ilícitas. En Panamá, a fin de 2006, el Ministerio Público presentó un anteproyecto de extinción del dominio para hechos de enriquecimiento ilícito, lavado de dinero, secuestro, extorsión y proxenetismo. En marzo de 2007, el presidente mexicano Felipe Calderón Hinojosa presentó un proyecto de ley estableciendo un régimen de extinción del dominio. Recuperación de activos de la corrupción; op.cit. p.4.-

71. Mora Rodas, Nelson Alcides; Delincuencia Internacional Organizada; Drogas; Narcocontráfico; Espacio judicial común; Editora Intercontinental; Asunción – Paraguay; 2000; ISBN 99925-41-81-6; p. 41.-

72. Mora Rodas, Nelson; Idem p. 20; p. 42.-

73. Mora Rodas, Nelson; Idem p. 20; p.42.-

Se ha expuesto a lo largo de este trabajo distintas herramientas que pueden ser adoptadas para lograr la restitución de bienes fruto de actos de corrupción, algunas podrían resultar ser más eficaces que otras, pero ninguna de ellas resuelve todos los casos que podrían plantearse durante el proceso del recupero.

En esta tesitura, la acción de reivindicación es la pieza que completa la acción in rem. Se entiende por reivindicación "...el derecho de propietario desposeído de hacer valer contra todo detentador su derecho de propiedad para obtener la restitución de la cosa que le fue quitada⁷⁴". El Código Civil paraguayo en el Art. 2409 amplía el espectro de bienes que pueden reivindicarse: "... las cosas muebles o inmuebles, y los títulos de créditos que no fueren al portador, aunque hayan sido endosados sin transferencia de dominio, mientras permanezcan en poder del simple tenedor".

Este es el concepto que se debe tener presente para hacer efectiva la recuperación de activos del poder de los poseedores. El Estado como titular del bien está legitimado a iniciar la acción y puede promoverse incluso contra los terceros sean estos de buena o de mala fe.

Pero, deben sopesarse las dificultades para su eficacia empírica:

- 1- la determinación del objeto que debe reivindicarse: el beneficio patrimonial vs. perjuicio patrimonial;
- 2- la reivindicación no procede contra universalidades de bienes, sino solo de cosas⁷⁵
- 3- el procedimiento civil regulado para resolver la acción de reivindicación es el de conocimiento ordinario⁷⁶, el cual lleva más años que la duración del proceso penal⁷⁷.

En este razonamiento, la acción de reivindicación tal y como se regula en materia civil no es aplicable a los fines del recupero de activos, pero si se recurre al origen

74. Petti, Eugene; Idem; p. 640.-

75. Art. 2410 del C.C.

76. Regulado por el C.P.C. del Art. 207 al Art. 385.-

77. Un juicio civil ordinario en promedio duraría 5 años aproximadamente, teniendo presente la forma del juicio y los plazos, mientras que el proceso penal dura hasta cuatro años, según el Art. 136 del C.P.P.-

romano de la figura, es posible su regulación mediante el procedimiento civil especial sumario, el cual es más sencillo y rápido⁷⁸.

La acción así concebida sería de naturaleza mixta -civil y penal- ya que tendría dos etapas: la primera, de investigación preliminar y la segunda, el ejercicio de la acción ante tribunales civiles.

Primera etapa: el punto de partida será el funcionario público sospechoso de haber participado de un acto de corrupción pública, a través de sus bienes, sus relaciones, su nivel de vida (incluyendo sitios que frecuenta, tecnologías a las que tiene acceso, etc.), así como su desempeño en la función pública durante un período determinado.

La Contraloría General de la República del Paraguay sería la institución originaria de investigación en estudio de comparación⁷⁹. Ante la sospecha de disminución patrimonial para el Estado y aumento del patrimonio o nivel de vida del funcionario o de sus familiares debe iniciarse la investigación centrándose en el origen de los bienes y su destino, no en la persona.

El Ministerio Público será el órgano que promoverá la acción penal pública⁸⁰ a fin de investigar el hecho punible en primer término y la reprochabilidad del supuesto participante como segundo término.

La investigación del hecho se dividirá en dos aristas: el proceso penal y el proceso civil. En el proceso penal se investigará y discutirá la existencia del hecho punible y la participación del funcionario público u otra persona en el mismo y las pruebas deberán referirse a ambos aspectos. Existiendo un acto de corrupción que causó un

78. Art. 683 C.P.C.: Condiciones y trámite. "En los casos que la ley remita al proceso sumario la solución de un conflicto, o que por la naturaleza de la cuestión resultare evidente que deba tramitarse de ese modo, y siempre que no se halle previsto un procedimiento especial, se aplicarán las reglas del proceso de conocimiento ordinario, con las siguientes modificaciones: a-) el plazo para contestar la demanda o la reconvencción será de nueve días y el plazo de prueba no excederá de veinte días; b-) será admisible la reconvencción, si se cumplieren los requisitos establecidos por el artículo 238, incisos a y b; c-) al deducir la demanda deberá acompañarse la prueba documental, en los términos del artículo 219 y ofrecerse las demás pruebas; d-) no procederá el plazo extraordinario de prueba ni la presentación de alegatos; e-) los testigos no podrán exceder de cinco por cada parte, sin perjuicio de la regla establecida por el artículo 318; f-) las excepciones dilatorias se opondrán conjuntamente con la contestación de la demanda, pero serán resueltas con carácter previo; y g-) el plazo para dictar sentencia será de veinte o treinta días, y para dictar autos interlocutorios, de cinco o diez días, según se trate de juez o tribunal".-

79. Art. 283 C.N. : "Son deberes y atribuciones del Contralor General de la República: 6-) la recepción de las declaraciones juradas de bienes de los funcionarios públicos, así como la formación de un registro de las mismas, y la producción de dictámenes sobre la correspondencia entre tales declaraciones, prestadas al asumir los respectivos cargos y las que los aludidos funcionarios formulen al cesar en ellos..."-

80. Art. 268 C.N.: "Son deberes y atribuciones del Ministerio Público: 2-) promover la acción penal pública para defender el patrimonio público y social, el ambiente y otros intereses difusos, así como los derechos de los pueblos indígenas; 3-) ejercer la acción penal en los casos en que, para iniciarla o proseguirla, no fuese necesaria instancia de parte, sin perjuicio de que el juez o tribunal proceda de oficio, cuando lo determine la ley..."

perjuicio al patrimonio estatal, se iniciaría la investigación de seguimiento del bien, es decir, para llegar al poseedor actual del bien para reivindicarlo a través del proceso civil.

Segunda etapa: la promoción de la demanda ante los tribunales civiles contra el actual poseedor de la cosa a los fines del recupero de activos.

7. Derecho comparado

7.1. Argentina: Su legislación está abocada a defender la tesis del inicio preventivo de la acción de recupero de activos ante la sospecha de su origen ilegítimo, no basta la medida de prohibición de disponer de esos fondos por esta razón, debe desprenderse de la acción penal, ser independiente de ella⁸¹. Está actualmente en estudio el proyecto de ley sobre recuperación de activos incautados, el cual dice: "Artículo 1. Incorpórese al Libro Primero, Título II del Código Penal el siguiente artículo: Art. 23 bis. En los casos de delitos cometidos contra la administración pública o en aquellos delitos vinculados a la criminalidad económica, al narcotráfico o al crimen organizado, la simple comprobación del origen ilícito de los bienes o del hecho material al que están vinculados, el reconocimiento del imputado sobre el origen ilícito de ellos o cuando los bienes incautados sean de ilícita posesión, comercio, lavado de activos o provengan de actividades vinculadas a los hechos ilícitos señalados o de la venta de cosas o bienes de origen ilícito, procederá el decomiso. Para hacer efectivo el decomiso de los bienes señalados en este artículo, no será necesaria condena penal, sin perjuicio de la fundamentación de la resolución que lo disponga"⁸².

7.2. Brasil: tiene actualmente USD \$3000 mil millones bloqueados en el exterior. La mayor parte de esos recursos proviene de la evasión de divisas, corrupción, tráfico de drogas y crímenes contra el sistema financiero. El bloqueo de esos recursos es una de las herramientas más importantes en la lucha contra el lavado de dinero asociado a esos hechos punible. Pero la recuperación de esos recursos por parte del país de origen aún es un desafío porque, a pesar de estar bloqueado en el exterior, el dinero rinde y puede ser prestado para fomentar el crédito en el país donde se encuentra. De ahí la importancia de involucrar a las Naciones Unidas en el convencimiento de los países a repatriar esos recursos. Desde que fue instituido, el Departamento de Recuperación de Activos y Cooperación Jurídica Internacional de Brasil ha logrado repatriar apenas USD 2,6 millones relativos al caso Banestado⁸³.

7.3. Perú: No contaba con legislación en materia de recupero de activos hasta el caso de Montesinos y Fujimori, en el cual se han recuperado USD 175 millones de

81. Apuntes de la Conferencia de Derecho Penal Económico "La persecución penal de la criminalidad económica"; op. cit. p. 3.-

82. Recuperación de activos de la corrupción; op. cit. p. 14.-

83. Manifestaciones del secretario nacional de Justicia de la República Federativa del Brasil, Pedro Vieira Abramovay, en la entrevista concedida al diario "O Estado de São Paulo", el 10 de agosto de 2010. <http://www.google.com>, 29 de octubre de 2010.-

tres jurisdicciones distintas en menos de tres años. Pasó desde una reforma constitucional hasta la creación de la Procuraduría Anticorrupción. La mayor parte de los activos recuperados por Perú se relaciona ya sea con sobornos obtenidos en dos contratos de armamento con Bielorusia y Rusia, o con dinero malversado del Fondo de Pensiones militares. Perú tiene una enorme oportunidad de utilizar las nuevas vías establecidas en la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la corrupción, para recuperar el producto de la gran corrupción política que sufrió durante la década del 90⁸⁴.

7.4. Estados Unidos: En los Estados Unidos, es posible iniciar acciones de decomiso civil contra bienes que se sospechen provenientes de cualquier delito procedente del lavado de activos. Estas acciones pueden ser judiciales o administrativas, dependiendo del monto involucrado, del tipo de propiedad y de si alguien responde a la demanda de decomiso. El decomiso civil está regulado en el título 18 del United State Code, a partir de la sección 981.

La Civil Asset Forfeiture Reform Act (2000) reguló el procedimiento en el cual los bienes de valor inferior a USD 500 000 pueden ser decomisados por una autoridad administrativa, sin intervención judicial. Sin embargo, los bienes inmuebles sólo pueden ser decomisados judicialmente aunque su valor sea inferior a USD 500 000, y los instrumentos monetarios pueden ser decomisados administrativamente aun cuando su valor exceda los USD 500 000. Además, si la demanda de decomiso es contestada, el procedimiento debe ser judicial.

La Proceeds of Crime Act de 2002 creó una “Agencia de Recuperación de Activos” –Asset Recovery Agency– con la finalidad de identificar bienes cuyos propietarios no aparezcan con ingresos legítimos suficientes para haberlos adquirido. La Sección V de esta ley otorgó al director de esta agencia el poder de iniciar procedimientos in rem ante la High Court, contra aquellos bienes sospechados de provenir de actividades ilícitas⁸⁵.

7.5. Colombia: La Constitución colombiana dispone: “No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social”. El precepto ha sido regulado a través de la extinción de dominio establecida en la ley 793/200280, definida como la pérdida del dominio a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular”.

Ley 793, art. 2. “Debe tenerse en cuenta que, quien adquiere un bien con el producto de una actividad ilícita, intentará deshacerse de él enajenándolo o permutándolo,

84. Recuperación de activos de la corrupción; op. cit. p. 14.-

85. Ídem.-

86. Ídem.-

87. Ídem.-

por cuya transacción recibirá un bien o recurso equivalente. En tales casos, aunque el bien salió de su dominio, lo recibido por dicha transacción puede ser objeto de extinción de dominio, dado que ningún amparo constitucional puede tener el provecho o ventaja obtenido de una actividad dolosa”, Corte Constitucional, sentencia C-740/03 .

7.6. Reino Unido: Desde 1986, las leyes contra el narcotráfico del Reino Unido establecieron un procedimiento de decomiso en el cual la determinación del producto del delito está sujeta a estándares de prueba de carácter civil, es decir que, con posterioridad a la condena penal. El Reino Unido estableció un sistema de decomiso civil, paralelo a los regímenes de decomiso penal; el decomiso civil está regulado como una deuda del individuo con la Corte, o con la agencia de recuperación de activos y, aunque está rodeado de ciertos incentivos para ejecutarla, ninguno de ellos vincula la deuda con la noción de “culpabilidad” del autor. Tampoco la deuda es sustituible por una pena de prisión en caso de incumplimiento .

8. Conclusiones

La Recuperación de Activos de bienes del poder de terceros resultará beneficioso al patrimonio del Estado y como fin último a los habitantes, debido a que dichos bienes fueron sustraídos ilegítimamente de las arcas estatales, influyendo en las inversiones del Estado, por lo que corresponde que estos bienes vuelvan a ingresar al patrimonio estatal por la vía del recupero de activos.

La adopción de esta figura dentro de la Legislación Nacional servirá a los fines de la prevención de los actos de corrupción realizados por funcionarios públicos y a consolidar la seguridad jurídica que atraerá inversores al Paraguay.

Es necesario iniciar un proceso de reforma legislativa, con la adopción de normas que permitan aplicar acciones que faciliten el recupero de activos que son fruto de actos de corrupción pública, así como de unificación de criterios, funciones y legislaciones vigentes, para lograr una interpretación sistemática del orden jurídico, atendiendo que son varias instituciones las que deben trabajar coordinadamente para obtener el resultado esperado.

En este sentido, la acción in rem es la herramienta más apropiada para lograr la recuperación de los bienes que han salido del patrimonio estatal por actos de corrupción pública. Esta respeta los derechos humanos al no juzgar la responsabilidad de la persona, sino que su objeto es el origen del bien.

Se debe mejorar el sistema de registro público, de base de datos de declaraciones juradas, de funcionarios públicos y demás datos que permitan realizar estudios comparativos entre el patrimonio estatal, el del funcionario público y su nivel de vida, fuentes para iniciar la investigación y posterior acción de restitución de bienes al Estado.

Se debe crear una agencia de recuperación de activos análoga a las existentes en otros países, se deben adoptar las buenas experiencias y adaptarlas a la realidad paraguaya iniciándose con un debate, estudio e investigación como puntos referenciales en este nuevo camino a recorrer.

El Paraguay está asumiendo un papel fundamental dentro de la esfera internacional al demostrar su voluntad de resolver el problema que representa la corrupción pública, pero precisa de toda la cooperación internacional para impulsar cambios profundos que no todos están dispuestos a permitir.

No debe olvidarse que el Paraguay está aún en un proceso de consolidación democrática, por lo que la corrupción en sus instituciones representa un peligro para el sistema democrático que afectaría al Mercosur y a la región americana, por esta razón la insistencia de cumplir con las disposiciones tanto de la Convención de las Naciones Unidas y de la Convención americana contra la corrupción se resumen en una figura: el recupero de activos.

1 - BAJO Fernández, Miguel; Responsabilidad penal de las Empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto; Biblioteca de Derecho Penal; Coordinadores: San-

Bibliografía

- tiago Mir Puig y José Bosch; Barcelona – España; Edición JMBosch; ISBN: 84-7698-403-0; Año 1996.-
- 2.- BORDA, Guillermo; Manual de Derechos Reales; 2da. Edición revisada y actualizada; Editorial Perrot; Buenos Aires – Argentina; Año 1991.-
- 3.- CÓDIGO Civil paraguayo.-
- 4.- CÓDIGO Penal Paraguayo; Comentado; Reseña histórica; Ius puniendi; Concordancias; Concordancias con el Código Penal Alemán; Realizado por Miguel Oscar López Cabral; Editora intercontinental; Asunción – Paraguay; ISBN: 99925-72-49-3; Año 2006.-
- 5.- CÓDIGO Procesal Civil.-
- 6.- CÓDIGO Procesal Penal.-
- 7.- Constituciones del Paraguay. Colección Legislación Paraguaya. Compilador: Miguel Ángel Pangrazio Ciancio. Editora Intercontinental. Año 2005. Asunción – Paraguay.-
- 8.- DÍAZ-Maroto y Villarejo, Julio; El blanqueo de capitales en el Derecho Español; Cuaderno N°8 Luis Jiménez de Asúa; Colección dirigida por Manuel Jaén Vallejo, Emilio Moreno y Bravo y María Luisa Silva Castaño; Editorial Dykinson; Madrid – España; ISBN: 84-8155-511-8; Año 1999.-
- 9.- Gran Enciclopedia Universal Espasa Calpe; Grupo Editorial Planeta S.A.I.C./ Espasa Calpe S.A.; Buenos Aires – Argentina. Año 2005. Tomos 25, 32 y 37.-
- 10.- GHRIRARDI, Juan Carlos y ALBA Crespo, Juan José; Manual de Derecho Romano; Ediciones Eudecor; Córdoba – Argentina; Año 1999.-
- 11- Leyes paraguayas:
 - 11.1- Que Previene el Enriquecimiento ilícito y Tráfico de influencias
 - 11.2- Ley 2422/04
 - 11.3- Ley 3440/08
 - 11.4- Ley 2535
 - 11.5- Ley 977
 - 11.6- Ley 136
 - 11.7- Ley 2529.-
- 12.- MAQUIAVELO, Nicolás; El Príncipe; Colección Nogal Gradifco; Buenos Aires – Argentina; ISBN 978-987-1093-11-3; Año 2008.-
- 13.- MENGUAL MAZACOTE, Leticia María; Tutor: Dr. Luis María Benítez Riera; Tomo VI El lavado de dinero y su proceso de prevención; Serie de Investigaciones Jurídico – Penales; Edición: GTZ- Cooperación Técnica Alemana y el Ministerio Público; Asunción – Paraguay; Año 2005.-
- 14.- MORA Rodas, Nelson Alcides; Delincuencia Internacional Organizada; Drogas; Narcotráfico; Espacio judicial común; Editora Intercontinental; Asunción – Paraguay; 2000; ISBN 99925-41-81-6.-
- 15.- Páginas web citadas:
 - 15.1- www.oecd.org/dataoecd, 10 de septiembre de 2010.-
 - 15.2- <http://enciclopedia.us.es/index.php>, 29 de octubre de 2010.-
 - 15.3- www.google.com/laley/alterini/posesión, 29 de octubre de 2010.-

Bibliografía

- 15.4- <http://www.google.com>, 29 de octubre de 2010.-
- 16.- PETTIT, Eugene; Tratado elemental de Derecho Romano; traducido por José Fernández de la 9na. Edición francesa; Editorial Universidad S.R.L.; Buenos Aires – Argentina; 1999; ISBN 950-679-132-5.-
- 17.- Recuperación de activos de la corrupción; Coordinado por: Jorge, Guillermo; Editores del Puerto; Año 2008; Corrientes – Argentina; ISBN 978-987-1397-19-8; en <http://www.editoresdelpuerto.com>; 08 de septiembre de 2010.-
- 18.- RODRÍGUEZ, Agustín Washington; Corrupción y Enriquecimiento ilícito. Homicidio por encargo; Editorial Juris; Rosario – Argentina; ISBN 950-817-099-9; Año 2000.-
- 19.- ROMERO, Gladys N.; El Tipo de Interpretación del Delito de Estafa; Orden Jurídico-Penal; Año I-Nº 2; Edición Fabián J. Di Plácido; Buenos Aires – Argentina; ISBN: 987-96977-7-4; Año 1999.-
- 20.- Apuntes de la Conferencia de Derecho Penal Económico “La persecución penal de la criminalidad económica”, de fecha 25 de Junio de 2010, realizado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción”, en el marco del Proyecto de Asistencia Técnica al Ministerio Público y al Poder Judicial, para mejorar la lucha contra los delitos económicos y de corrupción. Conferencia a cargo del Dr. Mariano Hernán Borinsky, Fiscal General de la Unidad Fiscal de Delitos Tributarios y Contrabando (UFTCO), de Buenos Aires, República Argentina .-