

PRUEBA INDICIARIA - REINA DE LAS PRUEBAS EN EL COMBATE CONTRA CORRUPCIÓN¹

Leonardo Augusto de A. Cezar dos Santos²

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Concepto de Corrupción. 3. Efectos de la Corrupción. 4. Característica de los Actos Corruptos. 5. La Dificultad de la Producción de Pruebas en la Corrupción. 6. Concepto de Prueba. 6.1. Finalidad de la Prueba. 7. La Prueba Indiciaria. 7.1. Concepto de Prueba Indiciaria. 7.2. La necesidad de la Prueba Indiciaria en Casos de Corrupción. 8. Conclusión. Referencias.

RESUMEN: La corrupción es una enfermedad en la sociedad moderna y la lucha contra ella es uno de los más importantes retos. Hay efectos de los actos corruptos en la economía, en la protección de los derechos fundamentales y en la credibilidad de las instituciones. Los actos corruptos, habitualmente, suelen ser cometidos con total discreción, de manera que las dos partes corruptas intentan ocultar sus acciones. La dificultad en probar los actos corruptos es resultado de una búsqueda imposible de la verdad, por la reconstrucción histórica de los hechos. Aunque hoy la doctrina moderna entienda que la prueba debe convencer al juez, hay todavía quienes creen que él debe ser un historiador. Con esta visión anacrónica de la función de la prueba, la impunidad crece. En este escenario, la prueba indiciaria, a día de hoy, se ha convertido en la reina de las pruebas en la lucha contra la corrupción.

PALABRAS CLAVE: Corrupción. Combate. Prueba indiciaria. Herramienta primordial.

PROVA INDICIÁRIA - RAINHA DAS PROVAS NO COMBATE À CORRUPÇÃO

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Conceito de Corrupção. 3. Efeitos da Corrupção. 4. Característica dos Atos de Corruptos. 5. A Dificuldade de produção de prova da Corrupção. 6. Conceito de Prova. 6.1. Finalidade de Prova. 7. Prova Indiciária. 7.1. Conceito de Prova Indiciária. 7.2. A Necessidade da Prova Indiciária nos Casos de Corrupção. 8. Conclusão. Referências.

¹ Este artigo foi originalmente publicado na Revista Jurídica da Presidência, v. 18, n. 115 (2016), DOI:<http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2016v18e115-1297>.

² Doutorando em Estado de Direito e Governança Global (Universidade de Salamanca – Espanha). Mestre em Corrupção e Estado de Direito (Universidade de Salamanca – Espanha). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo.

RESUMO: A corrupção é uma doença na sociedade moderna e a luta contra ela é um dos desafios mais importantes. Os efeitos dos atos de corrupção se manifestam na economia, na proteção dos direitos fundamentais e na credibilidade das instituições. Atos de corrupção são frequentemente cometidos com total discrição, de modo que as duas partes corruptas tentam esconder suas ações. A dificuldade em provar atos de corrupção é o resultado de uma busca impossível pela verdade, pela reconstrução histórica dos acontecimentos. Embora hoje a moderna doutrina entenda que a prova deve convencer o juiz, ainda existem aqueles que acreditam que o juiz deve ser um historiador. Assim, com este ponto de vista anacrônico da função da prova em reconstruir a história, a impunidade cresce. Nesse cenário as provas indiciárias surgem, prova esta que hoje se tornou a rainha das provas na luta contra a corrupção.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Combate. Provas circunstanciais. Principal ferramenta.

CIRCUMSTANTIAL EVIDENCE - THE QUEEN OF EVIDENCES ON FIGHTING AGAINST CORRUPTION

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Concept of Corruption. 3. Effects of Corruption. 4. Característica of Corrupt Acts. 5. Difficulty of Production of Evidence Corruption. 6. Evidence Definition. 6.1. Evidence Purpose. 7. Circumstantial Evidence. 7.1. Circumstantial Evidence Definition. 7.2. The Need of Circumstantial Evidence in Cases of Corruption. 8. Conclusion. References.

ABSTRACT: Corruption is a disease in modern society and the fight against it is one of the most important challenges. The effects of corrupt acts are in the economy, in the human rights and affect the institutions credibility. Corrupt acts usually are often committed with total discretion, so that the two corrupt parties attempt to hide their actions. The difficulty in proving corrupt acts is the result of an impossible search for truth, trying a historical reconstruction of events. Although today the modern doctrine understands that the evidence must convince judges, there are still those who believe that the judge must be a historian. Thus, with this anachronistic view of the function of the evidence, impunity grows up. In this scenario circumstantial evidence arises. This kind of evidence, nowadays, has become the queen of the evidences in the fight against corruption.

KEYWORDS: Corruption. Combat. Circumstantial evidence. Primary tool.

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción es un mal. Eso es un hoy pensamiento común, tanto entre los que estudian el tema, como entre la población. La pobreza, la falta de inversiones en educación y salud, la bajas tasas de desarrollo social, todo ello está directamente ligado a sociedades donde hay índices elevados de corrupción.

Durante años, la doctrina no se interesaba en el estudio de la corrupción, pero en los últimos años, todo se ha cambiado. Antes,

entendían los estudiosos que la corrupción era un tema afecto a los países pobres, pero con el pasar del tiempo, han sido observado que había también esta práctica de corrupción en los países considerados ricos.

Según Cláudia Santos (2007 apud SILVEIRA, 2011), los daños de la corrupción han sido subestimados durante mucho tiempo, porque, como ya dicho, se entendía que era una realidad de los países subdesarrollados y también porque ignoraban los efectos generados por la corrupción en los crímenes de cuello blanco y en el crimen organizado.

Además, también se debe tener en cuenta el pensamiento de Landes (2003, p. 45). Según el autor el mundo está dividido, aproximadamente, en tres especies de naciones: aquellas en que las personas gastan ríos de dinero para no ganar peso, aquellas en que las personas comen para vivir y aquellas cuya población no sabe de dónde vendrá la próxima refección. Ese hiato todavía aumenta en los extremos de manera bien clara. Algunos países no están sólo no ganando; están cada vez más pobres, relativamente, y, por veces, en términos absolutos. Otros mal consiguen mantenerse donde están. Otros se esfuerzan para recuperar el retraso.

Continúa el autor diciendo que la tarea de los países ricos, en sus propios interés tanto cuanto en lo de ellos, es ayudar los países pobres a devenir en sitios más saludables y más ricos. Si no lo hicieren, ellos procurarán tomar lo que no pueden hacer; y si no pueden ganar exportando productos, exportarán gente. La paz y prosperidad dependen, así, a largo plazo, del bienestar de los otros.

En razón de ese cambio y la preocupación por los efectos de la corrupción, los organismos internacionales han firmado varios tratados y convenios y han surgido varias organizaciones que tienen como finalidad la lucha contra la corrupción y el establecimiento de índices sobre el nivel de corrupción en los países. Sobre eso, se puede destacar la actuación de la ONU (UNCAC), de la OCDE, del Consejo de Europa (GRECO), de la OEA (MESICIC), así como de la Transparencia Internacional que desarrolla un excelente trabajo sobre la percepción de la corrupción en el mundo (SÁNCHEZ, 2014).

El Brasil, siguiendo los mismos vientos internacionales de la lucha internacional contra la corrupción, también ha creado varias leyes que ayudan a efectivizar un mejor combate a la corrupción. Como ejemplos, tenemos la Ley nº 12.850/2013 (BRASIL, 2013), que define y dispone sobre medios de obtención de pruebas para crímenes organizados – y la Lei de nº 12.846/2013 (BRASIL, 2013),

llamada Ley Anticorrupción de las Empresas, que ha traído sanciones administrativas y civiles para personas jurídicas que practican actos corruptos contra la administración pública. Un gran avance para el combate de la corrupción que, pronto, traerá buenos frutos a los brasileños.

Se llegó a la conclusión de que la corrupción es un gran obstáculo al desarrollo de la sociedad. La corrupción, ahora, es considerada como un gran problema social. Un problema que pone en peligro la estabilidad y seguridad de la sociedad, amenazando el desarrollo social, económico y político. Además, también arruina el valor de la democracia y de la moral (CEPEDA; SÁNCHEZ, 2013).

La lesividad de la corrupción se disemina por varios campos. En la esfera política, la corrupción deteriora las instituciones democráticas, con la pérdida de la confianza del ciudadano en el Estado; en la esfera de los derechos fundamentales, la corrupción lesa uno de los principales derechos fundamentales que es el derecho a la igualdad, pues en razón de ella, se excluye la posibilidad de acceso igualitario a los servicios públicos; en la esfera económica, la corrupción impide la competencia perfecta y provoca la reducción de la eficiencia en el uso de los recursos públicos (CEPEDA; SÁNCHEZ, 2013).

Muchas de las conductas corruptas son tipificadas como crímenes, así como en los delitos más complejos. Esas prácticas suelen ser clandestinas, es decir, son practicadas sin testigos y sin pruebas directas. Así, aparte de otros problemas que puede acarrear con la corrupción, aún tenemos la cuestión probatoria como un reto más a ser vencido.

Hay varios medios para obtener pruebas que pueden ayudar en el convencimiento del juez, como la interceptación telefónica, el levantamiento de secreto bancario y fiscal. Pero, aun así, para hacer un razonamiento jurídico que conlleve a una condena, la principal forma para que se llegue a un juicio de convencimiento sobre los hechos argumentados es la prueba indiciaria.

Para tanto, ha sido utilizado levantamiento de bibliografías, tanto brasileñas, como Tourinho Filho (1994) e Dallagnol (2015); como extranjeras, por las enseñanzas del italiano Gianturco (1958), del alemán Mittermaier (2008) y el español Climent Durán (1999) con la finalidad de mejor comprender la lucha contra corrupción en todo el mundo y la importancia de la prueba indiciaria como herramienta de este combate.

2. CONCEPTO DE CORRUPCIÓN

La corrupción tiene una difícil definición y no hay todavía una que consiga fundir todas las modalidades de corrupción existentes. Ese hecho puede ser constatado por la cantidad de trabajos que hay cuyo tema es la corrupción y la inexistencia de un consenso sobre su definición (VILLORIA; JIMÉNEZ, 2012).

Corrupción es una palabra originaria del latín *corrumpĕre*, es decir, significa alterar y trastocar la forma de algo y echar a perder, depravar, dañar, pudrir (DE LA LENGUA, 2002). La corrupción se asemeja a la definición de putrefacción, ya que produce la podredumbre de uno sistema (ROSE-ACKERMAN, 2009). Por ende, la corrupción es una acción que estropea las relaciones en la sociedad, ya que siempre tiene una carga negativa en su sentido.

Antes de citar algunas definiciones, es importante subrayar que el concepto de corrupción ha cambiado a lo largo del tiempo, sobre todo desde los códigos aprobados en el siglo XIX. Hoy se ha ampliado el concepto de funcionario público, entendiéndose cómo tal todo y cualquier persona que tenga funciones de transcendencia pública. Así, quien practica la conducta corrupta son personas que ejercen funciones públicas en beneficio de intereses privados (TORRE; CAPARRÓS, 2010).

Además, tenemos que considerar que en los casos corrupción siempre hay el cruce entre la riqueza privada y el poder público. El caso más típico de corrupción es aquel en el que una persona o una empresa privada paga alguna cantidad de dinero a un funcionario público en cambio de un beneficio (ROSE-ACKERMAN, 2009).

No se puede olvidar también que el concepto de corrupción, según el cual es necesario el cruce de lo público con lo privado es muy criticado, por no recoger todos los casos de corrupción. Cada vez más, en los ordenamientos jurídicos y en la doctrina, hay previsiones sobre la corrupción privada, o sea, sin que haya participación de un ente estatal en la relación. Es lo que se observa en La Convención de Mérida (Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción), en los artículos 21 (Soborno en el sector privado) y 22 (Malversación o peculado de bienes en el sector privado). Entretanto, en razón de la complejidad y las peculiaridades de la corrupción privada, ella merece un estudio específico, que escapa de los objetivos de este trabajo. Así, sólo trataré de la corrupción pública para que los límites de investigación están bien establecidos.

Para hacer más hincapié sobre el tema de la corrupción, trato algunos conceptos de la doctrina.

Villoria y Jiménez (2012, p. 110), aunque entiendan que no existe un concepto capaz de acoger todas las modalidades de corrupción, para poderse manejar con el tema dicen que se puede:

considerarla como un abuso de posición por un servidor público, con un beneficio extraposicional directo o indirecto (para el corrupto o los grupos de que forma parte este), con incumplimiento de normas jurídicas que regulan el comportamiento de los servidores públicos.

Seña (2002, p. 35) dice que:

se pueden definir actos de corrupción [...] como aquellos que constituyen la violación, activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizados en un marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio extraposicional, cualquiera sea su naturaleza.

Aunque haya esos intentos de definiciones y tipologías por varios autores, creo que por cuenta de la pluralidad de acciones que puedan ser tenidas como corruptas y de la complejidad del mundo actual, sigo la enseñanza del autor y profesor Caparrós (2003, p. 22) que dice:

En el ámbito estrictamente jurídico, corrupción será lo que la normativa defina como tal en cada momento y en cada sector, debiendo interpretarse en cada caso en función de cuál sea la finalidad que se pretenda. Por todo ello, la inflación semántica a la que se ve sometido el término no justifica un estudio que, desde mi particular punto de vista, poco podría aportar a la discusión.

Ese argumento del profesor puede ser comprobado por las diferencias entre, por ejemplo, conductas que en Brasil no son corruptas, pero que son tipificadas en España.

3. EFECTOS DE LA CORRUPCIÓN

La corrupción es causa varios efectos maléficos en la sociedad. La Convención de Mérida (BRASIL, 2006) (Convención de la Naciones Unidas contra la Corrupción), en su preámbulo ya demuestra la preocupación por los efectos de la corrupción y lo ve como un grave problema, diciendo que los países estaban

Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley [...].

Con todo, en un primer momento, los estudiosos entendían que la corrupción aportaba desarrollo económico. Esa tesis era defendida por la escuela funcionalista norte-americana, pues ellos acreditaban que había ventajas con la corrupción, sobre todo para países en desarrollo. Defendían que en una sociedad corrupta, pero eficiente, los que tengan más, y estén dispuestos a pagar, tendrían acceso a los servicios públicos. La corrupción sería un “lubrificante” necesario para el desarrollo, ayudando en la celeridad y aumentando la remuneración de funcionarios públicos (CAPARRÓS, 2008).

El argumento de la escuela funcionalista podría ser comprobado empíricamente a través de algunos casos ocurridos en países del Este europeo (Bulgaria, Lituania, Rumania). En ellos, los salarios de los profesionales que trabajaban con la salud pública eran muy bajos. En caso de que un ciudadano quisiera utilizar los servicios públicos de salud, como una cirugía, debería dar “regalos”. Así, la diferencia entre el costo oficial de los servicios y el costo real del trabajo se compensaba con esos regalos pagados por los pacientes para complementar su cobertura. De ese modo, se establecía un equilibrio entre la oferta y la demanda y como los precios reales se establecían. Pero, después, se llegó a la conclusión de que no había un fomento al desarrollo, pues los rendimientos de la inversión pública también son los más bajos en los países más corruptos, mientras que los sistemas de salud están crónicamente con pocas inversiones (MUNGIU-PIPPIDI, 2013).

Ese argumento ha servido para justificar las conductas de personas, física y jurídica, que durante mucho tiempo corrompieron a funcionarios públicos de países pobres para que tuviesen ventajas en contrataciones públicas.

Hace poco tiempo que los países ricos, con la finalidad de aumentar la competitividad de sus empresas, permitían el pago de “comisiones” para funcionarios públicos de países importadores y admitían, incluso, que hubiese descuentos de ese valor en los tributos debidos. La única exigencia era que los actos fuesen practicados fuera del territorio de esos países (GARCIA, 2003).

Además, aun con ese argumento de que hay beneficios con la corrupción, a largo plazo, sus efectos son catastróficos. La lesividad de la corrupción se disemina por varios campos: en la esfera política; en la esfera de los derechos fundamentales; y en la esfera económica (CEPEDA; SÁNCHEZ, 2013).

En la esfera política, la corrupción perjudica el funcionamiento de las instituciones públicas y de la democracia. El comportamiento

de un funcionario corrupto demuestra desprecio a la Administración Pública. Con la generalización de ese comportamiento, se perjudica la confianza del ciudadano en las instituciones, que es el fundamento del Estado de Derecho. Los ciudadanos perciben que las decisiones de la Administración no atienden al interés general, al interés público. Por ende, hay una pérdida de confianza y, como consecuencia lógica, la pérdida de legitimidad del Estado (CAPARRÓS, 2003, p. 29).

En la esfera de los derechos fundamentales, la corrupción afecta al derecho a la igualdad. Los argumentos de la escuela funcionalista norte-americana comprueban eso. La corrupción favorece a los que tienen más dinero, excluyendo las personas que no tienen recurso para usufructuar los servicios públicos que deberían estar disponibles para todos, de manera ecuánime. Importante subrayar también que, con la violación al derecho de la igualdad, el corruptor obtiene un trato privilegiado por parte del Estado, rompiéndose las reglas de elemental reciprocidad del pacto social (CAPARRÓS, 2003, p. 35-36).

Aún son más grave son los efectos de la corrupción a otros derechos fundamentales cómo, por ejemplo, la salud y la educación. Precisa son las palabras de Peter Eigen, expresidente de la organización Transparencia Internacional:

El virus del SIDA está matando millones de africanos, y en muchos de los países donde el SIDA es más devastador, el problema se ve agravado por el hecho de que los niveles de corrupción se perciben como muy altos. Mientras es imperativo que los países más ricos proporcionen los frutos de la investigación médica a un precio razonable para afrontar esta tragedia humana, es también esencial que los gobiernos corruptos no roben a su propia gente (2001 apud CAPARRÓS, 2003, p. 36).

Cuando el Estado pierde ingresos en razón de la corrupción, debido al desvío de dinero público por parte de sus agentes, esos valores podrían ser utilizados para inversiones en políticas públicas que concretizasen los derechos fundamentales, como la construcción de hospitales o escuelas. Por ende, la corrupción limita la concretización de los derechos fundamentales, finalidad principal del Estado Social (SANTOS, 2009).

Mary Robison, que ha trabajado como Alta Comisaria de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y expresidente de Irlanda, ha llegado a afirmar que la comunidad de los derechos humanos necesitaba tener más atención en la corrupción, pues ella conlleva a la distorsión de las prioridades en las inversiones en salud. Dinero, que debería ser gastado para aliviar la pobreza

y las enfermedades, va parar en el bolsillo privado. La corrupción literalmente viola los derechos humanos porque las personas son privadas de tener acceso a los servicios que el gobierno está obligado a proveer (ROBISON, 2006).

Hay casos también en que, para hacer frente a los pagos de soborno para conseguir un contrato público, las empresas disminuyen la calidad o cantidad de los materiales empleados en la construcción de la obra adjudicada por el poder público. Así, pone en peligro la vida y la salud de los trabajadores de las personas que después va a utilizar lo bien (CEPEDA; SÁNCHEZ, 2013).

Por fin, la corrupción también produce efectos en la esfera económica. Hoy en día, la teoría de que la corrupción sería un “lubrificante” para el desarrollo no tiene más lugar. Se ha percibido que los efectos económicos de la corrupción, a largo plazo, son devastadores.

La corrupción retira la eficiencia del mercado. Eficiencia es la capacidad de alcanzar un objetivo, con la menor cantidad de recursos posibles. Pues bien, la corrupción aumenta los gastos públicos, pero lo destina a proyectos que no tiene utilidad con el objetivo de desviar dinero público (CEPEDA; SÁNCHEZ, 2013).

Hay también efectos sobre la competitividad, ya que el acto corrupto puede constituir un medio para influir en la tomada de decisiones del agente público con potestad para determinar la realización o no de una obra o la prestación de determinado servicio. Con ello, ha una lesión de la ley de oferta y demanda, perjudicando la competencia leal y, indirectamente, el interés general (CAPARRÓS, 2003, p. 33).

Todos esos efectos son maléficos para el bienestar del pueblo. Los agentes estatales, en su misión primordial, trabajan justamente conseguir el contrario. La misión de esos agentes es mejorar, cada vez más, la calidad de vida de la población. Población ésta que los dan legitimidad para actuar, ya que en la mayoría de los países hay una democracia.

4. CARACTERÍSTICA DE LOS ACTOS CORRUPTOS

Ya sea por intermedio de la captura del estado, ya sea por la rama administrativa, la corrupción posee característica en común. Para tanto, Señal (2002, p. 32-35) reúne las características de los actos corruptos.

La primera es que los actos corruptos implican una violación de un deber posicional. Para el autor, quienes se corrompen violan, activa o pasivamente, algunas de las reglas del cargo que ocupa, demostrando un claro sentimiento de deslealtad hacia la norma violada.

Para este autor, la existencia de un acto de corrupción depende un sistema normativo que le sirva de referencia. Esta característica es consecuencia de la anterior. La noción de corrupción es dependiente de un sistema normativo. Por ello, ella puede tener naturaleza económica, política, jurídica o ética, a depender de la norma violada. Puede, hasta mismo, ser de distintas naturaleza a la vez.

El acto corrupto no siempre entraña una acción penalmente jurídica. Para que el acto corrupto tenga el rasgo penal, va a depender del tratamiento dado por lo sistema punitivo. Como subrayado por el autor, ese es uno de los problemas que se enfrenta en el combate a la corrupción en el comercio internacional, pues en algunas legislaciones, sobornar funcionario público extranjero para conseguir un contrato no es ilícito, pero no deja de ser un acto corrupto. Esta práctica, por ejemplo, es combatida por la OCDE que tiene una Convención sobre ese tema.

Los actos de corrupción están siempre vinculados a la expectativa de obtener un beneficio extraposicional. Ese beneficio no necesita ser una ganancia de carácter económico, pudiendo ser política, profesional y hasta mismo sexual. También no importa que el beneficio sea elevado o no.

Por último, e para ese trabajo el más importante, es la característica de que los actos de corrupción tienden a realizarse en secreto o al menos en un marco de discreción. Los autores de esos actos tienen el intento de ocultar sus acciones, mismo en los casos en que la violación de las normas del sistema de referencia sea ampliamente incumplida y casi nunca haya puniciones por eso. Por demostrar una actitud de deslealtad, la corrupción tiene una carga negativa, razón por la cual sus practicantes siempre tratan de que sus actos sean los más imperceptibles posible, intentando a todo costo esconder las huellas de sus actos.

Los actos de corrupción solen ser practicados en la mayor discreción posible. Este hecho dificulta y mucho la descubierta de cómo se dio la conducta corrupta y ayuda el crecimiento de la impunidad.

5. LA DIFICULTAD DE LA PRODUCCION DE PRUEBAS EN LA CORRUPCIÓN

Las dificultades de producción de pruebas de los actos corruptos son gigantescas. La corrupción es fruto de un pacto, un negocio con la finalidad de la compra de un comportamiento del agente estatal. Con todo, para esta comprar hay que haber una relación de confianza entre las partes. Como dice Caparrós (2003, p. 27), “hacen falta dos para bailar”.

Gil Villa (2008, p. 63) asevera que la relación entre los actores corruptos con de extremo refinamiento y complejidad. Es una acción guiada por el refrán “al buen entendedor pocas palabras bastan”, corrupto y corrupto hacen un pacto de caballeros para conseguir su objetivo. Ellos poseen los mismos intereses, cual sea, la ejecución del acto corrupto y su encubrimiento, razón por la cual la tasa de esclarecimiento es muy baja.

No se puede olvidar de la existencia del clientelismo, que de acuerdo con Caciagli (1996 apud Seña 2002, p. 25),

es una relación diática en la cual un agente, en posición de superioridad, utiliza su influencia y sus recursos para dar protección y seguridad a otro agente, que está en posición de inferioridad, a cambio de servicios, lealtad y apoyos.

Esa situación de lealtad, que suele ocurrir en el seno de las administraciones públicas, hace con que haya un pacto de silencio entre las personas involucradas con la conducta.

Las personas que transgreden las normas son protegidas y los que denuncias estas prácticas son acosados, sufren intimidaciones. De esto modo, las personas, mismo que no concuerden o no participen de la conducta corrupta, son incentivadas y, hasta mismo, obligadas a guardaren silencio para no sufrieren sanciones. Todos son concedores del acaecimiento de las violaciones legales, pero nada dicen para huyeren de represalias (SEÑA, 2002, p. 55). Ello conlleva a la alimentación del sistema corrupto, porque sin la quiebra de ese pacto de silencio, la producción de pruebas resulta perjudicada.

Allá de esos hechos, la evolución de la sociedad y las complejas redes construidas por los avances tecnológicos han hecho con que las conductas criminales también avancen en la misma velocidad. Las técnicas de investigación clásicas, por ende, no logran éxito al enfrentar la contrainteligencia utilizadas por los delincuentes. Estos procuran siempre el encubrimiento de sus actos ilegales y, contra la interceptación telefónica, utilizan circuitos cerrados de teléfonos;

códigos, a través de lenguaje cifrada; o la utilización de modernas tecnología como el *Skype, whatsapp, viber*, etc. También se debe subrayar que, aunque haya transnacionalidad de las redes corruptas, hay países que no cooperan con la investigación, mismo con las diversas normas internacionales sobre ese tema. Hecho que también dificulta la producción probatoria (DALLAGNOL, 2015, p. 281).

Por otro lado, cómo los delitos practicados a través de actos corruptos poseen características iguales a de los delitos de cuello blanco, ya que son especie de este, se puede utilizar los dichos de López (2011, p. 143):

Como características principales de esta categoría sociojurídica encontramos: 1) el uso de la ingenuidad o ignorancia de las víctimas; 2) el empleo de la astucia o la malicia, esto es, la ideación esmerada de fin delictivo propuesto; 3) la construcción de sofisticadas ficciones a fin de dotar de una apariencia de legalidad y/o certeza a dicho evento; 4) la circunstancia de que en caso de ser descubierto el antisocial, tanto las autoridades como la sociedad únicamente puedan tener conciencia de la ilicitud de la conducta, mas no de la identidad del autor; 5) el hecho de que los activos empleen una cobertura de honorabilidad o respetabilidad dada su posición política, social o económica, entre otras.

Todos lo demostrado permite que se entienda que con las pruebas clásicas, o sea, las directas no deben ser más utilizadas en casos de corrupción, pues perdieron la eficiencia que tenían antaño.

Tenemos como ejemplos los testigos. En casos cómo de la corrupción, es muy raro que se consiga, por lo que ya he demostrado, testimonios sobre los hechos. Cuando hay algún testigo, ella tiene alguna vinculación con el corrupto o con el corruptor, luego quieren darles protección, hasta metiendo. Todo eso demostrando lealtad a alguna de las partes corrupta.

Además, si por algún motivo, sea moral o mismo por venganza, resuelven hablar sobre los hechos, un testigo aislado no suele ser suficiente para basar una condena. Por fin, cabe subrayar la intimidación real o potencial que los testimonios pueden sufrir, conllevando al miedo de dijeren lo que saben sobre los hechos (DALLAGNOL, 2015, p. 282-283).

Por todo ello, hace necesario tener un nuevo enfrentamiento de la realidad. No se puede querer arreglar lo actual con métodos viejos. Ese anacronismo jurídico probatorio impide que se tenga una mayor eficiencia en la protección de los bienes jurídicos lesionados por la corrupción.

De ese contexto, es necesario un cambio de entendimiento sobre las pruebas. No se puede más entender la prueba cómo la construcción histórica de los hechos, sino cómo un instrumento de persuasión para formar el convencimiento del juzgador. Por ello, sumada la complejidad de producción probatoria en casos de corrupción, resurge la prueba indiciaria, especie de gran importancia contra la impunidad. La prueba indiciaria se deviene la “Reina de las pruebas” en casos de corrupción.

6. CONCEPTO DE PRUEBA

El derecho nace de los hechos, pero se alimenta de la prueba. Sin la prueba, aunque se tenga una posición jurídica de ventaja, el Estado-juez no garantizará esa posición, es decir, en el hecho está el nacimiento del derecho, pero sin la prueba él no será realizado. En frase magistral, Giovanni Leone cita la importancia de la prueba en el proceso penal y dijo, citado por José Frederico Marques (2009, p. 272), que la prueba es el centro de la ciencia penal.

Es la más pura verdad. La prueba es donde el juez tiene su fundamento para condenar o no el reo. La prueba es el medio por el cual se puede hacer una investigación sobre los hechos pasados y, basándose en ella, formar una decisión.

Según Nucci (2009, p. 15), el término prueba tiene su origen en el latín – *probatio*, así como el verbo probar – *probare*. En el mundo del derecho, en su clásica definición, la prueba es tan sólo la demostración de la veracidad de algún hecho o la autenticidad de algo.

La palabra prueba no es utilizada exclusivamente por la ciencia jurídica, sino por todos los ramos de la ciencia, principalmente después del empirismo, por lo cual todo conocimiento sólo puede ser encontrado a través de experimento sensoriales. Pero para nosotros, sólo nos importa el concepto en el derecho.

Hay varias definiciones de pruebas en el derecho procesal. Según Proto Pisani, la prueba puede ser una herramienta utilizada por el juez para conocimiento de hechos; puede ser el procedimiento por el cual se produce el conocimiento de los hechos por el juez; puede ser la actividad razonable hecha por el juez para llegar a una conclusión en el proceso; y también puede ser el resultado de ésta actividad (1991 apud MARINONI; ARENHART, 2009, p. 57).

Señala también Nucci (2009, p. 17) que el término prueba se manifiesta esencialmente en tres sentidos: a) como un acto: el

proceso por el cual se verifica la exactitud del hecho alegado por la parte; b) como un medio: es el instrumento por el cual se demuestra la verdad de algo; c) como resultado: el producto extraído a partir del análisis de los instrumentos de prueba ofrecidos, lo que demuestra la verdad de un hecho.

Fernando da Costa Tourinho Filho (1994, p. 244), jurista clásico brasileño, dijo que probar es, en primer lugar, establecer la existencia de la verdad; y la prueba es el medio por el que pretende establecerlo. Se entiende también por la prueba, los elementos presentados por las partes o por el juez, con el fin de establecer, dentro del proceso, la existencia de ciertos hechos. Es el instrumento de verificación *thema probandum*. A veces se emplea la palabra prueba en el sentido de la acción de probar. De hecho, probar significa hacer conocer a otros la verdad conocida por nosotros.

Esa definición de prueba como el establecimiento de la existencia de la verdad ya no es aceptada por la doctrina moderna, pues no es posible llegar a la verdad en el proceso, sino, en el máximo, la verosimilitud. En la doctrina clásica, solían los autores entender que la prueba era la reconstrucción de la verdad. Pero esa reconstrucción es imposible, pues la verdad está en el pasado y ese no se puede traer de vuelta. Tanto es así que los profesionales que examinan las pruebas judiciales son jueces y no historiadores.

Merece la pena aportar el pensamiento de Marinoni y Arenhart (2009, p. 59) en el que asevera que el juez no es un historiador. Y, se lo fuera, no debería ser elegido entre licenciados en Derecho, sino entre los licenciados en Historia, que están, seguramente, más preparados para las investigaciones sobre el pasado.

De acuerdo con las definiciones arriba mencionada, se observa que la prueba puede ser contemplada desde varios ángulos y cada uno de ellos con sus especificidades. Así, se puede concluir que la prueba es un elemento argumentativo y dialéctico. Para Marinoni y Arenhart (2009, p. 59), la prueba, en derecho procesal, es todo medio retórico, establecido en ley, y que tiene la finalidad de, dentro de los parámetros fijados por el Derecho y por criterios razonables, convencer al Estado-Juez de la validez de proposiciones, objeto de impugnación, hechos en el proceso.

Esa definición engloba todas las posibilidades de pruebas existentes y, además, fija bien que la prueba nada tiene que ver con la verdad, sino con el convencimiento del juez por un juicio de verosimilitud, dentro de la dialéctica procesal.

6.1. Finalidad de la Prueba

El juez es el actor procesal al que se destina la prueba. Él es el personaje principal de la relación de la materia probatoria, pues las partes producen, argumentan y dialogan en el proceso para llevar al juez, un juicio de verosimilitud de la posición de ventaja que las partes creen tener. Es con esa dinámica con la que el juez tendrá elementos para decidir. Si es, por medio de la prueba, que el Estado-Juez basa su decisión, la finalidad de ella es hacer que el juez conozca determinado hecho y convencerle sobre la existencia de ese hecho, a través de las argumentaciones ocurridas dentro del proceso.

Por ende, la decisión judicial tiene su legitimidad basada en el proceso. Es decir, la legitimidad habita en la apreciación de los enunciados, de las argumentaciones y diálogos producidos por las partes en el proceso. Solo así, el Estado-Juez, de acuerdo con los parámetros legales, puede declarar cual es la parte que tiene la posición jurídica de ventaja.

Señala Carlos Climent Durán (1999, p. 72):

Las pruebas ofrecen al juzgador un conjunto de afirmaciones instrumentales, que éste ha de comparar con las iniciales afirmaciones de las partes, para así poder considerarlas como realmente acaecidas, plasmándolas en la sentencia como hechos probados.

Para declarar quien es culpado, el Estado-Juez hace un silogismo, utilizando la premisa mayor, que es la norma; y la premisa menor, el hecho puesto a su análisis, siendo la sentencia una conclusión de ese razonamiento.

La necesidad del silogismo utilizado en la sentencia ya era defendida desde el siglo XVIII por Cesare Beccaria (2011, p. 19), en su clásica obra *De los delitos y de las penas*:

En todo delito debe hacerse por el Juez un silogismo perfecto. Pondráse cómo mayor la Ley general; por menor la acción, conforme o no con la Ley; de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el Juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre.

Considerando que la verdad es una construcción remata Marinoni y Arenhart (2009, p. 53) que la función de la prueba es servir como medio de argumentación en el dialogo judicial, elemento de convencimiento del Estado-Juez sobre cuál de las partes deberá ser beneficiada con la protección del órgano estatal.

Con eso, se observa que la finalidad de la prueba es llevar los hechos al conocimiento del juzgador, para que éste, a través de los argumentos aportados por las partes del proceso y las limitaciones legales, pueda convencerse de quien tiene la posición jurídica de ventaja.

7. LA PRUEBA INDICIARIA

La prueba, como dicho, tiene por finalidad llevar los hechos al conocimiento del juzgador, para que éste, a través de los argumentos traídos por las partes del proceso y las limitaciones legales, pueda convencerse de quien tiene la posición jurídica de ventaja.

Lo mismo ocurre con la prueba indiciaria, por ser especie del género prueba. Sin embargo, la prueba indiciaria es muy desprestigiada y hay un cierto prejuicio en su utilización para una sentencia condenatoria, sobre todo en materia penal. Los jueces, buscando la verdad material y sirviéndose de una visión anacrónica del proceso, temían y algunos todavía temen errores judiciales. A lo mejor, también el recuerdo de como la prueba indiciaria era utilizada durante algunas épocas de la Historia incrementa los temores de los juzgadores. Así, un hecho común en los procesos, es que los jueces no suelen valorar las pruebas indiciarias con el mismo peso de otras pruebas, a ejemplo de que lo hacen con las pruebas testificales y documentales.

La origen histórica de ese prejuicio es que la prueba indiciaria fue muy utilizada como fundamento para torturas. En la época del sistema legal de pruebas, aunque previstos en la legislación, los indicios no tenían mucho valor, tanto es así que se seguía la máxima *latina ex indiciis nemo damnari potest* (Nadie puede ser condenado por el indicio) (TOURINHO FILHO, 1994, p. 355).

Confirmando el prejuicio por el cual pasa la prueba indiciaria, hay autores que piensan que, en el manejo de los indicios, el juez debe tener atención extrema, porque de todas las pruebas, la más desgraciada, la más engañosa, la más satánica, es, sin duda, la prueba indiciaria. El indicio, en la eterna ironía de las cosas, es la prueba preferida contra los inocentes. Para él, toda inocencia es víctima de la elección de la prueba indiciaria y con los indicios se puede llegar a cualquier conclusión, manejando el razonamiento para la dirección que se quiera. Por fin, él concluye con la siguiente frase: “Juzgar por intermedio de indicios y, con ellos, condenar, es el adulterio de la razón con el acaso, en el jardín de Júpiter” (TOURINHO FILHO, 1994, p. 355).

Olvidan ellos que los indicios fueran muy utilizados para el desarrollo de la humanidad. Fue a través de los indicios, con la utilización del método científico, con el hombre ha conseguido saber sobre los hechos del pasado, perfeccionarse y vencer la disputa entre las especies. Son los indicios los que sacan a la luz gran parte del conocimiento humano.

Ha sido por medio de los indicios que los científicos concluyeron que el hombre primitivo era un cazador. Y ese hombre primitivo cazador, por los indicios, desarrolló y perfeccionó sus métodos de caza para conseguir sobrevivir en un mundo inhóspito. El hombre cazador empezó a leer los rastros de animales y otras señales, concluir que por ahí la caza había pasado y lograr éxito en la búsqueda de alimento (QUIJANO, 1999, p. 247).

Esa visión equivocada del derecho probatorio no condice con los retos modernos en la protección de los bienes jurídicos ni con el sistema probatorio del libre convencimiento motivado o de la persuasión racional.

Hablando sobre las presunciones, el razonamiento que puede ser utilizado para la prueba indiciaria, Carlos Climent Durán (1999, p. 575-577) dice que es un hecho innegable que los jueces y tribunales son reacios a reconocer expresamente que en sus valoraciones y razonamientos utilizan presunciones. Cree él que tal hecho ocurre por cuenta de una confusión generalizada entre el concepto vulgar y el concepto jurídico del instituto procesal. El concepto vulgar de presunción se plantea en la definición de sospecha o conjetura. Por ende, en la visión anacrónica de la búsqueda por la verdad, no se consigue una sentencia con seguridad de justicia con base y pruebas indiciarias.

En los crímenes de corrupción, las pruebas son más complejas. Además, los corruptos suelen ser personas con mucho poder, tanto político como económico, y, por eso, consiguen tener buenos abogados. Por consiguiente, en general, los órganos de investigaciones no consiguen pruebas directas, sea porque los criminales saben de los riesgos que corren, conociendo también como utilizar las leyes en su favor; sea porque en esos crímenes, el resultado ocurre en otro espacio-tiempo, haciendo con que la sensación de ofensa al bien jurídico no sea fácilmente perceptible; sea porque los testigos no quieren hablar. Algunos llegan a decir que la corrupción es un delito sin víctimas porque no hay un perjudicado directo, sino un daño colectivo y difuso. Como no hay víctimas, no hay quien se queje a las autoridades.

Sin embargo, no se puede olvidar que hay muchas maneras de obtener el convencimiento en el proceso. Hay muchas maneras en las que el hecho criminal dialoga con los participantes del proceso, informándoles sobre lo ocurrido. Las circunstancias demuestran hechos que no pueden ser olvidados en la valoración de las pruebas, bajo el riesgo de estar cometiendo una injusticia. Así, no sólo las pruebas directas nos dicen algo sobre el hecho criminal, sino también las indirectas, como es la prueba indiciaria y, principalmente, en crímenes de corrupción.

Importante subrayar el pensamiento de Mittermaier (2008, p. 363), cuando habla sobre las pruebas indiciarias y las circunstancias de los crímenes:

Estas circunstancias son otros tantos testigos mudos, que parece haber colocado la Providencia alrededor del crimen para hacer resaltar la luz de la sombra en que el criminal se ha esforzado en ocultar el hecho principal; son como un fanal que alumbró el entendimiento del Juez y le dirige hacia los seguros vestigios que basta seguir para llegar a la verdad. El culpable ignora, por lo regular, la existencia de estos testigos mudos, o los considera de ninguna importancia; además, no puede alejarlos de sí o desviarlos; los mismo clavos de la suela de sus zapatos señalan su paso por el lugar del delito; un botón caído en el mismo sitio suministra un indicio vehemente; una mancha de sangre en su vestido atestigua su participación en el acto de violencia.

Esos testigos mudos se comunican y, algunas veces, la comunicación es mucho más fuerte y clara que una prueba testimonial u otra prueba directa. Puede haber cierta dificultad en el razonamiento de la prueba indiciaria, ya que no sólo debe estar probado el hecho básico, sino también la conexión racional entre esos hechos y el hecho consecuencia. Sin embargo, esa dificultad no puede servir de disculpa para las prácticas de injusticias y para una deficiente protección del bien jurídico tutelado por la norma.

7.1 Concepto de Prueba Indiciaria

Hecho esta breve introducción, importa ahora definir lo que sea la prueba indiciaria.

Para Gianturco (1958, p. 2-3)

el indicio constituye un *argumentum demonstrativum delicti*: es un hecho conocido del cual, a través de un juicio lógico, que se inserta en el esquema característico del juicio lógico, se

puede argumentar la existencia de otro hecho desconocido, que constituye el *thema probandum*.

Climent Durán (1999, p. 622-623) asevera que:

De cuanto se ha venido diciendo ha quedado claro el concepto de indicio, que es equivalente a un hecho, suficientemente probado por cualquier medio probatorio, a partir del cual es posible realizar una inducción o inferencia para determinar la existencia de otro hecho conectado con aquél a través de una máxima de experiencia.

Malatesta (2001, p. 180-181) afirma: “el indicio es aquel argumento probatorio indirecto que deduce el desconocido del conocido por medio de la relación de causalidad.”

Mittermaier (2008, p. 371) nos enseña:

un indicio es un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que un juez llega del uno al otro por medio de una conclusión muy natural. Por eso son menester en la causa dos hechos: el uno comprobado, el otro no manifiesto aún y que se trata de demostrar racionando del hecho conocido al desconocido.

Para la jurista brasileña Maria Thereza Rocha De Assis Moura (1994, p. 41),

indicio es toda huella, vestigio, señal y, en general, todo hecho conocido, debidamente probado, susceptible de conducir al conocimiento de hecho desconocido, a él relacionado, a través de una operación de razonamiento inductivo-deductivo.

El Código Penal brasileño en el Título VII - De las Pruebas - ha previsto en un capítulo específico, Capítulo X, la prueba indiciaria. Importante subrayar que los indicios son tratados como medio de prueba, tanto es así que está en el título dedicado a las pruebas en el Código de Proceso Penal. La ley trajo la definición del indicio en el artículo 239: “se considera indicio la circunstancia conocida y probada que, teniendo relación con el hecho, autorice, por inducción, concluirse la existencia de otra u otras circunstancias” (BRASIL, 1941).

Esta definición legal, en Brasil, parte de la premisa de que hay un raciocinio inductivo en el descubrimiento de la existencia de otra circunstancia. Walter Coelho (1996, p. 110) cree que la definición legal fue infeliz y no tuvo precisión técnica. Para él sería mejor que la ley tuviera previsto, en lugar de la palabra “inducción” la expresión “inferencia”. Según el autor, la expresión “inferencia” abarcaría tanto el proceso inductivo como el deductivo que puede ser utilizado en la prueba indiciaria.

7.2 La Necesidad de la Prueba Indiciaria en Casos de Corrupción

En la sociedad actual, la información es bastante accesible a todos. La democratización de los medios de información acortó las distancias y fronteras, permitiendo la inserción cultural de millones de personas. Sin embargo ese desarrollo hizo que los criminales también tuviesen acceso a la información y, por ende, cada día incrementan la complejidad de sus actividades ilícitas, con la finalidad de huir de la aplicación de la ley.

Los estudiosos del tema suelen definir un crimen complejo de acuerdo con los contextos en los que se desarrolla la investigación penal. Los criterios para determinar la complejidad de un crimen dependen de: (i) la gravedad del delito, a su turno relacionada con el impacto social o los costos monetarios y no monetarios causados por la conducta punible o el fenómeno criminal agregado, y (ii) la dificultad de la investigación, la cual depende de los recursos que es necesario desplegar para cosecha exitosa de evidencias LA ROTA, M.E.; BERNAL, C., 2012).

La corrupción encaja perfectamente en esta definición, pues su impacto social y sus costos monetarios para el Estado son enormes. Además, en razón de la personas que practican los actos corruptos, que suelen ser políticos y personas con gran influencia en la sociedad, teniendo poder económico y político, la dificultad de la investigación es también de alto grado. No se puede olvidar que una de las finalidades de la corrupción es el apoderamiento del Estado y eso ocurre a través de la tentativa de influencia de los corruptos sobre los miembros de la Fiscalía y del Poder Judicial.

Jairo Parra Quijano (1999, p. 247) nos llama la atención sobre que

quien realiza un acto lícito voluntariamente y como medida de seguridad por imposición de la ley lo documenta, lo hace frente a testigos, o le es indiferente que se presencie su realización, aún en el mismo acto de simular, los documentos o comportamientos que se fingen, son en cierta forma realizaciones voluntarias que permiten descubrir el acto oculto o la no realización del acto. Por el contrario, quien prepara la comisión de un delito procura hacerlo de tal manera que nadie lo presencie; sin embargo, por ser éste un comportamiento humano que afecta en alguna forma la realidad, deja huellas producidas en la comisión del mismo que permiten descubrirlo e identificar a su autor.

Con ese desarrollo y acceso a la información también por parte de la criminalidad, es cada vez más escasa la utilización de pruebas directas para el convencimiento del juez en casos complejos, como

suelen ser los casos de corrupción. Los autores de las conductas criminales saben cómo esconder las pruebas que les son contrarias, sea a través de amenazas a las personas que sepan del hecho o a través de consultorías de abogados que les enseñan las brechas de la ley. Además, la estructura de las organizaciones es enredada; tiene jerarquía; división de roles; movilidad interna, sistemas de promoción internos y sistemas de comunicación entre sus agentes; sus propias normas; liderazgo; maneras de protección; y resiliencia (FRAMIS, 2012).

Sin embargo, en esos crímenes complejos, es necesario recordar lo dicho por Quijano; es decir, los actos dejan huellas. En la comisión de actos de corrupción, aunque este sea un delito complejo, son practicados por seres humanos y afectan la realidad, afectan y modifican el mundo de los hechos. Así, por ser practicados a través del actuar humano, siempre habrá alguna marca o señal. Son esos vestigios los que deben ser tenidos en consideración, pues sólo por ellos es posible descubrir e identificar a los autores.

En ese contexto, la prueba indiciaria no puede ser despreciada. Ésta, por el contrario, debe plantearse como la prueba principal, la reina de las pruebas para la lucha contra los delitos de esa naturaleza. En el mundo moderno, las herramientas que sirvieron para combatir los excesos del Estado Absolutista ya no son útiles, pues hoy los retos son otros.

Importante traer la enseñanza de Rafael Bustos Gisbert (2005, p. 80):

[...] si a través de los intentos de reformulación (o de los intentos de negación de los problemas y las críticas) no se están cuestionando aquellos instrumentos de análisis que servían para el esclarecimiento de los problemas constitucionales, hasta el punto de que hablar hoy de constitucionalismo, constitución y Derecho constitucional supondría un mero tributo a un pasado superado y sin conexión real y efectiva con la realidad.

Necesitamos dar el debido valor a los testigos mudos, como ha dicho Mittermaier (1979, p. 503), que parecen haber sido colocados pela Providencia para hacer resaltar la luz de la sombra en la que el criminal quiso actuar para ocultar el hecho principal, o sea, su crimen.

También tenemos que tener en cuenta que la prueba indiciaria, por estar basada en el razonamiento, posibilita una mayor utilización de la capacidad argumentativa de las partes en el proceso.

Partiendo de la premisa de que no es posible encontrar la verdad real y que la prueba es todo medio retórico, previsto en ley, y dirigido, bajo parámetros normativos y criterios razonables, para convencer al juez de la validez de las proposiciones, objeto de impugnaciones, hecha en el proceso, como ya dicho por Marinoni y Arenhart (2009, p. 59), la prueba indiciaria es de suma importancia.

Es la prueba indiciaria la que más autoriza al intérprete (y los otros sujetos del discurso judicial) a ejercitar su capacidad argumentativa para que se establezca el necesario vínculo de dependencia entre el hecho principal y el hecho probado. Es con ella con la que se establece la concordancia entre el hecho aportado al proceso (prueba indiciaria) y el otro hecho que se quiere demostrar, así como el nexo de dependencia que une éstos hechos en el plan concreto.

8. CONCLUSIONES

Conforme a lo planteado, la corrupción es el principal reto de la democracia moderna. Sus efectos son devastadores, tanto en la economía, cómo en la tutela de los derechos humanos.

El proceso penal y el Derecho Penal son una de las herramientas que el Estado tiene para combatir la corrupción. En el desarrollo y en la construcción de una sociedad más justa y solidaria, el Derecho Penal y Procesal penal son comparables al arquitecto y al ingeniero. Sin embargo, para que la construcción sea sólida, los dos deben tener instrumentos modernos y debidamente coordinados. Y es en este momento en el que la prueba entra en el escenario.

Los derechos nace de los hechos, pero se alimenta de la prueba. Un derecho sin prueba no va a tener tutela por el Estado-Juez. Lo que no es probado, no es tutelado. Es por eso que las pruebas son de suma importancia para el derecho.

Partiendo del presupuesto de que los corruptos, como forman parte de una delincuencia institucionalizada, tienen poder, tanto político como económico, ellos saben la manera de ocultar las huellas de sus crímenes. Será muy difícil, por no decir imposible, conseguir la prueba directa de un acto corrupto. Además, la relación entre las partes que practican la corrupción es diferente de actos lícitos. En estos, las partes quieren protegerse creando pruebas del hecho y en los actos corruptos no. Las partes quieren, lo más posible, esconder el hecho. Así, siempre habrá una enorme dificultad para probar actos corruptos.

Sumado a ese hecho, existe la costumbre de que los jueces tienen que hacer una reconstrucción histórica en el proceso, una búsqueda ciega por la verdad absoluta. La verdad que es imposible alcanzarla. Con eso, el discurso de búsqueda de la verdad real solamente contribuye a la impunidad. Ello sirve seguramente para tratar con “inocentes corruptos” que saben muy bien manejar las oportunidades dadas por la ley y hacen que la corrupción merezca la pena, que sea rentable de alguna manera. No se puede olvidar también el prejuicio de condenar a alguien basado en pruebas indiciarias. Como he demostrado, este prejuicio es fruto de una visión anacrónica del Derecho probatorio, pues los jueces actúan como se estuviesen en el Estado Liberal del siglo XVIII y XIX.

En el escenario actual, en un mundo complejo y globalizado, la prueba indiciaria es la más importante arma en la lucha contra la corrupción. En un mundo en el que las informaciones y el capital se mueven de manera muy rápida, no es admisible que se trate las cuestiones probatorias con una visión de antaño.

El prejuicio que suele existir sobre la prueba indiciaria no debe tener fuerza y voz para impedir su utilización. La prueba indiciaria tiene la misma naturaleza de otros medios de pruebas previstos en ley. Para los retos de la corrupción del mundo globalizado, la prueba indiciaria seguramente se convierte en reina de las pruebas y sin ella la impunidad va a imperar.

REFERENCIAS

BECCARIA, César. **De los delitos y de las penas**. Fondo de Cultura Económica, 2011.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Diário Oficial da União. Brasília, 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 2 set. 2016.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 jul. 2016.

_____. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Diário Oficial da União. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>

ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 2 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Diário Oficial da União. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 2 set. 2016.

CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. **La corrupción de agente público extranjero e internacional**. Tirant lo blanch, 2003.

_____. **La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales** (Anotaciones para un Derecho Penal Globalizado). In: Corrupción y delincuencia económica. Universidad Santo Tomás (USTA), 2008. p. 271-289.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez; SÁNCHEZ, C. Demelsa Benito. **La política criminal internacional contra la corrupción**. In: Estudios sobre la corrupción: una reflexión hispano brasileña. Universidad de Salamanca, 2013. p. 13-55.

DALLAGNOL, Deltan Martinazzo. **As lógicas das provas no processo penal: prova direta, indícios e presunções**, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2015.

DE LA LENGUA, DICCIONARIO et al. **Diccionario de la Lengua Española** v. I. Madrid, 2002.

DURAN CLEMENT, Carlos. **La prueba penal** (doctrina y jurisprudencia). 1999.

FRAMIS, Andrea Giménez-Salinas et al. Estructuras y liderazgo en cuatro redes españolas dedicadas al tráfico de drogas. **Revista Española de Investigación Criminológica: REIC**, n. 10, 2012, p. 1-32.

GARCIA, Emerson. A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica. **Revista de Direito Administrativo**, v. 233, 2003, p. 103-140.

GIL VILLA, Fernando. **La cultura de la corrupción**. Madrid: Maia, 2008.

GISBERT, Rafael Bustos. **La constitución red:** Un estudio sobre supraestatalidad y constitución. 2005.

Global Corruption Report 2006 – Transparency International

LA ROTA, M.E.; BERNAL, C. **Experiencias de los países de América Latina en la investigación de delitos complejos,** Bogotá, 2012.

LANDES, David S. **Riqueza e Pobreza das Nações:** Por que algumas são tão ricas e outras tão pobres. Elsevier Brasil, 2003.

LÓPEZ, Miguel Ángel Guilar. **Análisis político criminológico de una variante moderna de la delincuencia de cuello blanco.** in: ROQUE, Díaz José Rodrigo. (Coordinador) “Delitos de Cuello Blanco”. INACIPE, México D.F. 2011, p. 141-150.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** (trad). Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 2001.

MALEM SEÑA, Jorge. **La corrupción.** Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos. Editorial Gedisa, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova.** 2009.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** 2009.

MITTERMAIER, Karl Joseph Anton. **Tratado de la prueba en materia criminal o exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc.** Reus, Madri, 10a ed., 1979.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A prova por indícios no processo penal.** Lumen Juris, 1994.

MUNGIU-PIPPIDI, Alina. ***The Good, the Bad and the Ugly. Controlling Corruption in the European Union, Advanced Policy Paper for Discussion in the European Parliament.*** 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no processo penal. **Revista dos Tribunais**, 2009.

QUIJANO, Jairo Parra. Prueba indiciaria en el Código de Procedimiento Penal brasileiro y Código de Procedimiento Penal italiano y su complementación con países europeos y americanos. **Derecho Penal y Criminología**, v. 21, p. 247, 1999.

ROSE-ACKERMAN, Susan. ***Challenge of Poor Governance and Corruption, The Especial 1*** DIREITO GV L. Rev., 2005, p. 207.

_____. **Economía política de las raíces de la corrupción:** Investigación y políticas públicas. Irma Erendira Sandoval (coordinadora) Corrupción y transparencia. Debatiendo las fronteras entre Estado, Mercado y Sociedad, Siglo XXI, México, 2009.

SÁNCHEZ, Fernando Jiménez. **La trampa política:** la corrupción como problema de acción colectiva. In: Gobernabilidad, ciudadanía y democracia participativa: análisis comparado España-México. 2014. p. 157-174.

SANTOS, Cláudia Cruz; **Considerações introdutórias** (ou algumas reflexões suscitadas pela “expansão” das normas penais sobre corrupção). In: SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio; DE MELO, Débora Thaís. A corrupção: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência), sobre o seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal. Coimbra Editora, 2009, p. 7-40.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **A ideia penal sobre a corrupção no Brasil:** da seletividade pretérita à expansão de horizontes atual. 2011.

TORRE, Ignacio Berdugo Gómez de La; CAPARRÓS, Eduardo A. Fábian. Corrupción y derecho penal: nuevos perfiles, nuevas

respuestas. **Revista brasileira de ciências criminais**. Ano, v. 17, p. 07-35.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. rev. Atual. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1994.

VILLORIA, Manuel; JIMÉNEZ, Fernando. La corrupción en España (2004-2010): datos, percepción y efectos. **Revista Española de Investigaciones Sociológicas (REIS)**, v. 138, n. 1, 2012, p. 109-134.