

RECEBIDO EM:01/09/2016

APROVADO EM:01/11/2016

LOS CRITERIOS PARA LA MENSURACIÓN DEL VALOR DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y PERJUICIOS CAUSADOS POR ACTOS CORRUPTOS

*CRITERIA TO MEASURE THE AMOUNT OF THE ILLICIT
ENRICHMENT AND LOSSES CAUSED BY CORRUPT ACTS*

André Luiz de Almeida Mendonça

*Doutorando em “Estado de Derecho y Gobernanza Global” e Mestre em
“Corrupción y Estado de Derecho” pela Universidade de Salamanca. Pós-graduado
em Direito Público pela Universidade de Brasília
Vencedor da categoria especial do Prêmio Inovare/2011*

SUMARIO: Introducción; 1 La Relación Del Producto Con Otros Institutos; 1.1 La conexión entre el producto y los daños generados por el ilícito; 1.2 La equivalencia entre el producto y en enriquecimiento ilícito; 1.3 Síntesis de la relación entre el producto con los institutos o término a él relacionados; 2 Bases Teóricas para la definición del producto ilícito; 2.1 La Teoría del producto Bruto; 2.2 La Teoría del producto Neto; 3 La prevalencia doctrinaria

respecto al producto del ilícito; 3.1 La prevalencia em Estados Unidos; 3.2 La prevalencia en Italia; 4 La disciplina legal del producto del ilícito; 4.1 La disciplina en los Tratos internacionales referentes a la corrupción; 4.2 La disciplina en la legislación brasileña; 4.3 La definición de producto en el contexto jurídico brasileño; 5 Los Criterios para la recuperación integral de los efectos patrimoniales generados por los actos de corrupción; 5.1 Los criterios para la determinación del valor del enriquecimiento o producto del ilícito; 5.2 Los criterios para la determinación del daño material causado por el ilícito; 5.3 Los criterios para la determinación del daño moral causado por el ilícito; 6 Consideraciones finales; Bibliografía.

RESUMEN: Recuperación de Activos procedentes de Actos de Corrupción e Improbidad Administrativa. Criterios para la mensuración del valor del enriquecimiento y perjuicios causados por el acto ilícito. Las relaciones entre los conceptos de producto, daño y enriquecimiento ilícito. Bases teóricas para la definición del valor a ser resarcido: teorías del producto bruto y del producto líquido. Prevalencias teóricas en Estados Unidos e Italia. Concepción aplicable en Brasil a partir de su marco normativo interno y de la adopción de la Convención de Mérida.

PALABRAS-CLAVE: Corrupción. Producto. Enriquecimiento Ilícito. Daños. Valor.

ABSTRACT: Asset Recovery derived from acts of corruption and improbity. Criteria for the measurement of the amount of enrichment and damages caused by the illicit act. Relations between the concepts of proceeds of crime, damage and illicit enrichment. Theoretical basis to define the amount of the asset recovery: theories of gross and net profits. Theoretical prevalence in United States and Italy. Conception applicable in Brazil from its internal regulatory framework and before Merida Convention.

KEYWORDS: Corruption. Profit. Illicit Enrichment. Damages. Amount.

INTRODUCCIÓN

La recuperación de activos procedentes de la corrupción es un principio fundamental de la Convención de Mérida¹. Se trata de una de las temáticas más relevantes para la prevención de la corrupción, pero su efectividad es todavía insuficiente, lo que demanda grandes desafíos para investigadores y autoridades del Sistema Judicial que actúan con el tema. Por esa razón, es imprescindible el incremento teórico sin perderse a perspectiva práctica a fin concebirse criterios y métodos capaces generar respuestas seguras, justas y efectivas ante el problema de la corrupción y el desafío de la recuperación de los activos procedentes de ese ilícito. Así, mismo lejos de agotar el tema, desde una concepción general, el presente artículo se propone contribuir para la reflexión teórico-práctica sobre ese principio fundamental para la prevención de la corrupción que es la recuperación de activos.

De otra parte, desde una perspectiva más específica, el presente estudio se dedicará a la identificación de la correcta expresión financiera del acto corrupto. En otras palabras, procurará presentar los criterios para la mensuración del valor del enriquecimiento y perjuicios causados por los actos relacionados a la corrupción para fines de recuperación de activos. Así, su propósito es mensurar adecuadamente el valor objeto de la acción judicial a ser propuesta por el Estado para recobrar los activos o efectos capaces de medirse monetariamente en virtud de actos corruptos o ímprobos.

Dentro de esa perspectiva, en el presente estudio serán presentadas (i) las relaciones entre los conceptos de producto, daño y enriquecimiento ilícito; (ii) las bases teóricas para la definición del producto del ilícito; (iii) la correspondiente prevalencia doctrinaria — especialmente en Estados Unidos e Italia —; (iv) la disciplina respecto al producto del ilícito en los Convenios Internacionales y en la legislación brasileña, y, finalmente; (v) los criterios definidores del valor a ser resarcido al Estado. Así, sigue el contenido del estudio.

1 LA RELACIÓN DEL PRODUCTO CON OTROS INSTITUTOS

En esa sección serán presentadas las principales expresiones o institutos utilizados para designar las consecuencias patrimoniales o económicas generadas por la práctica ilícita, más precisamente la relación entre “producto” y “daño”, y entre “producto” y “enriquecimiento ilícito”.

1 En ese sentido, véase el artículo 51 de la Convención. Disponible en: <https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf>. Acceso en: 20 ago. 2016.

1.1 LA CONEXIÓN ENTRE EL PRODUCTO Y LOS DAÑOS GENERADOS POR EL ILÍCITO

El concepto de producto del ilícito está directamente relacionado con el concepto de daño producido por el ilícito. Ambos son pertinentes a los efectos y las consecuencias económicas generadas por la conducta ilícita.

Sin embargo, a pesar de esa correlación y coexistencia, presentan tres diferencias fundamentales. En *primero* lugar, el producto tiene como perspectiva el *beneficio* o las rentas generadas en virtud de la práctica ilícita, mientras el daño se relaciona al *perjuicio* soportado por la víctima o personas afectadas por el ilícito — como el hijo del padre víctima de homicidio —; *segundo* porque el producto puede estar relacionado directa o indirectamente al ilícito, mientras el daño suele estar relacionado directamente al evento que lo ha generado², y; *tercero* porque el daño debe ser recompuesto a la víctima o perjudicado, mientras el producto será destinado al Estado.

Ante esa conexión y concomitante distinción, se puede afirmar que el producto (*lato sensu*) es todo el resultado patrimonial generado por la conducta ilícita, la cual puede producir (i) un *daño* para la víctima o tercero y (ii) la circulación de valores en determinado negocio — ilícito en si o marcado por un ilícito —, que es el producto propiamente dicho o producto (*stricto sensu*), lo cual puede ser considerado como [a] producto bruto o [b] producto neto. Por lo tanto, todo el debate en torno al producto bruto o neto, está relacionado al producto “*strictu sensu*”, pero todavía está íntimamente ligado a la cuestión del daño generado por el ilícito.

Así, la definición del producto *strictu sensu* — bruto o neto — debe necesariamente considerar el daño por dos motivos. *Primero* porque esos dos institutos no sólo son especies del mismo género (el producto *lato sensu*), como están sometidos al mismo tratamiento jurídico para la efectuación de su recuperación al patrimonio público, (i) pues derivan de un mismo hecho y también (ii) porque el acreedor de ambos en relación a los casos de corrupción es el Estado — aunque no se excluye otros posibles

2 Se di “suele” porque la responsabilidad por la reparación del daño puede nacer en función del riesgo de la actividad — conforme apunta la teoría de la imputación objetiva —, como ocurre en los casos daños ambientales. A ese respecto, apunta DE CARVALHO que “la responsabilidad civil ambiental presupone, pues, la existencia de una actividad que genere riesgos para la salud humana y el equilibrio al medio ambiente, cabiendo al emprendedor, de acuerdo con el principio de la prevención, prevenir la ocurrencia de daños a partir de tales riesgos, internalizándose a lo largo de la cadena productiva, en la dicción del principio del contaminador-pagador”. DE CARVALHO, Daniela Marques. À Procura de uma teoria de causalidade aplicável à responsabilidade civil ambiental. *Revista De Direito Ambiental*, n. 62. p. 16, abr. 2011.

demandantes que se sienten lesionados —. *Segundo* porque el producto *strictu sensu* puede confundirse con el daño y, en ese caso, lo fundamental es (i) que no haya *bis in idem* y, (ii) privilegiar el resarcimiento del daño a la víctima, pues es quien soporta directamente los efectos de la conducta ilícita — aunque se debe reconocer que en los ilícitos de corrupción, la víctima primera es el Estado, que también es el beneficiario del producto que no se confunde con el daño —. En otras palabras, la pérdida del producto *stricto sensu* está en relación de subsidiariedad delante del resarcimiento del daño. Por esa perspectiva se posibilita la justa restauración de la situación pretérita a la práctica del ilícito considerando la integralidad de los efectos patrimoniales generados por la conducta. Por lo tanto, el producto *stricto sensu* y el daño causado por el ilícito siempre serán conexos, razón por la cual la definición de uno no puede prescindir de la consideración del otro.

Sin embargo, decir que siempre serán conexos no significa decir que siempre existirán simultáneamente o serán simétricos. No necesariamente son simultáneos porque puede haber hechos ilícitos que generan uno sin ocasionar al otro, como por ejemplo: (i) en un crimen de tráfico ilegal de drogas, tanto el vendedor como el que adquiere para fines de revender experimentan un enriquecimiento ilícito — para el vendedor corresponde al valor recibido, mientras el revendedor experimenta el lucro del repase por valor más elevado —, pero no hay daño, y; (ii) en un crimen de daño donde una persona apedrea el coche de otro, el autor del ilícito no experimenta beneficio patrimonial, pero ha producido un daño en la propiedad de la víctima. En relación a la posible simetría o no, también siguen dos ejemplos: (i) un hurto de 500 Euros realizado por la simple sustracción del valor que estaba sobre la mesa donde la víctima cenaba producirá un beneficio para el infractor equivalente al perjuicio soportado por la víctima, es decir, en ese caso el producto se confunde con el daño, mientras; (ii) un hurto³ de 500 Euros sacados del interior de un coche después de que el infractor haya quebrado la ventana del vehículo — cuya reparación ha costado 300 Euros —, genera un producto de 500 y un daño de 800 Euros, siendo que parte del daño — correspondiente a los 500 Euros hurtados — se confunde con el producto del ilícito, razón por la cual el autor de la conducta debería ser condenado a soportar como máximo el valor de 800 Euros. Así, las circunstancias presentadas por los ejemplos ahora expuestos evidencian la importancia de la adecuada identificación de los institutos para la determinación del justo valor a ser recompuesto

3 Se trata de hurto calificado segundo el Código Penal de Brasil (cfr. art. 155, “caput” y § 4), pero se trata de robo segundo el Código Penal de España (cfr. arts. 237 y 238).

al Estado en los casos de corrupción, que pueden producir *riquezas* para los autores del ilícito *y/o daños* materiales para el Estado.

De ese modo, *en definitiva* se puede afirmar que:

- i. el producto *lato sensu* comprende tanto el producto *stricto sensu* como el daño, los cuales están sometidos a los mismos procedimientos para la recuperación de activos, ya que el Estado — víctima de los ilícitos de corrupción — no ingresa con acciones distintas para recobrar uno u otro;
- ii. las teorías con respecto a la definición del producto del ilícito se refieren esencialmente al producto *stricto sensu*, pero sin desconsiderar el daño producido por el ilícito en función de la posible “confusión” entre ambos;
- iii. la definición de los activos a ser recompuestos en los casos de corrupción deben considerar tanto el producto en sentido estricto como el daño generado por la conducta ilícita, y, finalmente;
- iv. la utilización en este trabajo del término “producto”, sin cualquier especificación, hace referencia al producto *stricto sensu*.

1.2 LA EQUIVALENCIA ENTRE EL PRODUCTO Y EN ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El *enriquecimiento* ilícito y el *producto* del ilícito son expresiones utilizadas para referirse a un mismo instituto jurídico: el que veda el enriquecimiento sin causa o sin justo título⁴. Ambas (*i*) se refieren a un beneficio patrimonial injustificado recibido por parte de determinada persona; (*ii*) se refieren a bienes o valores relacionados tanto directa como indirectamente a una práctica ilícita anterior⁵; (*iii*) autorizan demandar la restauración de la distribución ilícita de riquezas tanto del autor del ilícito

4 Consonante doctrinan CAMARA ALVAREZ Y DíEZ-PICAZO, la *causa* un concepto de Derecho positivo, “la causa es el justo título que consiste en el derecho de conservar en el patrimonio el valor ingresado en él”, mientras hay otra corriente que defiende la *causa* como un concepto de equidad constituida a partir de valores morales o éticos. CÁMARA ALVAREZ, Manuel de la; DíEZ-PICAZO, Luis. *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. España, Madrid: Editorial Civitas. 1988, p. 38/39.

5 En ese sentido, véase KROETZ, para quien el enriquecimiento indirecto es aquel “fruto de dos o más transmisiones de valores sucesivas y se instala en un patrimonio distinto de aquel de quien ha sido protagonista del desplazamiento patrimonial originario”. KROETZ, Maria Candida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. 2005, p. 110. Disponible en: <http://www.ucc.ie/law/restitution/archive/brazil/Enriquecimento_sem_causa.pdf>.

como del beneficiario del ilícito — aunque este no sea legalmente responsable por la conducta del autor—⁶; (iv) no exigen necesariamente un daño, aunque sean institutos relacionados a él⁷. Por lo tanto, el *enriquecimiento ilícito* y *producto del ilícito* son términos equivalentes, que designan el mismo objeto: el beneficio económico obtenido a partir de un acto ilícito.

Sin embargo, hay una *aparente* diferencia entre los dos institutos. Es que la designación “producto” *suele* ser utilizada por el derecho penal para designar los efectos patrimoniales resultantes de un acto tipificado en la norma penal — aunque el mismo hecho también se constituya un ilícito civil o administrativo —, mientras el término “enriquecimiento” es frecuentemente utilizada por las normas de derecho civil, para referirse a los beneficios patrimoniales experimentados a partir de ilícitos de naturaleza civil — aunque el mismo hecho puede constituirse infracción de naturaleza penal.

Pero, para demostrar que la diferencia es sólo *aparente*, se mencionan dos situaciones. *Primero*, la propia Convención de Mérida utiliza las dos expresiones indistintamente, tanto que (i) en su preámbulo se refiere al enriquecimiento ilícito como “nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley”; (ii) en su artículo 20 se refiere al enriquecimiento ilícito como hipótesis de crimen, y; (iii) al definir el “producto del delito” como los “bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito”⁸, incluye el mismo objeto del crimen de enriquecimiento ilícito. En *segundo* lugar, se toma como ejemplo el derecho norteamericano, donde la ley utiliza la misma expresión — *proceeds* — para referirse al producto a ser recompuesto (i) tanto por medio de una acción civil — la *Civil Forfeiture del Civil Asset Forfeiture Reform Act* — *CAFRA* — (ii) como vía procedimiento penal — la *Laundering of monetary instruments*, en la redacción de producto definida por el *Fraud Enforcement and Recovery Act* — *FERA* —. Esos ejemplos demuestran que producto y enriquecimiento ilícito son expresiones equivalentes.

6 En ese sentido, consonante doctrinan CAMARA ALVAREZ Y DÍEZ-PICAZO, la obligación nacida del enriquecimiento sin causa “no descansa en la comisión de un acto ilícito por el enriquecido; no se requiere la culpa del enriquecido. Se trata, sencillamente, de que el desplazamiento patrimonial en que se traduce carece de una fundamentación que lo legitime”. CAMARA ALVAREZ; DÍEZ-PICAZO, op. cit., p. 31.

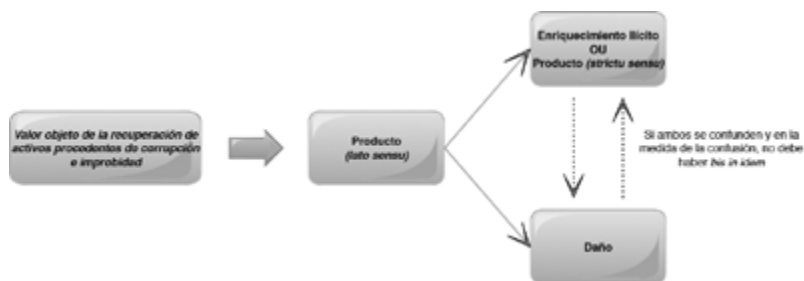
7 Al abordar el instituto del enriquecimiento sin causa, doctrina FROTA la distinción entre el instituto — sometido a acción propia de enriquecimiento sin causa — y la responsabilidad civil por daños, mismo porque en enriquecimiento no depende de la existencia de daño, pudiendo haber enriquecimiento sin daño o mismo habiéndose obtenido un beneficio a partir del acto ilícito — desde que ese también se beneficie con la conducta —.

8 En ese sentido, véase el artículo 2.e de la Convención. Disponible en: <https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf>. Acceso en: 20 ago. 2016.

Finalmente, es importante resaltar que esa aclaración no es apenas de carácter teórico ante la realidad jurídica brasileña, pues su Ley de Improbidad no utiliza la expresión “producto” en conjunto con “daño”, y sí “enriquecimiento ilícito” y “daño”. Así, cuando su artículo 12 se refiere a la “pérdida de los bienes o valores acrecidos ilícitamente al patrimonio”, se refiere al mismo producto del crimen sometido a decomiso por fuerza de las normas penales. Por lo tanto, el mismo criterio utilizado para definir el *quantum* del enriquecimiento ilícito es válido para la definición del *quantum* del producto *strictu sensu*, bien como del *quantum* a ser recuperado considerándose la relación entre ese mismo producto y el daño — es decir, el producto *lacto sensu* —.

1.3 SÍNTESIS DE LA RELACIÓN ENTRE EL PRODUCTO CON LOS INSTITUTOS O TÉRMINOS A ÉL RELACIONADOS

En función de lo que hasta aquí expuesto, se puede sintetizar la relación entre el producto del ilícito, el enriquecimiento ilícito y el daño causado por la conducta criminosa o ímproba de la siguiente forma:



2 BASES TEÓRICAS PARA LA DEFINICIÓN DEL PRODUCTO DEL ILÍCITO

Hay básicamente dos corrientes teóricas dedicadas a la definición del producto del ilícito a ser decomisado: la teoría del producto *bruto* y la teoría del producto *neto*. Así, siguen las principales bases de cada una de esas teorías.

2.1. LA TEORÍA DEL PRODUCTO BRUTO

Según esta corriente teórica, el montante a ser recompuerto al Estado en función de una práctica ilícita — y en nuestro caso, de un ilícito de corrupción o improbidad — corresponde al valor bruto del beneficio económico obtenido por el acusado sin descontar los gastos e inversiones

hechas para realizar el “negocio” ilícito. Al describir los contornos de esa corriente teórica, el profesor BLANCO CORDERO apunta que el autor de la conducta ha asumido el riesgo del ilícito y, por lo tanto, no puede beneficiarse de su propia torpeza para descontar el valor invertido en el negocio ilícito⁹, o sea, según esta concepción, el acusado no podrá descontar del valor a ser pago, los costes involucrados en la actividad ilícita. Por ejemplo, a partir de lo que los norte-americanos llaman de *gross profits* o *gross receipts* del crimen *(i)* en un caso de tráfico de drogas estupefacientes, el producto del ilícito corresponderá a todo el valor obtenido con la venta de la droga, sin descontar los costes de producción, transporte y mano de obra involucrados en la “cadena productiva”; *(ii)* en un caso de venta de armas ilegales, el producto del crimen será todo el valor obtenido con la venta del arma, sin descontar los costes de fabricación o, en caso de repase, el valor de pago por ella junto al fabricante o anterior propietario, o; *(iii)* en un caso de corrupción, el producto del ilícito será todo el valor obtenido del negocio, sin descontar los costes en él involucrados, como por ejemplo el soborno del pago, los gastos con viajes para realizar el negocio fraudulento y hasta para la ejecución del objeto del negocio ilícito. Por lo tanto, la teoría del producto bruto considera que el riesgo del negocio ilícito debe ser asumido por el acusado y no por la sociedad.

En ese sentido, por cuestiones de justicia y como forma de prevenir el crimen, la *teoría del producto bruto* entiende que se debe diferenciar el negocio lícito del ilícito. Es cuestión de justicia porque si no se parte del principio del producto *bruto*, el Estado de Derecho — lo que incluye su Sistema Judicial, que prima por la legalidad como principio —, *(i)* daría el mismo tratamiento a negocios de distintas naturalezas — el lícito y el ilícito —; *(ii)* generaría desigualdad entre las personas y empresas que actúan en la economía, pues aquellos que lo hacen lícitamente están sometidos a mayor rigor contable, fiscal, contractual y hasta de ética empresarial, porque su “buen nombre” será su mayor patrimonio para conquistar nuevos negocios en un mercado de libre y justa competencia; *(iii)* impondría sobre el mismo Estado ya lesionado por el ilícito practicado todo el cargo de la prueba de los posibles costes del negocio ilícito, e; *(iv)* impondría sobre la sociedad todo el riesgo por eventual fracaso del autor del ilícito¹⁰. Además, es una cuestión

9 En ese sentido, véase BLANCO CORDERO, donde expresamente consigna que “de acuerdo con el *principio de ganancias brutas* son decomisables todos los bienes obtenidos del delito, sin que haya que descontar de ellos el valor de lo invertido en su ejecución”. BLANCO CORDERO, Isidoro. El comiso de ganancias netas: ¿brutas o netas? *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, n° 7569, p. 2, 2011.

10 En ese sentido, doctrina AGUADO CORREA que la adopción de la teoría del producto neto impondría al Estado “hacer un esfuerzo y ralentizar su actividad para averiguar cuáles son las ganancias netas derivadas del delito, evitando que el sujeto pierda aquello que ha invertido para llevar a cabo el delito, [es

de prevención general, pues, en la peor de las hipótesis, el autor perdería lo mismo que si actuase lícitamente — eso si el Estado lograra probar los costes efectuados y sólo en ese máximo —, es decir, en un análisis de coste-beneficio siempre se concluiría que la práctica ilícita compensaría a la lícita¹¹. En fin, como ha sido dicho, sin la adopción de la teoría del producto bruto todo el riesgo de la actividad ilícita recaería sobre la sociedad ya perjudicada por la propia práctica de la actividad delictuosa.

2.2 LA TEORÍA DEL PRODUCTO NETO

Según la teoría del producto neto, es producto del ilícito el beneficio adquirido del negocio ilegal menos los costes involucrados en su ejecución. Al describir los contornos de esa corriente teórica, CORDERO apunta que por ella se adopta el “método del descuento”¹², o sea, el producto del ilícito sería el efectivo lucro del ilícito obtenido por su autor, debiendo disminuirse del valor recibido los costes involucrados en la ejecución de la actividad. En ese sentido, a partir de lo que en inglés se denomina *net profits*, la expresión financiera del producto del crimen — salvo disposición legal manifiesta en sentido contrario — dependería del abatimiento de los gastos y costes involucrados según (i) el principio de *lenitate* — lenidad, blandura o indulgencia — que impone la aplicación de una interpretación más tolerable al acusado delante de dos interpretaciones posibles y (ii) la desconsideración de eventual patrimonio lícito del imputado. Por lo tanto, según esa teoría, debe haber una condescendencia hermenéutica a favor del imputado, ya que la carga de la prueba es del Estado, preservándose una mayor garantía a los derechos individuales. En síntesis, inclusive los defensores de la teoría del producto neto no estiman el valor a ser recompuesto con base en el sobreprecio, pero sí con base en el lucro líquido obtenido por el acusado, pero debiendo las evidencias sobre lo *quantum* de ese lucro líquido ser presentadas por el Estado.

3 LA PREVALENCIA DOCTRINARIA RESPECTO AL PRODUCTO DEL ILÍCITO

Presentadas las líneas teóricas concebidas para la definición del producto del ilícito, es importante visualizar panorámicamente la prevalencia de una u otra en el contexto mundial. Así, en líneas

decir,] para el autor del hecho delictivo la comisión del mismo y la eventualidad de ser descubierto no implica ningún riesgo de pérdida económica, al poder recuperar y conservar los valores patrimoniales que ha invertido para la comisión del delito, arriesgándose únicamente, en el supuesto de que sea descubierto, a no obtener ganancias, pero no a sufrir una pérdida económica”. AGUADO CORREA, T. *El comiso*. Madrid: Edersa, 2000, p. 101.

11 En ese sentido, véase BLANCO CORDERO, op. cit., 2011, p. 2.

12 En ese sentido, véase BLANCO CORDERO, op. cit., 2011, p. 2.

generales, la teoría del producto neto prevalece en Bulgaria, Egipto e Yugoslavia¹³; en Alemania, Austria, Bélgica, Estados Unidos, Reino Unido y Suiza¹⁴ predomina la teoría del producto bruto; mientras en Italia hay un sistema intermedio¹⁵.

Así, para comprender mejor las cuestiones involucradas, importante observarse con más detalles las discusiones en Estados Unidos e Italia.

3.1 LA PREVALENCIA EN ESTADOS UNIDOS

En Estados Unidos la definición de producto puede ser hecha en dos contextos¹⁶ o acciones de distintas naturalezas.

En primer lugar, la recuperación del producto del crimen puede estar fundada en una acción civil con base en la *Civil Asset Fofreiture Act – CAFRA*. Mencionada legislación define el producto del crimen conforme a la naturaleza del negocio, es decir, (i) en los casos de *illegal goods, illegal services, unlawful activities, and telemarketing and health care fraud schemes*, se considera el producto bruto sin posibilidad de descontarse los gastos y costes efectuados para la realización de la ofensa — § 981(a)(2)(A) —; (ii) en los casos de *lawful goods or lawful services* realizados de una manera ilegal, se considera el producto bruto, pero con la posibilidad de que el demandado deduzca los *direct costs* incurridos en la provisión de los bienes o servicios — §981(a)(2)(B) —, y; (iii) en los casos de fraudes en procesos de obtención o extensión de créditos, el demandado podrá deducir lo necesario para no perjudicar a la víctima — § 981(a)(2)(C) —. Por lo tanto, según CAFRA, la mensuración del producto del ilícito parte del producto bruto y, conforme la naturaleza del negocio, se admitirá o no la deducción de los costes directamente involucrados en la actividad.

De otra parte, hay otro dispositivo legal en Estados Unidos que define el producto del ilícito. Se trata de *Fraud Enforcement and Recovery Act of 2009 – FERA*, que meses después de la controversia generada por la división de la Suprema Corte de Estados Unidos en la decisión del

13 En ese sentido, véase AGUADO CORREA, op. cit., 2000, p. 101.

14 En ese sentido, véase BLANCO CORDERO, op. cit., 2011, p. 3-5.

15 BLANCO CORDERO, op. cit., 2011, p. 4, afirma tratarse de “un criterio de *ganancias netas atemperado*”, en cuanto AGUADO CORREA, op. cit., 2000, p. 101, defiende ser el sistema de ganancia bruta.

16 En ese sentido, véase MARGOLIS, Daniel; LEFEVER, Anne. What ‘proceeds’?. *The New York Law Journal*, octubre, 12, 2009. Disponible en: <<http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/97DDE252104B51E38A5EA9B0EE703C84.pdf>>.

caso *United States v. Santos*¹⁷, objetiva eliminar las dudas con respecto del concepto de producto en el contexto de lavado de activos afirmando expresamente que el producto del ilícito es “cualquier bien derivado, obtenido o retenido, directa o indirectamente, a través de alguna actividad ilegal, incluyendo el *gross receipts* de esa actividad”¹⁸. Por lo tanto, en los casos de lavado de activos, la ley norteamericana ha optado por la teoría del producto bruto sin ninguna restricción.

3.2 LA PREVALENCIA EN ITALIA

En Italia, la cuestión ha sido objeto de debates a partir de la edición del Decreto Legislativo n. 231/2001, del 8 de junio. Referida norma trata de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y su artículo 19 prevé la confiscación del producto, bien o valor equivalente — resguardados los derechos de terceros de buena fe —, pudiéndose descontar la parte que se puede devolver a la persona lesionada¹⁹.

Al aplicar el mencionado dispositivo en un caso de corrupción, las Secciones Unidas del Tribunal de Casación Italiano han apuntado que la definición sobre la posibilidad de abatirse o no los costes del negocio

17 *United States v. Santos*, 553 U.S. 507 (2008), ponente Mr. Justice SCALIA, sentencia de 2 de junio. En el caso, el Efraim Santos era acusado de práctica de juegos ilegales, en cuya actividad estaban involucrados los costes con las personas encargadas de recibir las apuestas — los “runners”, con los encargados de repasar los valores al propio Santos — los “collectors” —, y con los propios ganadores de las apuestas. Así la discusión se ha centrado a respecto de la posibilidad del acusado descontar referidos costes del negocio, ocasión en que la Suprema Corte de Estados Unidos ha salido dividida en tres visiones distintas. De un lado (i) JUSTICE SCALIA — acompañado de más tres jueces — ha defendido la posibilidad de descontar los costes involucrados en el negocio con base en la “rule of lenity”; de otro (ii) JUSTICE STEVENS ha defendido la posibilidad del descuento no sólo a partir de la licitud o no del negocio, pero también de las especificidades involucradas en el negocio, es decir, ha admitido la posibilidad del abatimiento en el caso de juegos ilegales, pero ha diferenciado esa situación de casos de tráfico de estupefacientes; en cuanto (iii) JUSTICE ALITO — acompañado de más tres jueces — ha defendido que en el caso se aplicaba la teoría del producto bruto para fines de decomiso de los bienes. En ese sentido, véanse EVAN, Ennis. Uncertain precedent: United states v. santos and the possibility of a legislative remedy. *Cornell Law Review*, v. 95, 191-219, nov. 2009; DICKERSON, Brian; BASKO, Klodiana. Confusion in defining ‘proceeds’ under the money-laundering statute: A survey of circuit opinions. *The Federal Lawyer*, 57, 23-27 y 51, jun. 2010; MURPHY, M. Maureen. *United states v. santos*: ‘proceeds’ in federal criminal money laundering statute, 18 USC section 1956, means ‘profits’, not ‘gross receipts’. 2008, p. 3-6. Disponible en: <https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metaocrs10756/m1/1/high_res_d/RS22896_2008Jun13.pdf>.

18 Cfr. dispone la actual redacción del título 18, U.S.C. §1956(c)(9).

19 Además, el artículo 53 del mismo Derecho Legislativo permite el secuestro preventivo del producto del ilícito.

dependerá de su respectiva naturaleza²⁰. En ese sentido, la Corte Suprema de Italia ha partido del principio general de una ventaja económica bruta para definir el producto del ilícito²¹, pero permitiendo la aplicación de una “regla de exclusión” consonante la naturaleza del negocio, es decir, (i) si se trata de un negocio de naturaleza lícita, pero cuyo el contrato específico ha sido vulnerado por una conducta ilícita en su formación o ejecución, el demandado podrá pleitear el descuento de los gastos o costes lícitos efectuados según la *utilidad obtenida por la víctima* en virtud de la contraprestación del objeto del contrato o, todavía, según un beneficio legítimo experimentado por la víctima, a pesar de haber una práctica ilegal en su proceso de formación o ejecución; mientras (ii) si se trata de un negocio de naturaleza ilícita o cuya esencia es ilícita *per se*, no será posible descontar los costes del negocio. De esa forma, por ejemplo, (i’) si se trata de un contrato de prestación de un servicio u obra pública — o sea, de naturaleza lícita —, en cuyo proceso de selección de contratista la empresa adjudicada ha sobornado al funcionario para facilitar la conclusión del negocio — ilícito en el contrato —, la parte acusada podrá postular la deducción de los costes lícitos comprobados en la ejecución del objeto del contrato en la medida de la *utilidad* obtenida por la Administración Pública; mientras; (ii’) si se trata de un caso de tráfico de estupefacientes — o sea, un negocio esencialmente ilícito —, la parte no podrá pleitear ningún abatimiento. En fin, la definición del producto del ilícito en Italia permite o no la compensación de los costes del negocio en función de tratarse [a] de un ilícito en el negocio — por ejemplo el soborno en un negocio cuyo objeto en sí es lícito — o [b] de un negocio esencialmente ilícito; debiendo ser redimensionada la regla del producto bruto en el primer caso — o sea, hacerse la deducción de los costes lícitos hechos por la empresa en la medida de la utilidad experimentada por el Estado²².

20 Se trata de la sentencia n. 26654, de 27 de marzo de 2008, publicada 2 de julio de 2008, de la “Corte de Cassazione, Sezioni Unite Penali”, que se ha pronunciado a respecto del producto del ilícito en caso de corrupción en contrato de prestación de servicio público.

21 A ese respecto, MONGILLO, Vincenzo. La confisca del profitto nei confronti dell’ente in cerca di identità: Luci ed ombre della recente pronuncia delle sezioni unite. *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*, p. 1764-1765, out./dez. 2008, apunta que la Corte Suprema italiana ha partido de un “*beneficio economico complessivamente affluito all’ ente per effetto del reato*” al considerar que el producto debe ser representado por una ventaja económica o patrimonial derivada directamente del objeto del ilícito según una noción de “*stretta affinità*”.

22 En ese sentido, véase MONGILLO, OP. CIT., P. 1767 que, al comentar la sentencia en cuestión, consigna que la Corte ha diferenciado lo que es una empresa criminosa — cuyo objeto en sí es la propia práctica de conductas ilícitas—, de empresas constituidas para realizar negocios legítimos, pero que en contextos específicos han practicado conductas ilícitas. Del mismo modo, BLANCO CORDERO, op. cit., p. 4, apunta que “eventual deducción de los costes se pueden modular en función de si el delito puede ser reconducible a una y otra categoría. Así, la ilicitud integral del contrato delictivo justificaría la privación de todo lo obtenido por el

4 LA DISCIPLINA LEGAL DEL PRODUCTO DEL ILÍCITO

En esta sección será considerado el tratamiento dado al producto del ilícito — más precisamente del ilícito de corrupción o improbidad— según los principales instrumentos internacionales y según la legislación brasileña.

4.1 LA DISCIPLINA EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES REFERENTES A LA CORRUPCIÓN

En este tópico, será considerado el tratamiento dado por los principales Convenios Internacionales sobre la corrupción en relación a la cuestión del producto del ilícito, a saber, la Convención de las Naciones Unidas, de los Estados Americanos, de Europa y de África.

En la *Convención de Mérida*, la definición de producto es expresamente consignada en su artículo 2, línea “e”. En ese sentido, la Convención considera *producto* “los *bienes* de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito”, mientras los *bienes* son “los *activos de cualquier tipo*, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”, los cuales están sujetos a embargo preventivo, incautación, decomiso y restitución²³. Además, la propia Convención atesta que las medidas constrictivas tendientes a la recomposición de los activos de los ilícitos de corrupción pueden recaer sobre bienes de valor correspondiente al respectivo producto²⁴ y sobre bienes derivados total o parcialmente del ilícito por transformación o conversión²⁵.

La *Convención de la OEA* contra la corrupción es menos específica. En verdad, su artículo XV — que se dedica a la medida sobre los bienes — sólo se refiere a la importancia de la mutua asistencia entre los Estados Partes para “la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación

delito, sin descuentos. Por el contrario, si existe un delito en el contrato, se pueden individualizar aspectos legales en el sinalagma contractual que, en consecuencia, podrían originar costes relativos a actividades legítimas y, como tales, descontables”.

23 Cfr. disponen las alneas “f” y “g” del mismo artículo 2 c.c. el artículo 3 de la Convención. Disponible en: <https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf>. Acceso en: 20 ago. 2016.

24 Cfr. artículo 31.1, alinea “a” de la Convención, en cuanto la alinea “b” respectiva apunta para el perdimiento de los instrumentos del delito.

25 Cfr. artículo 31.4 de la Convención.

y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la presente Convención, [así como] de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes”, según sus leyes internas y los propios tratados o acuerdos internacionales.

En el ámbito de *Europa*, hay dos Convenciones que tratan de la Corrupción: la criminal y la civil. La *Convención criminal* no define lo que sea producto, pero demanda de los Estados Partes la adopción de medidas legislativas y procedimentales (i) para combatir el lavado del producto de los ilícitos relacionados a la corrupción (art. 13); (ii) para viabilizar la confiscación o cualquier otra medida de recuperación de activos de los instrumentos y productos del ilícito (art. 19.3), y; (iii) para facilitar la obtención de evidencias que permitan identificar, rastrear, embargar preventivamente y recuperar los instrumentos y productos del ilícito, o el valor equivalente, incluso por medio de técnicas especiales de investigación (art. 23.1). Ya la *Convención civil* no habla del producto, sino del daño derivado de la práctica corrupta, lo cual debe ser resarcido a la persona lesionada — e invariablemente será el propio Estado —, siendo incluso su propósito expresamente definido que cada Estado Parte tenga leyes internas dotadas de efectivos instrumentos para que las personas que han sufrido daños como resultado de actos de corrupción puedan defender sus derechos, “incluyendo la posibilidad de obtener compensación por los daños” (art. 1), siendo que su artículo 3 habla en “*full compensation*”. Así, las convenciones europeas abordan tanto la cuestión del producto obtenido como los daños causados por el ilícito.

Finalmente, la *Convención de África* prácticamente replica la definición de Mérida a partir de la conjugación de las definiciones de producto y bienes a que corresponden esos productos en una sola cláusula. En ese sentido, el artículo 1 de la Convención de África define como producto de la corrupción los “activos de cualquier naturaleza, corpóreos o incorpóreos, móviles o inmóviles, tangibles o intangibles, y cualquier documento o instrumento legal que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos adquiridos como resultado de un acto de corrupción”, los cuales están sometidas a medidas constrictivas —“confiscación” — en procedimientos criminales o de otras naturalezas relacionadas el mismo hecho. Además, la Convención también demanda de los Estados la adopción de medidas similares a las definidas por la Convención criminal europea apuntadas en el párrafo anterior²⁶.

26 Cfr. artículos 6 y 16 de la Convención de África.

4.2 LA DISCIPLINA EN LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA

En Brasil, hay tres leyes que tratan de los aspectos patrimoniales derivados de una práctica ilícita: el Código Penal, la Ley de Lavado de Activos y la Ley de Improbidad Administrativa.

El *Código Penal* brasileño disciplina la cuestión en su artículo 91, que trata de los efectos de la condenación. Por él, la condena torna cierta (i) la obligación de que el imputado indemnice el *daño* causado por la práctica criminosa y (ii) la pérdida a favor de la Unión Federal — resguardado el derecho del lesionado o tercero de buena fe — [a] de los instrumentos del crimen y [b] del *producto* del ilícito o de cualquier bien o valor que constituya provecho del ilícito. Además, el § 1 del mismo artículo dispone que “podrá ser decretada la pérdida de bienes y valores *equivalentes* al producto o al provecho del crimen cuando esos no fueran encontrados o cuando se localizan en el exterior”, siendo que el § 2 admite el embargo preventivo sobre bienes o valores equivalentes.

Ya la *Ley de Lavado de Activos* de Brasil²⁷, que ya no limita el rol de crímenes antecedentes, trata de la cuestión en su artículo 7. En él, además de remitir la cuestión para el Código Penal, (i) establece que el beneficiario de la pérdida será la Unión Federal o el Estado federado conforme la respectiva competencia para juzgar el crimen — si es de la justicia federal o estadual —, y; (ii) que la pérdida podrá recaer sobre “todos los bienes, derechos y valores relacionados, directa o indirectamente, a la práctica de los crímenes previstos en esa Ley, incluso aquellos utilizados para prestar la fianza, resguardado el derecho del lesionado o de tercero de buena fe”. Además, sus artículos 4 y 4-A tratan de medidas relativas al embargo preventivo y a la alienación anticipada de bienes y valores que constituyen instrumento, producto o provecho del ilícito, aunque estén en nombre de personas interpuestas.

Finalmente, la *Ley de Improbidad Administrativa* brasileña trata de la cuestión en su artículo 12. Por él, entre otras sanciones que estipula, se dispone que: (i) si se trata de acto de improbidad que importe *enriquecimiento* ilícito del acusado, se deberá decretar [a] la “pérdida de los bienes o valores acrecidos ilícitamente” y [b] el “resarcimiento integral del daño, cuando hubiera”; (ii) si se trata de acto que importe

27 Ley Federal 9.613/1998, de 3 de marzo, alterada por la Ley Federal 12.683/2012, de 9 de julio. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm.

perjuicio al erario, se deberá decretar [a] el “resarcimiento integral del daño” y [b] la “pérdida de los bienes o valores acrecidos ilícitamente al patrimonio, si coincidir esa circunstancia”, y; (iii) si se trata de acto que atenta contra los principios de la Administración Pública, se deberá decretar [a] el “resarcimiento integral del daño, si hubiera”.

En líneas generales, es ese el marco legislativo brasileño pertinente a la cuestión de la recomposición de activos en casos de corrupción o improbidad. Así, en el próximo apartado se tratará de comentar brevemente esas disposiciones con el propósito de identificar el marco teórico adoptado en el contexto brasileño — si del producto bruto o neto.

4.3 LA DEFINICIÓN DE PRODUCTO EN EL CONTEXTO JURÍDICO BRASILEÑO

En relación a la realidad legislativa brasileña, se revela muy clara la aplicación de la teoría del producto bruto. Es en ese sentido que se presenta el amplio marco definidor del concepto de producto establecido por la propia Ley de Lavado de Activos de Brasil, que determina la pérdida “de todos los bienes, derechos y valores relacionados, directa o indirectamente, a la práctica de los crímenes”, es decir, (i) la expresión “todos” resalta la amplitud del concepto, (ii) la expresión “relacionados” abarca todo el flujo patrimonial y financiero movido a partir de la práctica criminosa, mientras (iii) las locuciones “directa o indirectamente” resaltan que esa relación no necesariamente deriva de un negocio ilícito en sí mismo o no demanda haber un nexo causal inmediato entre el ilícito y el producto. Por ese concepto, (i) los gastos de hoteles para la práctica del crimen, (ii) los gastos con los empleados de una organización criminosa o (iii) los valores dependidos con una empresa de consultoría legalmente establecida con el propósito de “lavar” los activos, no podrán ser deducidos pues aunque el gasto sea lícito, es *ilícita la imputación del gasto*, pues son “funcionales para la comisión del delito”²⁸. Así, la Ley de Lavado de Activos de Brasil explicita adecuadamente el concepto de producto del ilícito y representa instrumento hábil para su comprensión general en el sistema jurídico según la teoría del producto bruto.

²⁸ En ese sentido, véase BLANCO CORDERO, que, después de consignar que la comisión del delito puede demandar no sólo la realización de gastos ilícitos, como de naturaleza lícita, concluye que la adopción del “principio de ganancias netas” impondría la deducción de esos gastos funcionales. BLANCO CORDEIRO, op. cit., 2011, p. 6.

En el mismo sentido camina la Ley de Improbidad de Brasil. Su artículo 12, especialmente al tratar de las sanciones por los actos que causan enriquecimiento ilícito y perjuicio al Estado, demanda recomposición plena e integral del producto del ilícito, o sea, “la pérdida de los bienes y valores acrecidos ilícitamente al patrimonio”, así como el “resarcimiento integral del daño. Así, a título de ejemplo, todas las ventajas y percepciones de valores obtenidos a partir de un contrato marcado por la práctica de corrupción debe ser perdido por los autores del ilícito, bien como todos los daños causados al Estado a partir de aquel mismo ilícito.

Además, no bastasen los dos normativos nacionales mencionados arriba, la opción legislativa por la teoría del producto bruto en Brasil se da también por la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción²⁹. Sobre la fuerza normativa interna de la Convención, el Ministro Teori ZAVASCKI, del Supremo Tribunal Federal de Brasil, en artículo que trata de los mecanismos de cooperación internacional — con referencia expresa a la Convención de Mérida — doctrina que “excepto si declarados inconstitucionales, los tratados y convenciones aprobados y promulgados por Brasil [...], deben ser fielmente cumplidos por sus destinatarios”³⁰. Del mismo modo, es pacífica la doctrina del Supremo Tribunal brasileño en el sentido de que “los tratados y convenciones internacionales, una vez regularmente incorporados al derecho interno, se sitúan, en el sistema jurídico brasileño, en los mismos planos de validez, de eficacia y de autoridad en que se posicionan las leyes ordinarias”³¹, es decir, en el mismo estándar del Código Penal, de la Ley de Improbidad y de la Ley de Lavado de Activos de Brasil. Además, conforme apunta BLANCO CORDERO:

En el contexto de las Naciones Unidas los convenios sobre drogas, crimen organizado y corrupción utilizan el término productos para referirse al objeto del decomiso. Constituyen productos, según estos convenios, los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente

29 A ese respecto, la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción ha sido ratificada por el país en 15 de junio de 2005, vigora desde 14 de diciembre de 2005, y ha sido promulgada por medio del Decreto 5687/2006, de 31 de enero.

30 En ese sentido, véase ZAVASCKI, Teori Albino. *Cooperação jurídica internacional e a Concessão do Exequatur*. *Revista de Processo*, v. 35, n. 183, p. 15, maio 2010. Del mismo modo, CAMARGO, Batriz Corrêa. *Instrumentos internacionais no combate à corrupção. transformações e harmonização do direito penal brasileiro: Considerações sobre os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira*. *Revista Brasileira De Ciências Criminais, RBCCRIM*, v. 9, n° 89, p. 97, março 2011.

31 En ese sentido, véase STF, Tribunal Pleno, Acción Directa de Inconstitucionalidad – ADI 1480, poniente Ministro CELSO DE MELLO, sentencia de 4 de septiembre de 1997, publicada día 18 de mayo de 2001.

de la comisión de un delito. Parece, como indican algunos jueces de los Tribunales Supremos, que los Convenios de Naciones Unidas optan por asignar un significado muy amplio al concepto de productos, claramente dirigido a asumir el principio de ganancias brutas.

[...]

*En definitiva, el término productos a nivel internacional es lo suficientemente amplio para comprender las ganancias brutas.*³²

Así, la incorporación de la Convención de Mérida en el sistema normativo brasileño, refuerza la adopción del concepto de producto según la teoría del producto bruto.

Por lo tanto, en el contexto jurídico brasileño, sea por razones de justicia y legalidad, sea por los parámetros expresos en la nueva redacción de ley de lavado de activos, sea por la disposición de la ley de improbidad administrativa, sea por la propia definición asumida a partir de la ratificación y promulgación de la Convención de Mérida con status de ley ordinaria, la definición de producto sigue la teoría del producto bruto.

5 LOS CRITERIOS PARA LA RECUPERACIÓN INTEGRAL DE LOS EFECTOS PATRIMONIALES GENERADOS POR LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN

Ante lo expuesto en el presente estudio, ahora es posible especificar los contornos para la recuperación integral de los efectos patrimoniales generados por los actos de corrupción. Para tanto, el intérprete debe basarse en criterios de justicia y equidad que aquí serán presentados a partir de tres factores: (i) el valor del producto del ilícito; (ii) el valor del daño o perjuicio material causado por el ilícito, y; (iii) el valor del daño moral o extra patrimonial causado por el mismo ilícito. Así, siguen los criterios para la fijación de esos tres indicadores.

5.1 LOS CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL VALOR DEL ENRIQUECIMIENTO O PRODUCTO DEL ILÍCITO

Por razones de legalidad y justicia, se debe partir de la teoría del producto bruto para la determinación del producto del ilícito. En

32 A ese respecto, véase BLANCO CORDERO, op. cit., 2013, p. 136. En el mismo sentido, véase BLANCO CORDERO, op. cit., 2011, p. 6.

ese sentido, en primer lugar, no se puede olvidar que el propio concepto y construcción del Estado de Derecho se funda en los principios de legalidad y la justicia, lo que por sí sólo impone la distinción entre la industria legal y la industria del crimen, entre los negocios que promueven los valores del Estado Democrático y aquellos que generan desigualdad e injusticia social — aunque, en un concepto muy restricto, genere renta para los involucrados directa o indirectamente en la práctica del ilícito, como son empleados de una organización criminal —. En segundo lugar, los contornos legislativos expresos en los convenios internacionales y en las leyes nacionales evidencian no sólo (i) un concepto amplio de producto, como también (ii) la necesidad de integral recomposición de los activos generados por el ilícito y (iii) una completa distinción entre los negocios lícitos y aquellos marcados por prácticas ilícitas — lo que impone que ambos sean efectivamente tratados de modo distinto —. Así, la teoría del producto bruto constituye el referencial para la determinación del producto del ilícito en el caso concreto.

Sin embargo, si de hecho la teoría del producto bruto es la única capaz de representar el Estado de Derecho y de viabilizar la justa mensuración de los activos que deben ser objeto de condena de los imputados en los casos de corrupción, no se puede olvidar que su aplicación sin cualquier criterio puede generar situaciones injustas. En otras palabras, la teoría del producto bruto es el punto de partida indispensable para la definición justa del producto, pero no es la propia representación final del resultado del producto justo.

De ese modo, al *principio*, son productos del ilícito *todas las riquezas relacionadas o manejadas directa o indirectamente a partir de la práctica del ilícito*. A partir de esa premisa, con base en los precedentes de la doctrina de la Corte Suprema de Italia y en la definición de producto conforme la naturaleza del negocio presentada en Estados Unidos por la *Civil Asset Forfeiture Act – CAFRA*, se debe distinguir entre el *negocio ilícito* y el *negocio lícito realizado de modo ilícito*. Así:

- a) *Si el propio negocio es ilícito*, como lo son el juego ilegal, el tráfico de armas y el tráfico de drogas, se aplica la regla del producto bruto sin cualquier posibilidad de descuento, se esté delante (i) de un gasto ilícito — como el valor gastado para la compra de la droga —; o mismo (ii) de un gasto lícito instrumental o útil para la comisión del ilícito — como los gastos de viaje para la venta de la droga o los gastos con el alquiler para la instalación y funcionamiento de la oficina de la organización criminal —.

b) *Si el negocio es lícito, pero realizado de modo ilícito* en su proceso de formación o ejecución, como suelen ser los casos de corrupción, se aplica la regla del producto bruto, pero, *en la medida de la utilidad* experimentada por la víctima del ilícito — en este caso, el Estado —, o sea, el acusado podrá postular al descuento de los costes *lícitos, directos — direct costs — y razonables* por él comprobadamente realizados en la ejecución del contrato. De ese modo, a título de ejemplo, (i) no se podrá descontar el valor del soborno pagado, por ser ilícito; (ii) no se podrán descontar los gastos con la cena realizada para efectuar el pago de soborno, porque, a pesar de ser un gasto lícito, es ilícita su imputación por ser instrumental para el ilícito, además de indirecto en relación al objeto del contrato e irrazonable; pero (iii) se podrá descontar del valor total del contrato los gastos lícitos y razonables efectuados para la ejecución de la obra que ha sido objeto del negocio obtenido por medio del pago del soborno, como costes con funcionarios, adquisición de material para la realización de la obra y pago de impuestos.

Por lo tanto, en el caso de un contrato administrativo marcado por una práctica corrupta o ímproba, el pleito del Estado debe considerar el producto bruto, o sea, el valor total del contrato, pero debe al mismo tiempo admitir la deducción de los costes lícitos, directos y razonables demostrados por la parte acusada durante la instrucción del proceso.

5.2 LOS CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO MATERIAL CAUSADO POR EL ILÍCITO

Conforme ya registrado en este estudio, el daño material causado por la práctica ilícita puede o no coexistir y hasta confundirse con el producto. En tales hipótesis, se debe considerar que el daño debe estar directamente relacionado al hecho ilícito, bien como, si hubiera confusión entre el daño y el producto — beneficio o enriquecimiento —, no podrá haber *bis in idem* y se deberá aplicar la regla de subsidiariedad del producto en relación al daño, privilegiándose el pago del daño a la víctima — que en los ilícitos de corrupción es representada por el propio Estado. Así, se evita el enriquecimiento injustificado del Estado y se permite la restauración integral de las consecuencias patrimoniales causadas por el ilícito.

5.3 LOS CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO MORAL CAUSADO POR EL ILÍCITO

De otra parte, el ilícito también puede generar daños de naturaleza extra patrimonial o moral. Así, la cuestión que se plantea

en ese momento es al respecto de los criterios para la fijación del valor de los daños morales causados por el acto corrupto.

Con el propósito de esclarecer la cuestión, pienso que la cuantificación del daño debe considerar tanto (i) aspectos relacionados al *agente*, como (ii) las características y consecuencias del *acto*. Al respecto (i) del *agente*, el juez debe evaluar [a] la relevancia y grado de responsabilidad del cargo ocupado, [b] el nivel de participación del agente en la realización del ilícito, [c] su capacidad económica y [d] su nivel de interés o beneficio perseguido u obtenido a partir de la realización del acto. En relación a (ii) las características y consecuencias del *acto*, deben ser evaluadas [a] la gravedad de la conducta, [b] su grado de lesividad, [c] el nivel de repercusión social generado, bien como [d] el nivel de desgaste y descrédito institucional causado por el ilícito. A partir de esos parámetros, debe el juez aplicar regla de proporcionalidad en función de cada agente, para que la cuantificación del daño no sea ni irrisoria o insignificante — como no es la conducta ímproba —, ni excesiva, pero justa e integral.

6 CONSIDERACIONES FINALES

Por lo tanto, en definitiva, el montante a ser restituido al Estado en función del acto corrupto o ímprobo debe representar la exacta reconstitución de las consecuencias patrimoniales y extra patrimoniales causadas por el ilícito según parámetros de justicia y equidad. Para tanto, es indispensable que la cuantificación del montante a ser resarcido considere (i) el producto bruto del ilícito, pero, tratándose de ilícito en el negocio y *en la medida de la utilidad* experimentada por el Estado, admitiéndose al acusado postular el descuento de los costes *lícitos, directos, y razonables* por él comprobadamente realizados en la ejecución del objeto del contrato; (ii) la reparación de los daños materiales causados sin incidencia de *bis in idem*, y; (iii) la reparación de los daños extra patrimoniales o morales según parámetros de proporcionalidad en función de las características del agente y del acto. Así, se garantiza la justa reparación sin enriquecimiento ilícito de uno u otro lado, bien como sin que el daño y riesgo de la conducta sea soportado por la propia sociedad, ya victimizada por el ilícito.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO CORREA, T. *El comiso*. Madrid: EDERSA, 2000, p. 11.

BLANCO CORDERO, Isidoro. El comiso de ganancias: ¿brutas o netas? *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, n° 7569, p. 1-9, 2011.

_____. El decomiso de las ganancias de la corrupción. *Revista Eletrônica de Direito Penal*, v. 1, n° 1, 2013. Disponible em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7146>>.

CÁMARA ALVAREZ, Manuel de la; DÍEZ-PICAZO, Luis. *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*. España, Madrid: Editorial Civitas, 1988.

CAMARGO, Beatriz Corrêa. Instrumentos internacionais no combate à corrupção. transformações e harmonização do direito penal brasileiro: Considerações sobre os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira. *Revista Brasileira De Ciências Criminais, RBCCrim*, v. 9, n° 89, p. 97, marzo 2011.

DE CARVALHO, Daniela Marques. À Procura de una teoria de causalidade aplicável à responsabilidade civil ambiental. *Revista De Direito Ambiental*, n.62. p. 11, abr. 2011.

DICKERSON, Brian; BASKO, Klodiana. Confusion in defining ‘proceeds’ under the money-laundering statute: A survey of circuit opinions. *The Federal Lawyer*, n° 57, p. 23-27 y 51, jun. 2010.

EVAN, Ennis. Uncertain precedent: United states v. santos and the possibility of a legislative remedy. *Cornell Law Review*, v. 95, p. 191-219, nov. 2009.

FROTA, José Eduardo da Rocha. Ação de enriquecimento sem causa. *Revista De Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, p. 43-78, out./dez. 1984.

KROETZ, Maria Candida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. 2005. Disponible en: <http://www.ucc.ie/law/restitution/archive/brazil/Enriquecimento_sem_causa.pdf>.

MARGOLIS, Daniel; LEFEVER, Anne. What ‘proceeds’?. *The New York Law Journal*, octubre, 12, 2009. Disponible en: <<http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/97DDE252104B51E38A5EA9B0EE703C84.pdf>>.

MONGILLO, Vincenzo. La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca di identità: Luci ed ombre della recente pronuncia delle sezioni unite. *Rivista Italiana Di Diritto e Procedura Penale*, p. 1764-1765, out./dez. 2008.

MURPHY, M. Maureen. *United states v. santos*: 'proceeds' in federal criminal money laundering statute, 18 USC section 1956, means 'profits', not 'gross receipts'. 2008. Disponible en: <https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metacrs10756/m1/1/high_res_d/RS22896_2008Jun13.pdf>.

ZAVASCKI, Teori Albino. Cooperação jurídica internacional e a Concessão do Exequatur. *Revista de Processo*, v. 35, n. 183, p. 15, maio 2010.