

# **Delitos contra la administración pública cometidos en Colombia y Brasil dentro del caso Odebrecht**

**Diana Lizeth Sierra Nieto<sup>1\*</sup>**

## **1 Resumen**

El presente artículo busca abordar críticamente los delitos cometidos contra la administración pública dentro del caso Odebrecht en Colombia y en Brasil. Es una comparación que parte de tomar la corrupción como delito transnacional que favorece el desarrollo de cohecho, peculado, celebración indebida de contratos, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito, para demostrar el bien jurídico protegido a través de estos delitos, la regularidad y la transparencia judicial en la aplicabilidad de la norma jurídica, para llegar a la conclusión que existe oscuridad y falta de confianza en la institucionalidad de los dos países. De ahí que la tipificación de los delitos muestra que existe favoritismo político y económico que se convierte en moneda de cambio para las empresas transnacionales que buscan manejar las oportunidades de competitividad y condicionar los contratos a intereses personales. Así, los delitos tienen un acto determinado y constituyen un fenómeno que corrompe el interés normativo de los dos países haciendo que se aumenten otros problemas y se desarrollen nuevos a cambio de decisiones en un círculo de actuación que se expande en las élites perjudicando las decisiones públicas que deben favorecer a la comunidad.

**Palabras Clave:** Corrupción; Colombia; Brasil; Odebrecht; Delitos; Funcionarios Públicos

## **Abstract**

This article seeks to critically address the crimes committed against public administration within the Odebrecht case in Colombia and in Brazil. It is a comparison that starts from taking corruption as a transnational crime that favors the development of bribery, embezzlement, improper conclusion of contracts, influence peddling and illicit enrichment, to demonstrate the legal good protected through these crimes, regularity and transparency. Judicial in the applicability of the legal norm, to reach the conclusion that there is darkness and lack of confidence in the institutions of the two countries. Hence the criminalization of crimes shows that there is political and economic favoritism that becomes a currency for transnational companies that seek to manage opportunities for competitiveness and condition contracts to personal interests. Thus, crimes have a specific act and constitute a phenomenon that corrupts the normative interest of the two countries causing other problems to be increased and new ones developed in exchange for decisions in a circle of action that expands on the elites, damaging public decisions. That should favor the community.

**Keywords:** Corruption; Colombia; Brazil; Odebrecht; Crimes; Public workers

---

<sup>1</sup> \*Abogada, Maestrante en Derecho Administrativo de la Universidad Santo Tomas, Seccional Tunja – Colombia.

## **2 Introducción**

Aunque no existe en Colombia ni en Brasil un delito que se llame corrupción sí es posible reconocer en el ordenamiento jurídico nacional de cada uno de los países las acciones y omisiones que son penadas por la ley en el caso de la participación de funcionarios públicos en estas operaciones; no obstante, aunque existe la definición legal de los delitos contra la administración pública, en el caso Odebrecht las medidas penales parecen ser insuficientes. Por esta razón, la importancia que tiene el desarrollo del presente artículo el cual se basa en explicar, por medio de la comparación de las medidas penales que existen en Colombia y Brasil, cómo la corrupción tiene una contradicción interna que enfrenta la apropiación política del fenómeno, con la motivación jurídica que pretender transformar la situación. Esto originó un escenario donde lo jurídico y lo político de cada uno de los países se enfrenta, llevando a que el evento sea un paradójico ejemplo de ineficacia e ineficiencia de la justicia que ha permitido que lo político se imponga sobre lo jurídico, fallando en su escala de valores porque lo político no acepta ataduras al momento de favorecer intereses empresariales y personales como fin de poder. Este proceso de interacción, sostenida en lo que a corrupción con Odebrecht se refiere, se explica aplicando la metodología exploratoria con enfoque cualitativo teniendo en cuenta que el caso continúa en investigación penal. Es de tipo socio-jurídico porque pretende de manera descriptiva, analizar y contextualizar el problema que aún permanece; para esto, se recurrió a fuentes primarias y secundarias que luego se enlazan con conceptos jurídicos y normatividad vigente. Como técnica de análisis de la información se usó el método sistemático de las fuentes que provienen de las leyes correspondientes; para el tipo de fuente bibliográfica la técnica se basó en archivo, documento y antecedentes. Se inicia con la presentación de sucesos en cada país y una aproximación a las imputaciones correspondientes al caso; se continúa con la identificación de la colaboración con la justicia en el marco de la ley, la Constitución Política de cada país y la forma en que el sistema de justicia deja la discrecionalidad en la aplicación de este principio a la correspondiente Fiscalía General, destacando la obligatoriedad y legalidad que tiene su naturaleza de acuerdo a la consagración jurídica de cada país. Se hace un recuento de los delitos cometidos contra la administración pública en el caso Odebrecht, destacando que por cantidad de veces imputado, existen algunos que se presentaron y otros no.

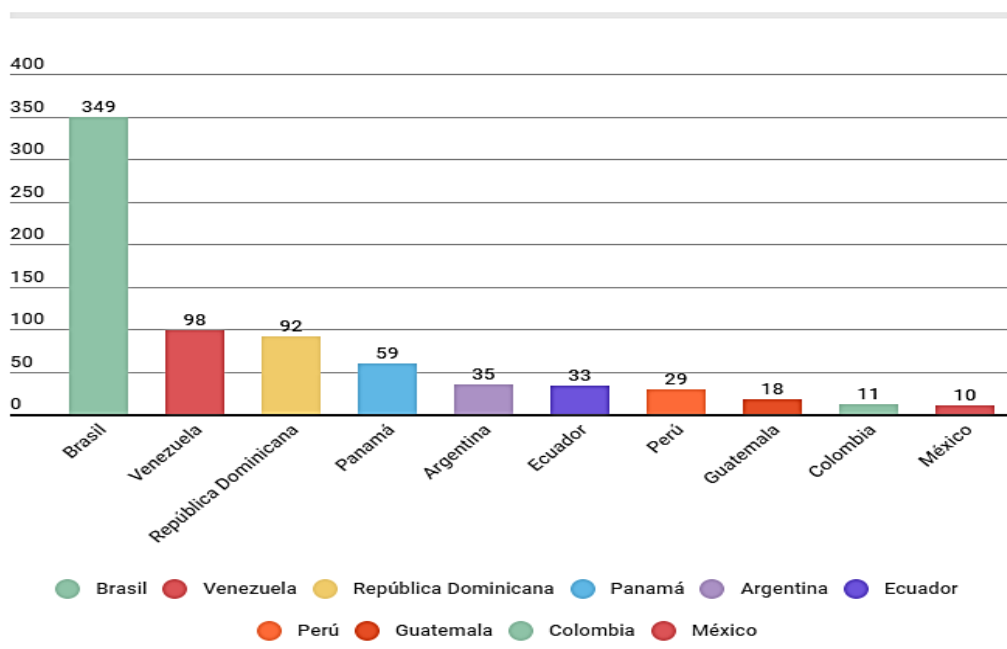
## **3 Antecedentes y contexto del tema**

Desde el año 2016 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos reveló información de la empresa brasilera Odebrecht y los sobornos que había pagado en la mayoría de los países de América Latina para asegurar contratos en obras públicas. De acuerdo con este organismo hay 12 países involucrados en el escándalo, que recibieron los sobornos entre 2001 y 2016, que son: Brasil, Venezuela, República Dominicana, Panamá, Angola, Argentina, Ecuador, Perú, Guatemala, México, Mozambique y Colombia, dentro de los cuales, las autoridades norteamericanas calculan que se pagaron sobornos por más de 788 millones de dólares en más de 100 proyectos de infraestructura vial. La investigación

contra Petrobras, considerada el más grande escándalo de corrupción en Brasil, *evidenció cómo se inflaban los costos de proyectos para obtener beneficios que iban a manos de los corruptos señalados y cómo se aprovechó la presencia de la empresa Odebrecht Realizaciones Inmobiliarias en 27 países* (Pérez Sarmenti, 2018).

Petrobras estaba entre las beneficiadas por el esquema de corrupción masiva que la operación Lava Jato destapó y que incluía a ejecutivos de la empresa, a intermediarios y a políticos de diversos partidos. En Estado Unidos, como resultado de la investigación, el Departamento de Justicia le impuso una multa a la empresa de 3.500 millones de dólares, teniendo en cuenta el valor real de los sobornos en ese país. Sólo en Brasil se pagaron 349 millones de dólares en sobornos y en los otros once países la suma llegó a 439 millones, según cifras entregadas por el Departamento de Justicia de Estados Unidos.

**Gráfica 1. Pagos de Odebrecht en América Latina en millones de dólares**



Fuente: CNN Español (2017)

Para Colombia específicamente, el Departamento de Estado reveló que fueron 11 millones de dólares los que se entregaron entre los años 2009 a 2014, y según declaraciones hechas por los directivos de Odebrecht, US\$ 6,5 millones se pagaron para lograr la adjudicación de la concesión del Tramo II de la Ruta del Sol, y US\$ 4,6 millones para conseguir la adjudicación de la vía Ocaña-Gamarra mediante contratación por adición al contrato N° 001 de 2010, del Tramo II de la Ruta del Sol. El contrato realizado con Odebrecht y Corficolombiana fue firmado por el Instituto Nacional de Concesiones INCO, en manos del señor Gabriel García Morales quien era el director encargado de la entidad.

El otrosí, fue firmado el 14 de marzo de 2014 por el director de la Agencia Nacional de Infraestructura ANI, Luis Fernando Andrade, y permitía a la concesionaria realizar las adecuaciones de la ruta Ocaña-Aguas Claras-Gamarra-Puerto Acapulco, lo raro es que fue aceptado positivamente por la concesión justo cuatro horas después de que la ANI se lo propusiera (Rico Torres, 2019). Según la Fiscalía General de la Nación (2017), Andrade se encargó de la reclamación por sobrecostos presentada por la Ruta del Sol II, y del cierre financiero de la concesionaria Navelena, que se ocupaba de la navegabilidad del río Magdalena. Hasta 2018, la justicia colombiana había condenado a 5 personas, 19 se encontraban privadas de la libertad y otras 78 estaban siendo investigadas (Munar, 2018).

Se puede afirmar que los implicados más importantes del caso Odebrecht en Colombia son las campañas del expresidente Juan Manuel Santos (2010-2018), y de su contrincante en la campaña de 2010 Óscar Iván Zuluaga, de la cual el hoy presidente Iván Duque (2018-2022) fue asesor y lo acompañó a una reunión en Brasil. Un dato importante de la investigación en Colombia es que la Fiscalía General de la Nación nunca ha firmado un acuerdo de cooperación con la fiscalía brasileña, y por eso ha emitido órdenes de captura en contra de Amilton Hideaki Sendai, Eder Paolo Ferracuti y Marcio Marangoni, todos directivos de Odebrecht y sus filiales. Lo que existe es un acuerdo negociado que tampoco había sido firmado en 2019.

Cabe aclarar que por los medios de comunicación se han publicado las pruebas que recopiló el señor Jorge Pizano como auditor en 2015 de una de las obras de Odebrecht en Colombia. En esas pruebas, se destaca el hecho que el Fiscal General Néstor Humberto Martínez sabía de las actividades de Odebrecht desde ese mismo año, porque fue abogado del Grupo Aval, empresa socia local de Odebrecht, y que cómo principal representante del ente investigador debía avanzar en la materia y no fue así. Posteriormente a la denuncia de los medios, se presenta la muerte de Pizano que hasta ahora ha sido catalogada oficialmente como un deceso por causas naturales, y tres días después ocurre la de su hijo Alejandro, envenenado con cianuro según dictamen revelado por Medicina Legal. Una situación que cuestionó el conflicto de interés que tenía el fiscal en el caso Odebrecht, quien se declaró impedido en dos de las 20 líneas de investigación.

Lo mismo hizo la vicefiscal Maria Paulina Riveros, la segunda al mando en la Fiscalía, por esta razón, para esas dos líneas se nombró un fiscal ad hoc, y últimamente, ante un Juzgado Municipal la Procuraduría pidió desarchivar la investigación que surtió la muerte de Alejandro Pizano, el hijo de Jorge Enrique Pizano. Todo el escenario anterior, se configuró a partir del esquema de corrupción masiva que cronológicamente inició en Brasil con la operación denominada Lava Jato<sup>2</sup>, la cual incluyó directivos y ejecutivos de Petrobras, intermediarios y políticos de diversos partidos en Brasil, en Colombia y en otros 10 países del mundo.

---

<sup>2</sup> En portugués Lava Jato significa lavadero de autos, haciendo referencia justamente al lavado, fue que los investigadores le pusieron este nombre a la mayor operación de corrupción conocida en toda la historia de delitos penales internacionales en Brasil.

La operación Lava Jato fue descubierta cuando se desarrolló una investigación sobre una red de cambistas clandestinos que operaban en Brasil. Desde que se destapó el escándalo, se creó un grupo especial de investigación judicial también llamado grupo Lava Jato, el cual está integrado por fiscales, policías federales y agentes del fisco, quienes se han encargado de la detención de casi 200 personas relacionadas con la operación. Entre los detenidos hay personas que ocupaban altos cargos de Petrobras y directores de las principales constructoras de Brasil. Esos mismos fiscales por medio de indagaciones han abierto 57 procesos penales contra 260 acusados, y hasta 2018 habían dictado 25 condenas en juicios con un total de 1.317 años de prisión (RPP Noticias, 2017). Lava Jato destapó a su vez, un entramado de corrupción transnacional que duplicó las causas judiciales en doce países de América latina y que se llamó de ahí en adelante el Escándalo Odebrecht.

El epicentro de todo lo ocurrido se encontró en Curitiba, capital del Estado de Paraná en Brasil, que en algún momento por sus políticas urbanas inspiró el sistema de buses Transmilenio que existen en Bogotá. En esta ciudad el juez de primera instancia Sergio Moro y un equipo de fiscales emprendieron en 2014 una pesquisa sobre el mercado paralelo de cambio en una red de gasolineras, que al final se convirtió en la compleja red de sobornos entre políticos y empresarios de América Latina a cambio de contratos con Petrobras. Después de 2014, la situación fue creciendo hasta conocerse coimas escandalosas que grandes constructoras pagaron para obtener las licitaciones en la petrolera estatal. De acuerdo con la Fiscalía brasilera, se puede reconocer como un sistema de empresas que se enriquecían a costa del Estado y compraban los favores que directivos de Petrobras vendían: fueron tan profesionales que los sobornos a los políticos y sus partidos se encontraban en una base de datos bien llevada que destaca sobornos y financiamiento de campañas (Pérez Sarmenti, 2018).

En el desarrollo de la operación, se sobrefacturaron obras que llegaban a exceder desde el 1% hasta el 5% de los valores contratados (RPP Noticias, 2017), por lo que, según estimaciones de la Fiscalía brasilera, se llegó a perder el equivalente a 2000 millones de dólares de Petrobras, con un perjuicio total de más de 13.000 millones de dólares para el país por los valores contratados (Pérez Sarmenti, 2018). Es importante destacar que jurídicamente el juez Moro fue el promotor de las 120 condenas en primera instancia y de los acuerdos de delación que se llevaron por delante a buena parte de la clase política brasileña y a muchos políticos latinoamericanos que se vincularon con las prácticas de Odebrecht en la región.

#### **4 Los dueños de la red de corrupción**

Odebrecht, como empresa multinacional fue la que construyó las líneas de metro en Perú, las centrales hidroeléctricas en Panamá y carreteras en Colombia y Argentina. Según los investigadores, Odebrecht creó una especie de cancillería paralela a la del Gobierno brasilero que le permitió manejar y manipular la contratación en los países implicados. En este contexto, por el efecto dominó, entre los condenados en Brasil están: Marcelo Odebrecht, presidente y nieto del fundador del grupo constructor, condenado en 2015 a 19

años de cárcel; José Dirceu, hombre fuerte del partido de los trabajadores y jefe de gabinete de Luis Ignacio Lula da Silva, condenado a 23 años de cárcel; Eduardo Cunha, quien fue artífice de la destitución de Dilma Rousseff y exministro de finanzas de Lula da Silva, está condenado a 15 años de cárcel. Luis Ignacio Lula da Silva, expresidente de Brasil entre 2003-2010, y líder del Partido de los Trabajadores, preso desde abril de 2018, suma 25 años de cárcel por condena en dos procesos, juntos por corrupción y lavados de dineros. Firmó un acuerdo con la justicia, que hasta ahora está en proceso (Agencia de noticias AFP, 2019).

A Antonio Palocci, ministro de Lula y de la expresidenta Rousseff, la condena fue de 12 años por corrupción y lavado de dinero. Cumple la pena en su casa por acuerdo con la Fiscalía; mientras que Sergio Cabral, exgobernador de Río de Janeiro, acumula hasta ocho sentencias con condenas que sumadas llegan a los 200 años, porque desarrolló una especie de desdoblamiento de la propia Lava Jato con su propia trama corrupta operando en diferentes sectores de la administración fluminense. Paulo Roberto Costa, director de suministros de Petrobras entre 2004 y 2012 y primer delator del caso Lava Jato, fue condenado a 20 años de prisión por corrupción, lavado de dinero y organización criminal. Hoy se encuentra en arresto domiciliario (Agencia de noticias AFP, 2019). A Renato Duque, director de Servicios de Petrobras entre 2003 y 2012, la condena le llegó a 74 años por corrupción y lavado de dinero, de los cuales debe cumplir 5 años en régimen cerrado por colaborar con la investigación (Agencia de noticias AFP, 2019). Al director internacional de Petrobras, Néstor Cerveró, la justicia lo condenó a 27 años por corrupción y lavado de dinero. Por colaborar con la justicia cumple la sentencia en casa.

Por su parte, Jorge Zelada, quien sucedió a Cerveró en el cargo, la condena impuesta fue de 15 años en régimen cerrado por corrupción, lavado de dinero y evasión de divisas. Otávio Márques de Azevedo, exdirector ejecutivo de la constructora Andrade Gutiérrez, fue condenado a 18 años de prisión por corrupción activa, lavado de dinero y participación en organización delictiva, por colaborar con la justicia cumple la pena en su residencia. Léo Pinheiro, expresidente de la constructora OAS y uno de los delatores contra Lula, fue condenado a 35 años de prisión por corrupción, lavado de dinero y organización delictiva en varios procesos. Dalton Avancini, expresidente del consejo directivo de la constructora Camargo Correa, fue condenado inicialmente a 15 años, pero luego le fue reducido el número de años por colaborar con la justicia. Alberto Youssef, cambista y uno de los primeros en ser descubierto dentro de la trama Lava Jato por ser una de las cabezas de la red de lavado de dinero que se convirtió en la punta del iceberg del caso Petrobras, fue condenado a 122 años de prisión por diversos procesos (Fiscalía General de la República Federal, 2018), En 2017 le permitieron cumplir la pena en su residencia y cuatro meses después quedó libre por colaborar con la justicia.

Joao Santana, publicista de las campañas de Lula y Rousseff, fue condenado a 8 años por lavado de dinero, y cumple la condena en su casa, junto a su esposa Mónica Moura, que también fue condenada a los mismos 8 años de prisión. Para completar el cuadro de ilegalidades y personalidades, el expresidente Michel Temer, mencionado en

testimonios de ejecutivos de Odebrecht, fue acusado de corrupción y favorecimiento de compañías privadas en contratos con la estatal electronuclear, también implicada en Lava Jato, sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia del Brasil decidió revocar la prisión preventiva y permitirle que siguiera llevando su caso fuera de la detención, no puede tener contacto con los otros investigados del caso y no puede salir del país (Borges, 2019).

Al observar la crisis política y judicial generada por el caso Odebrecht en Brasil, se debe aclarar que en 2019 se puso en duda la labor de Sergio Moro, el juez que lideró la operación anticorrupción, cuando fue nombrado ministro de justicia del gobierno de Jair Bolsonaro. Se divulgaron grabaciones según las cuales el juez había manipulado los procesos que tenía a su cargo, pero especialmente el de Lula da Silva. Las grabaciones las publicó el periódico digital *The Intercept*, y eran comunicaciones entre Moro y los fiscales de Lava Jato, pidiéndoles que se especializaran en culpar a Lula. Según el diario de El País, cuando Lula hizo las declaraciones de la candidatura, Moro llamó al fiscal Carlos dos Santos Lima y le pidió rebatir ese “showcito” con todo el peso legal incluyendo al procurador y que buscara un periodista que publicara a nombre propio las acusaciones contra Lula (Rey, 2019).

En ese escenario la consecuencia fue que se cuestionara el proceso Lava Jato, que se pusiera en duda la posibilidad real de ofrecer justicia a Lula, y que Sergio Moro se evidenciara como manipulador que usó la justicia para bien propio hasta llegar a ser ministro. Desde muchas partes del país se pidió su renuncia y se reclamó que debía someterse a la misma investigación que él inició, o que debía separarse de ellas hasta que la situación se aclarara. Una de las consideraciones más radicales que se han manifestado es que todas las investigaciones de Lava Jato se concentraron principalmente en personajes de izquierda, especialmente en gobernantes que podían disminuir las posibilidades de Bolsonaro a la presidencia. Además, se le impone que la decisión que tomó Moro de divulgar los diálogos telefónicos entre Lula y Rousseff en vísperas del proceso de inhabilidad de Rousseff fue ilegal, como él lo reconoció argumentando que fue necesario por una causa justa.

Es decir, justificó los medios por alcanzar un fin. En este contexto, compendiando la información se puede asegurar que en Brasil todas las condenas relacionadas con el caso de Odebrecht suman un total de 1300 años en prisión, con la característica que algunos casos muestran una escala incomparable de corrupción porque son un círculo vicioso que por años se ha mantenido, de acuerdo con los jueces, investigadores y fiscales, las prácticas de sobornos, coimas y demás prebendas hicieron que por años se consideraran forma habitual de hacer negocios, por esta razón, la imputación ha sido complicada.

#### **4.1 El principio de oportunidad como marco de aplicación de la ley en caso Lava Jato-Odebrecht**

Una de las consecuencias que ha dejado la investigación del caso Odebrecht en Colombia y Brasil son los resultados de “castigos” poco confiables porque se puso en

práctica la técnica, esencial para Brasil, que se reconoce como *colaboración eficaz* o *colaboración premial*, y que para Colombia se denomina *principio de oportunidad*<sup>3</sup>. Antes de desarrollar el tema de los delitos contra la administración pública, es importante entender qué injerencia tiene la colaboración de un indiciado en los procesos que se adelantaron. En Brasil, la Ley 12.850 de 2013, establece en su artículo 4 que el juez podrá, a petición de las partes, conceder el perdón judicial, reducir hasta dos terceras partes (2/3) de la privación de libertad, o sustituirla por penas de restricción de derechos desde que la persona haya colaborado con eficacia y de forma voluntaria con la investigación y con el proceso penal, y siempre que de dicha cooperación se obtenga uno o más de los siguientes resultados (Fiscalía General de la República Federal, 2018):

1. La identificación de los coautores y participantes de la organización criminal y de los delitos cometidos por ellos.
2. La revelación de la estructura jerárquica y la división de las tareas de la organización criminal.
3. La prevención de los delitos derivados de las actividades de la organización criminal.
4. La recuperación total o parcial del producto o beneficio de los delitos cometidos por la organización criminal (Fiscalía General de la República Federal, 2018).

La misma Ley 12.850 de 2013, aclara que la concesión del beneficio tiene en cuenta la personalidad, la naturaleza, las circunstancias, la gravedad y el impacto social que el delito haya tenido y la eficacia de la colaboración que se ofrece. De igual manera, se entiende que el Fiscal puede dejar de ofrecer la imputación si el colaborador no es líder de la organización criminal, o si no es el primero en suministrar la colaboración efectiva.

En Colombia, el principio de oportunidad se encuentra formulado en la Ley 1312 de 2009, la cual el artículo 323 se refiere a su aplicabilidad destacando que la Fiscalía General de la Nación, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento, puede suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal cuando se trate de pena privativa de la libertad que no exceda seis años, o si se ha reparado a la víctima cuando exista multa de por medio. Esta causal es aplicable en los eventos de concurso de conductas punibles cuando de forma individual se cumpla con los límites nombrados. Cuando a causa de la conducta punible la persona se entregue en extradición a otra nación. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciar la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando aporte información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada. Cuando antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, el imputado se comprometa a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial. Cuando el imputado o acusado haya sufrido daño físico o moral grave que

---

<sup>3</sup> Gramaticalmente, significa comienzo, primer instante de la existencia de algo; es origen, encabezamiento. Etimológicamente, equivale a primero, a primer punto o primer instante. Es una norma general, problemática o finalística, representativa de valores supremos del ordenamiento jurídico, dirigida a los aplicadores del derecho (Pérez Pinzón, 2004).



haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción (...) (Fiscalía General de la Nación, 2009).

En Derecho Comparado, se puede observar que los dos sistemas de justicia, tanto el brasilero, como el colombiano dejan la discrecionalidad en la aplicación del principio a la Fiscalía General, quien la regula con base en los acontecimientos procesales. Tal discrecionalidad es netamente jurídica, pues el ente investigador en el modelo de los dos países pertenece a la rama jurisdiccional del poder público y posee un matiz político por el mandato constitucional de colaboración armónica de las ramas del poder público. Es importante destacar que en la redacción de las leyes correspondientes, en las cuales se enuncia el principio de oportunidad o de colaboración eficaz, se manifiesta una relación con los principios de obligatoriedad y de legalidad. En Colombia, el problema de la legalidad inicialmente se pensó solucionar por medio de la consagración constitucional pero como ha dejado de ser absoluta para dar paso a una regla que carece de generalidades por estar formulada como excepción, puede existir controversia entre legalidad y oportunidad. Más que un problema teórico-jurídico es de implementación del derecho porque depende de las rutinas de los funcionarios judiciales y del control político que ejerzan sobre ellos, que de los textos legales (Pérez Pinzón, 2004).

De forma general, se puede afirmar que, el principio de oportunidad es diferente y su naturaleza cambia de acuerdo con la consagración jurídica de cada país, se somete al modelo de estado, a su estructura y a la política criminal, porque “funciona donde opera el modelo acusatorio y es sin duda un instrumento de política criminal, es una atribución reglada y sometida a control” (Villanueva, 2005, pág. 62). Su auge corresponde a la formación del Estado de Derecho, mientras que su esplendor lo da el Estado Social. Cuando se indaga en derecho comparado, se encuentra que la información es poca, solo hay cortas alusiones. En materia de investigaciones académicas, existe una amplia explicación en tesis que lo caracterizan con base en la legislación norteamericana. Por esta razón, su naturaleza y compatibilidad con los estándares internacionales se suscribe a algunas variaciones, como por ejemplo, ser nivelado con la discrecionalidad judicial. Es decir, se toma como criterio del fiscal general de cada país para la toma de decisiones (Villanueva, 2005).

Una de las preocupaciones que existe para su diligencia, es que las causales de aplicación están sustentadas sobre la base de los motivos de seguridad del Estado y en ellas no hay garantía del Estado Social de Derechos, ya que pueden dar lugar al desborde del Estado y poner en peligro derechos de las personas (Sistema Penal Acusatorio, 2004). Tanto en Colombia, como en Brasil la discrecionalidad judicial es un criterio útil para la toma de decisiones en materia de aplicación del principio de oportunidad en casos complejos que implican la ponderación del interés superior en contraposición a bienes menores (Pérez Pinzón, 2004).

Frente al caso Odebrecht, en Brasil los acuerdos de delaciones premiadas, o colaboraciones eficaces de funcionarios públicos, empresarios y políticos hace particular la forma como se ejerce la defensa. El desafío para las autoridades fue aplicar la figura pero

evitando los riesgos que eso conlleva, por ejemplo que personas inocentes se vean perjudicadas o que los culpables logren impunidad o beneficios inmerecidos, es decir, que se tapen responsabilidades y desvíen investigaciones, o que la oportunidad resulte en una forma de venganza o ajuste de cuentas y que pase a ser fuente de nuevos actos de corrupción. En Brasil es determinante la delación premiada, según Ernesto de la Jara Basombrío, director fundador del Instituto de Defensa Legal de Perú, especialista en temas de justicia y profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), y Rodrigo Sánchez Ríos, abogado penalista peruano, nacionalizado brasileño, catedrático en la PUCP/PR-Brasil, que ha llevado la defensa de Marcelo Odebrecht, porque ha cambiado la forma como se ejerce el derecho, ya que en el acuerdo penal el colaborador eficaz es el que cumple lo establecido en la ley, porque existen normas diferentes que tienen previsiones negociables.

En este contexto, la ley más importante en la lucha contra la corrupción es la Ley 12.850 de 2013, o Ley de combate al crimen organizado, porque en su artículo 4º estipula que el que colabora efectivamente y de forma voluntaria con una investigación y con el proceso en general, puede obtener beneficios como la reducción o eliminación de la pena (De la Jara & Sánchez, 2018). Así, en Brasil, los delitos por los que una persona puede acogerse a la colaboración eficaz están dentro del marco de las previsiones aisladas de disminución de pena de la Ley 7.492 de 1980, de los crímenes contra el sistema financiero o Ley 8.072 de 1990, de la Ley de crímenes contra el orden fiscal, económico y las relaciones de consumo, que es la Ley No 9.613 de 1998, de el blanqueo de capitales o Ley 9.807 de 1999, y de protección a víctimas y testigos o Ley No 11.343 de 2006. Aunque existen todas las anteriores normas citadas, en Brasil, es la Ley 8.907 de 1999, la que expandió el ámbito de aplicación de la colaboración a casi cualquier delito, si se cumplen con los objetivos legales de su artículo 13.

Es importante tener en cuenta que si el beneficio acordado es dejar de presentar la denuncia, no se sigue ningún proceso contra el colaborador porque actúa solamente como informante, pero que si se hace un requerimiento de perdón o disminución de la pena, sí hay proceso normal. El proceso de colaboración es autónomo en ese país, “inicialmente debe garantizarse la confidencialidad hasta que se terminen las investigaciones. Un mismo colaborador puede actuar en diversas acciones penales sin ser acusado en todas” (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2002). Al igual que en Colombia, la función principal que tiene la colaboración es facilitar al Ministerio Público, Federal en Brasil, que recoja las pruebas suficientes para condenar a quienes estén implicados en los hechos que se denunciaron y generaron el proceso. Así, el fiscal acusa, el colaborador confiesa y acusa a sus compañeros, los otros acusados, a los que el colaborador acusa, se defienden, y el juez dicta la sentencia. Lo anterior provoca que el procedimiento sea lento, como sucede con los implicados en Lava Jato que se sometieron a la justicia bajo esta institución jurídica. Para la mayoría de los brasileños, el ámbito de aplicación de la colaboración por cualquier delito no facilitó que se cumplieran los objetivos legales de castigo que debían haberse dado por

el caso Lava Jato, razón por la cual se cuestiona el compromiso de la justicia y su independencia frente a la política.

Frente a los procesos que se llevan en otros países implicados con la red de corrupción, como Colombia, las declaraciones de Marcelo Odebrecht generaron denuncias y sospechas en todos los sectores políticos al más alto nivel, porque se han vinculado desde senadores hasta expresidentes como Álvaro Uribe y Juan Manuel Santos. Incluso existen pruebas que el mismo presidente actual, Iván Duque asistió a una reunión en Brasil con los ejecutivos de Odebrecht (Fiscalía General de la Nación, 2019). En enero de 2019, el Juez 30 de control de garantías de Bogotá aprobó las condiciones del principio de oportunidad acordado entre la Fiscalía y los exdirectivos de Odebrecht que trabajaban en el país: Luiz Antonio Bueno, Luiz Eduardo da Rocha Soares y Luiz Antonio Mameri, consiguieron, por medio de un acuerdo que se les suspendiera el proceso penal, a cambio de entregar testimonio sobre los sobornos entregados, los beneficiarios de las coimas y una reparación material. Con el aval del Juez, los tres quedaron blindados frente a la justicia penal colombiana por el delito de cohecho por dar u ofrecer y quedó garantizada su libertad (El Tiempo, 2019). También se comprometieron a devolver 18.909 millones de pesos.

Bueno, Da Rocha Soares y Mameri comprometieron a hacer la reparación material en tres momentos así: un primer pago para el 31 de enero de 2019; un segundo para el 31 de agosto, y el tercero para el 31 de enero del 2020. Según la Fiscalía General, la colaboración de los brasileños servía para poner tras las rejas a varios de los responsables del escándalo de corrupción en Colombia, incluyendo al exviceministro García Morales. Supuestamente con el principio de oportunidad avalado se daba luz verde para que fueran testigos en el proceso contra el expresidente de Corficolombiana, socia minoritaria de Odebrecht en la Ruta del Sol II, José Elías Melo, quien efectivamente fue condenado a 11 años de cárcel. El argumento del juez 14 de conocimiento de Bogotá fue tomar como un hecho que conocía el pago de la coima a Gabriel García Morales, que estuvo de acuerdo, y permitió que su socio Odebrecht asumiera el pago. Además, hizo gestiones para el reembolso a través de la cesión de un contrato que para el juez es inexistente, ficticio e irreal. El juez no dispuso su detención inmediata, solo decidió esperar hasta que la sentencia quedara ejecutoriada. Es decir, cuando se agotaran los recursos de apelación. La multa impuesta a Elías Melo llegó a los 150 millones de pesos. Melo Acosta fue procesado por pago de sobornos para la adjudicación de la Ruta del Sol Tramo 2 (Revista Semana, 2019).

Si se compara el sistema de colaboración de Colombia con el de Brasil, se puede afirmar que juntos son autónomos porque inicialmente debe ser garantizada la confidencialidad del acuerdo hasta que se ofrezca la denuncia o hasta que se terminen las investigaciones. Además, un mismo colaborador puede actuar en diferentes acciones penales, sin necesariamente ser acusado en todas ellas (Fiscalía General de la República Federal, 2018). En este contexto, el momento para solicitar la colaboración eficaz puede ser cualquiera. En Brasil no existe un momento específico para solicitar el acuerdo. Desde antes de las investigaciones hasta después de la decisión condenatoria, la única diferencia

es el beneficio. Por ejemplo, una vez dada la sentencia, la disminución de la pena no puede ser mayor que la mitad, mientras en el inicio del proceso la disminución puede llegar hasta 2/3 (Fiscalía General de la República Federal, 2018).

En el caso Lava Jato, algunos de los beneficios obtenidos por los delatores fueron: prisión preventiva domiciliaria, sin los requisitos del Código de Proceso Penal; Creación del régimen de cumplimiento de pena inexistente, por ejemplo, 1 año en el establecimiento penitenciario y 3 años en el domicilio (Agencia de noticias AFP, 2019). El pago de multas, que debería ser determinado por el juez, al final del proceso y de acuerdo con las reglas de aplicación de la pena, se cambió y lo hizo la Fiscalía. En ese caso en particular, la Fiscalía evaluó conceder al colaborador Alberto Youssef el beneficio de recibir un porcentaje de los valores en dinero que ayudara a recuperar, sin embargo, no fue concedido (Fiscalía General de la República Federal, 2018). La jurisprudencia brasileña y la doctrina, destacan que la naturaleza jurídica de la colaboración es un medio de prueba, que por sí sola no es suficiente para confirmar una sentencia condenatoria, por eso es necesario que se presenten indicios y varios elementos materiales para reforzar las declaraciones del colaborador, por ejemplo, documentos bancarios, número de cuentas en el extranjero, entrega de bienes, traspaso de propiedades, etc. (De la Jara & Sánchez, 2018)

Bajo el perfil político-criminal la colaboración se convierte en la represión de los delitos económicos y busca recuperar el producto y las ganancias ilícitas derivadas de esas conductas (Furtado, 2016). Por esta razón, su comprobación en los sumarios originales de la Operación Lava Jato, permitió romper el silencio que se pactó entre los agentes públicos y privados que participaron de las prácticas corruptas contra la administración pública. Así, el proceso de colaboración se convirtió en accesorio y se transformó solo en la aprobación del Acuerdo, con el agravante que la misma Fiscalía se refirió a él como “la acción penal contra el colaborador que será procesada normalmente y en conjunto con los coautores y partícipes, conforme a las reglas de competencia” (Fiscalía General de la República Federal, 2018), es decir, nada pasó.

## **5 Delitos contra la administración pública cometidos en Colombia y Brasil en caso Odebrecht**

Como el caso Odebrecht desató en Colombia y Brasil una fuerte polémica por las investigaciones e imputaciones de cargos adelantadas por la respectiva Fiscalía General de cada uno de los países, se criticó que las imputaciones que mayoritariamente fueron contra altos funcionarios de diferentes entidades públicas, y algunas personas de entidades privadas, por los sobornos de 349 millones de dólares que ofrecieron los funcionarios a miembros del gobierno, a partidos políticos y a ejecutivos y empleados de Petrobras (Dpto de Justicia de los Estados Unidos, 2016), los cuales fueron señalados con base en los principios y directrices que establece la Constitución Federal, que entre otros rige la conducta de los funcionarios públicos junto con leyes de naturaleza administrativa que prevén los deberes y límites que se impone a quienes se encuentran en ejercicio de

funciones públicas, solo se mantuvieron mientras que estos decidieron llegar a acuerdos con la Fiscalía y hoy todos están libres.

En Colombia, después que una corte del Distrito de Nueva York, en aplicación de una ley norteamericana de 1977, que se refiere a las acciones legales contra prácticas corruptas en el extranjero, acusó a la sociedad Odebrecht S.A. de haber pagado sobornos para asegurar contratos públicos, como efectivamente sucedió con el contrato Ruta del Sol, aprovechando que la compañía tenía presencia en el país desde 1991, y que muchos políticos tenían en sus manos la oportunidad de decidir sobre el contrato, Odebrecht reconoció haber pagado 11 millones de dólares a cambio de 50 millones de dólares en beneficios. Sin embargo, la Fiscalía aseguró que la suma llegaba a 32,5 millones de dólares. En todo el devenir del caso, Odebrecht demandó al Estado colombiano por 1.300 millones de dólares, y posteriormente ofreció pagar una indemnización de 33,4 millones de dólares y retirar la demanda que había puesto.

En este contexto, para reconocer qué delitos se cometieron en Brasil contra la administración pública, es importante revisar las normas de naturaleza constitucional, la Carta Política en su artículo 37, que establece los principios de la Administración Pública y destaca la rectitud en la conducta que debe tener todo agente público de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios (Ministério da Justiça e Cidadania, 2013), y la Ley 12.850 de 2013 que concede beneficios judiciales. Estos principios son similares a los principios colombianos que rigen la contratación pública y que soporta la Constitución en su capítulo quinto, que trata de la función pública. La Constitución les otorga esa facultad a las entidades basándose en un régimen y políticas especiales. En Colombia es desde la constitución que nacen los lineamientos, bases y soportes que rigen todo el proceso de contratación. “Se destacan, el artículo 209 sobre filosofía de los principios en la función pública que desarrolla los fines del Estado; el artículo 211, que se refiere a la delegación de las entidades para contratar a nombre del Estado; y el artículo 365 en el que se reconoce el deber del Estado de prestar los servicios públicos de manera adecuada y eficiente” (Dolz Lago, 2014).

En normatividad, la Ley 80 de 1993, que corresponde al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, tiene como objetivo lograr que las entidades públicas cumplan los fines esenciales del Estado; la Ley 412 de 1997, mediante la cual el Congreso de la República aprobó la Convención Interamericana contra la corrupción, que llevó al país a asumir compromisos internacionales como promover y fortalecer los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción; y la Ley 970 de 2005, con la que el Congreso aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, hicieron que se presentara una especie de sistematización de delitos contra la administración pública bajo un mismo título protector de un nuevo bien jurídico como lo es la protección contra la corrupción política, que abarca más allá de la simple objetividad e imparcialidad en el ejercicio de la Función Pública, porque la corrupción política mina el Estado de Derecho y dificulta la persecución de estos delitos y hace ineficaz la lucha (Gómez Méndez & Gómez Pavajeau, 2004).

**Tabla 1. Normas que enuncian delitos contra administración pública en Colombia y Brasil por caso Odebrecht**

<b>Título</b>	<b>Colombia</b>		<b>Brasil</b>	
<b>Normas de naturaleza constitucional</b>	Artículo 209	Filosofía de los principios en la función pública con el fin del desarrollo de los fines del Estado	Artículo 37	Principios Admón. Pública, Poderes de la Unión Estados Distrito Federal y de Municipios: legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia
	Artículo 211	Se refiere a delegación de entidades para contratar a nombre del Estado	Ley anticorrupción 12.846. 2013	Responsabilidad civil y administrativa por actos de corrupción cometidos por individuos y corporaciones
	Artículo 365	El deber del Estado de prestar servicios públicos de forma adecuada y eficiente para cumplir fines del Estado.	Deshonestidad Administrativa ley 8429/1992	Delimitación de delitos efectuados por servidores públicos. Construcción institucional de red de <i>accountability</i> del Estado
	la Ley 80 1993	Estatuto General de Contratación de Administración Pública, lineamientos y parámetros cumplan fines del Estado	Ley de Lavado de Dinero (9613/1998	Delitos y procedimiento responsabilidad. Instituyó Consejo de Control de Actividades Financieras. compromisos internacionales
	Ley 412 1997	Convención Interamericana Corrupción: promover y fortalecer mecanismos para prevenir, sancionar y acabar corrupción	Ley de Lavado de Dinero 9613/1998	Delitos de cuello blanco, atención de riesgos contra sociedad internacional, económico e instituciones públicas y privadas
	Ley 970 2005	Convención ONU contra corrupción, sistematización de delitos contra administración pública, protector bien jurídico: Protección contra corrupción política	Ley de Organizaciones Delictivas 12850/2013	Cooperación internacional Brasil-USA y la existencia de procesos simultáneos de responsabilidad en las jurisdicciones nacionales en casos de corrupción como Odebrecht
	<b>Tráfico de Influencias</b>		<b>Tráfico de Influencias</b>	
<b>Delitos específicos</b>	Código Penal Artículo 33 Ley 1474 de 2011	Servidor público que use indebidamente, en provecho propio o de tercero, influencias en ejercicio del cargo, para obtener beneficio en asunto que se encuentre conociendo o haya de conocer	Artículo 332 del Código Penal. Ley No. 8.429, de 1992	Incrimination a conducta de particular que pretenda influir en acto practicado por funcionario público para obtener para sí, o para tercero, beneficios o ventajas en transacción comercial
		<b>Peculado</b>		<b>Peculado</b>
	Ley 1474 de 2011. artículo 33	Servidor público que se apropie en provecho suyo o de tercer, bien del Estado, de empresas, instituciones, fondos parafiscales, o bienes particulares por administración, tenencia o custodia	Ley 10.467 de 2002. Art. 312	Conducta específica de infracciones cometidas por un funcionario contra la administración en general. En la mayoría de las veces es cometido por políticos que pueden controlar los medios como el sistema judicial
		<b>Cohecho</b>		<b>Cohecho</b>
	Art. 33 Ley 1474 de 2011	Cuando servidor público recibe para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o promesa remuneratoria, para retardar u omitir acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes	Ley 12.846. 3013	Diferencia las modalidades activa y pasiva del delito. Dos tipos penales para duplicar la pena mínima establecida para los delitos de cohecho activo y pasivo
		<b>Celebración Indevida de Contratos</b>		<b>Celebración Indevida de Contratos</b>
	Artículo 33 de la Ley 1474 de 2011	Responsabilidad de servidor público que en sus funciones interviene en tramitar, aprobar o celebrar un contrato violando régimen legal o normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades	Artículo 114 de la Constitución Política	Se refiere a la responsabilidad ante la administración cuando ejerza una práctica ilegal, aclarando que es competencia del Tribunal de Trabajo
	<b>Enriquecimiento ilícito</b>		<b>Enriquecimiento ilícito</b>	
Artículos 29 y 33 Ley 474 de 2011	Servidor público en desempeño de sus funciones y 2 años siguientes a su desvinculación obtenga para sí u otro incremento patrimonial injustificado	Ley 4850 de 2016	Prevención y legitimidad de criminalizar conductas de discrepancia patrimonial. Presenta no concretan ideas básicas, sino que se agrupan en 10 medidas para combatirla.	

Fuente: Creación propia a partir de investigación

## 6 El Tráfico de influencias

En el Código Penal de los dos países, los delitos relacionados con la corrupción pública se enuncian como tráfico de influencias, cohecho, prevaricato, negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios y autoridades, abuso en el ejercicio de la función, malversación de fondos públicos, fraude a la Administración Pública, y procesales, junto con la problemática de los aforamientos, como lo estipula la normativa internacional, ya que existe una lucha universal contra estos fenómenos delictivos. “Se trata de castigar conductas intencionadas, activas u omisivas, realizadas por funcionarios públicos o autoridades directamente o a través de otros, que quebranten los deberes oficiales con la finalidad de obtener para sí o para terceros, ventajas indebidas, tanto de forma activa como de manera pasiva (Montoya, 2016, pág. 142 y ss).

Cabe destacar que el concepto internacional de corrupción pública no se sigue fielmente en la legislación nacional de Colombia, ni de Brasil, a pesar de formar parte del ordenamiento jurídico interno. En el delito de tráfico de influencias, Brasil que lo definió en su legislación en el artículo 332 del Código Penal, como la forma de incriminación a la conducta de un particular que pretenda influir en un acto practicado por un funcionario público nacional para obtener para sí, o para un tercero, beneficios o ventajas relacionadas con una transacción comercial, en el ejercicio de sus funciones, en el caso Lava Jato (Odebrecht), decidió que las conductas típicas de este delito las representaban los verbos solicitar, que significa pedir, rogar, procurar; exigir, y que en sí expresa el acto de ordenar, reclamar, determinar; cobrar, que tiene el sentido de hacer que se efectúe el pago; obtener, que significa requerir, conseguir, recibir, adquirir para llegar al beneficio que se buscaba (Pérez Sarmenti, 2018), con eso, la imputación aclaró que el agente solicitó, exigió, cobró y obtuvo alguna ventaja para sí mismo con el argumento de que influiría en el acto realizado valiéndose de su prestigio.

Bajo la Ley 8.429, del 3 de junio de 1992, que regula los actos de improbidad administrativa que cometen agentes públicos y particulares en detrimento del patrimonio público, se imputó a José Serra, ministro de Relaciones Exteriores quien es señalado de recibir dinero en su campaña electoral de 2010; al expresidente Luiz Ignacio Lula da Silva, que según los fiscales supervisó un esquema por el que Odebrecht pagó 22,18 millones de dólares en sobornos para ganar ocho contratos de Petrobras; y a Dilma Rousseff. A Lula se le acusa de aceptar un penthouse a cambio de los contratos con Petrobras. A Michel Temer se le citó a declarar porque funcionarios de Odebrecht lo acusaron de aceptar donaciones ilegales para su campaña, y a Dilma Rousseff, que fue acusada por Marcelo Odebrecht de recibir donaciones ilegales para su campaña, se le hizo control político por crimen de responsabilidad.

El cargo para Lula con base en esta Ley fue enriquecimiento ilícito, por obtener beneficio patrimonial debido al ejercicio del mandato (artículo 9o); y atentar contra los principios de la Administración Pública, ya que violó los deberes de honestidad, imparcialidad, legalidad y lealtad para con las instituciones públicas (artículo 12). Es importante aclarar que la Ley

No. 8.429, de 1992, “adoptó un concepto amplio de agente público, que abarca a quien ejerce, en virtud de elección, nominación, designación, contratación o cualquier otra forma de investidura o vínculos, mandato, cargo, empleo o función en la Administración directa, indirecta o institucional de cualquiera de los Poderes de la Unión, los Estados, el Distrito Federal, los Municipios y Territorios” (Lissardy, 2016).

En Colombia, el tráfico de Influencias de servidor público lo define la Ley 599 de 2000, Código Penal, en el artículo 411, modificado por el artículo 33 Ley 1474 de 2011, donde se refiere a que el servidor público que maneje indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cien (100) a doscientos (200) smlmv<sup>4</sup>, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años (Ley 599, 2000). Frente a Odebrecht, como se presentó proceso de contratación de una entidad pública, los funcionarios usaron su cargo para presionar el direccionamiento del proceso precontractual e incidir en la adjudicación de una licitación a favor de un proponente en particular; afectando de manera grave los principios de selección objetiva, transparencia, responsabilidad, igualdad y economía, previstos en el estatuto de contratación pública. Además, *pusieron en riesgo la prestación de un servicio relacionado con la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad* (Torres & Martínez, 2017). El servidor se beneficia del pago de comisiones y otro tipo de beneficios que recibe del proponente que fue favorecido en el proceso.

## 7 Peculado

De acuerdo con la Ley Orgánica 10 de 1995, son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley”. Sin embargo, en Colombia no existe el delito de corrupción normalizado por la ley, por tanto, en el contexto de este tipo de comportamiento se debe tener en cuenta que en el caso Odebrecht se presentó peculado por apropiación, según artículo 397 de la Ley 599 de 2000, que fue modificado por la Ley 1474 de 2011 en su artículo 33, el cual se refiere al servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones (Ley 1474, 2011).

De acuerdo con la Fiscalía General de la Nación, los delitos que integran el capítulo del peculado son conductas contra un bien jurídico tutelado, por lo tanto, “una mala administración de los bienes confiados a un servidor público, en razón de sus funciones inciden directamente en la correcta administración del Estado; pues además del patrimonio público, lesiona los servicios que han de prestarse a la comunidad” (Vives, 2011, pág. 238). De esta manera, el problema jurídico central es que hay una ruptura en la confianza que las autoridades otorgan al funcionario público. Por lo anterior, “el peculado no se caracteriza

---

<sup>4</sup> Salarios mínimos legales mensuales vigentes



por la naturaleza de los bienes afectados” (Corte Suprema de Justicia , 2001), si no por los tipos penales que hay dentro de la categoría.

La legislación Penal colombiana en la Ley 599 de 2000, se refiere a las siguientes clases de peculado: por apropiación, por uso, por aplicación oficial diferente, por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social, culposo, culposo frente a recursos de la seguridad social integral, por omisión de agente retenedor o recaudador, por destino indebido de recursos para metales preciosos y por fraude subvenciones (Fiscalía General de la Nación, 2018), aunque para algunos académicos esta denominación pertenece al tipo penal contra el orden económico y social. En el artículo 398 del Código Penal Colombiano, se nombra el peculado por uso, que equivale al momento cuando el servidor público usa o permite que otro use indebidamente bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término (Código Penal Colombiano, 2000).

En el artículo 399 se nombra el peculado por aplicación oficial diferente, que hace referencia al servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que tenga parte, aplicación oficial diferente de la que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores. Frente a la acción, existen circunstancias de atenuación punitiva que se refiere a que si antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí mismo o por tercera persona, haga cesar el mal uso, reparare lo dañado o reintegrare lo apropiado, perdido, extraviado, o su valor, la pena se puede disminuir en la mitad. Para el caso Odebrecht, el peculado por apropiación se completó cuando junto con el interés indebido en la celebración de contratos, y el enriquecimiento ilícito, el otro sí de la Ruta del Sol II, las transacciones ilegales fueron realizadas a través de pagos duplicados de costos, facturas no validadas y gastos extravagantes (Revista Semana, 2019). En el marco de la investigación relacionada con la adjudicación del contrato Tunjuelo-Canoas, el fiscal del caso imputó a Jaime Buenaventura Quintero Sagre por falsedad ideológica en documento público y peculado por apropiación.

Mientras en Colombia lo anterior se desarrollaba, en Brasil se introdujo en el Título XI del Código Penal, artículos 337-B y 337-C, los delitos contra la Administración Pública, los cuales por la Ley 10.467 de 2002, se presentan como conducta específica de infracciones cometidas por un funcionario contra la administración en general. Este es el peculado doloso (art. 312, Ley 10.467), el cual en la mayoría de las veces es cometido por políticos que pueden controlar medios como el sistema judicial. Por esta razón, muchos consideran que la impunidad es casi la ley de corrupción en Brasil (Cordero, Katherine, & Pinto, 2015). Como ejemplo de aplicabilidad del Código Penal se puede citar el caso del senador y expresidente Fernando Collor de Mello (1990-1992), quien fue denunciado por la Fiscalía ante la Corte Suprema por un delito de peculado en relación con la operación Lava Jato. Collor de Melo fue acusado de usar su influencia política para "firmar contratos

irregulares de 240 millones de reales, unos 60 millones de dólares, en beneficio del empresario Joao Lyra, con el que mantiene relaciones políticas, de amistad y familiares (Fiscalía General de la República Federal, 2018).

Según la denuncia formulada, el expresidente intercedió en 2010 para que BR Distribuidora, una filial de la petrolera Petrobras, firmara contratos con la compañía Laginha Agroindustrial, propiedad de su amigo. En ese año, Collor y Lyra eran afiliados al Partido Democrático Laborista PDT y ocupaban los cargos de gobernador del estado de Alagoas y diputado federal respectivamente. La Fiscalía manejó pruebas que demostraron cómo los contratos permitieron al empresario tener beneficios millonarios. Tuvieron tramitación "atípica y excepcional" y se firmaron contra el reglamento vigente. En este contexto, *la denuncia por peculado fue la décima presentada en relación con la Operación Lava Jato, dentro de las cuales están comprometidos los expresidentes Luiz Ignacio Lula da Silva y Michel Temer, quien fue preso temporalmente en dos ocasiones por sus vínculos con el caso Lava Jato* (Agencia de noticias AFP, 2019).

En el peculado, el cuestionamiento se da en torno al sujeto activo dentro del delito y al sujeto o agente pasivo que participa del mismo y que ha recibido el daño causado por el sujeto activo; es decir, quien actúa como víctima o parte ofendida. En el caso Odebrecht, inicialmente, se consideró que el sujeto pasivo del mismo fue el Estado colombiano, sin embargo, los elementos constitutivos del delito mostraban que los funcionarios representantes del Estado fueron los sujetos activos que causaron el delito, por esta razón, el resultado de la conducta desplegada fue un contrasentido que aprovechó la defensa de directivos de Odebrecht para demandar a Colombia como se anotó anteriormente. Lo anterior, porque existe la posibilidad de que el mismo Estado pudiera ser sujeto activo del delito, si se considera que es persona física en los funcionarios que actuaron para consumar el delito, y que, a su vez, eran tomadores de decisiones en los casos citados como Ruta del Sol y Tunjuelo-Canoas.

## **8 El cohecho**

Lo define el Código Penal de acuerdo con si es propio o impropio. El artículo 405, modificado por el art. 33 de la Ley 1474 de 2011, dice que "el Cohecho propio se presenta cuando existe un servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales" (Ley 1474, 2011). De igual manera, el artículo 406, se refiere al Cohecho impropio. Fue modificado por el art. 33, Ley 1474 de 2011, que dice, "el servidor público que acepte dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, para sí o para un tercero, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones" (Ley 1474, 2011, pág. art. 33). La Ley en el artículo 407, se refiere al Cohecho por dar u ofrecer, que termina siendo la imputación más numerosa que se hizo en Colombia a los funcionarios y políticos comprometidos en el caso Odebrecht, como efectivamente se comprueba con la imputación a José Elías Melo, por los actos de corrupción relacionados con la adjudicación del contrato Ruta del Sol II, y a

Gabriel García Morales, ex Viceministro de Transporte y ex director del INCO, quien aceptó cargos.

Comparativamente, en Brasil la estructura del delito de cohecho también opta por diferenciar las modalidades activa y pasiva del delito como sucede en Colombia. El cohecho pasivo aparece en el artículo 317 del Código Penal dentro de los delitos de funcionarios. Lo particular es que esa estructura existe en Brasil desde el año 1940, cuando comenzó la vigencia del Código Penal y que desde entonces muy poco se ha modificado. Solo en 2003, se reformaron puntualmente los dos tipos penales para duplicar la pena mínima establecida para los delitos de cohecho activo y pasivo. Así, se mantienen las redacciones originales, pero se aumenta la pena mínima a dos años de prisión. Aunque con esta medida no se resuelven los problemas de impunidad, sí se disminuyen las posibilidades de prescripción que antes eran muy seguidas (Saad-Diniz & Rodríguez, 2016).

En 2013, entra en vigor la Ley 12.846 que prevé el tema de la responsabilidad administrativa y civil de personas jurídicas por actos contra la administración pública, nacional o extranjera. Aunque Brasil ya se había comprometido a responsabilizar a personas jurídicas por actos de corrupción cuando ratificó la Convención sobre lucha contra la Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico-OCDE, en 1997 (Decreto 3.678, 2000); la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 1996 (Decreto 4410, 2002); y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (Decreto 5.687, 2006). Así, con la normatividad existente, el Tribunal Supremo de Brasil vinculó por cohecho a nueve ministros del Gobierno de Michel Temer, 42 diputados, 29 senadores, tres gobernadores y 74 políticos aforados por las denuncias hechas por los 78 ejecutivos de Odebrecht que colaboraron con la Justicia brasileña. Entre los ministros investigados están aliados de Temer, el señor Eliseu Padilha, y el ministro de Exteriores, Aloysio Nunes (Fiscalía General de la República Federal, 2018).

## **9 Celebración Indebida de Contratos**

En Colombia se reconoce como delito dentro de la Ley 599 de 2000, en el artículo 408 que se refiere a la Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, la cual posteriormente fue modificada por el artículo 33 de la Ley 1474 de 2011. La celebración indebida de contratos se refiere a la responsabilidad del servidor público que en ejercicio de sus funciones interviene en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales sobre inhabilidades o incompatibilidades. En el artículo 409 la misma ley se pronuncia sobre el Interés indebido en la celebración de contratos, **pero** fue modificado por el art. 33 de la Ley 1474 de 2011. El artículo 410, que corresponde al Contrato sin cumplimiento de requisitos legales, fue modificado por el art. 33 de la Ley 1474 de 2011, aclarando que el servidor público aprovechándose del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos.

En este aparte, es importante recordar que la Ley 80 de 1993, fue el punto de partida de normatividad sobre la contratación pública y aún hoy continúa vigente en el ordenamiento jurídico nacional. Muchas de sus disposiciones normativas se aplican en los procesos actuales con el objetivo de guiar los procedimientos contractuales públicos y dar cumplimiento a los fines esenciales del Estado (Ley 1474, 2011). Sin embargo, en el caso de Odebrecht, la contratación indebida fue la que guio los procedimientos que permitieron el grave detrimento en las finanzas públicas y ha sido el origen de graves daños a la ética pública. Por esta razón, las entidades de control decidieron trabajar en conjunto para defender el erario y la institucionalidad nacional trabajando juntas. Fue así como en agosto de 2019 el Tribunal de Arbitramento Concesionaria Ruta del Sol S.A.S vs. ANI, profirió un laudo en el que se reconoció que la única cifra que adeudaba la ANI a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S era de \$211.273.405.561, cifra con la que se pretendía pagar las acreencias a los terceros de buena fe.

Posteriormente, se interpusieron 9 recursos de anulación en contra de ese laudo arbitral y el Estado prepara oposición a los mismos ya que el Consejo de Estado demora aproximadamente 8 meses en resolver. De igual manera, la Procuraduría puso una acción popular por la Ruta del Sol, por lo cual, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca profirió sentencia de primera instancia condenando a la Concesionaria Ruta del Sol S.A.S y a sus accionistas a pagar al Estado \$800.156.144.362 por la violación a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y a la defensa al patrimonio del patrimonio público. Los demandados interpusieron un recurso de apelación, que está en trámite ante el Consejo de Estado (Procuraduría General de la Nación, 2016).

En todo este entramado, la Corte Constitucionalidad resolvió una demanda en la que la Contraloría solicitaba que se declarara la inconstitucionalidad del artículo 20 de la Ley de Infraestructura o Ley 1882 de 2018. Siendo esta norma la que instauraba una fórmula retroactiva de pago de liquidación de contratos que fueran anulados con objeto y causa ilícita. Según la Corte Constitucional, por las características propias de los contratos de Asociaciones Público Privadas (APP), dentro de los cuales la mayor parte del capital en riesgo pertenece a terceros de buena fe y en particular al ahorro captado del público, las restituciones a que haya cuando se declare la nulidad absoluta de un contrato de APP o de concesión de infraestructura para el transporte, se regirán por la regla de la protección de la buena fe, y por lo tanto deben satisfacer el pago de las deudas que el proyecto haya adquirido con terceros de buena fe.

Sin embargo, “si se demuestra que el contratista, sus miembros y socios, o terceros aparentes han actuado engañosamente, de mala fe o con conocimiento de ilicitud que dio lugar a la nulidad absoluta del contrato, no pueden ser objeto de restituciones” (Sentencia C-207, 2019). Frente a lo anterior, se debe aclarar que por los actos de corrupción que se presentan continuamente en la contratación estatal en Colombia, se incorporó al ordenamiento jurídico la Ley 1882 de 2018, con el propósito de regular los procesos públicos de obras de infraestructura y conseguir que este tipo de contratación se lleve a cabo de forma transparente aplicando las disposiciones normativas al respecto.

La importancia de la Ley 80 de 1993, está en que es norma significativa frente a la contratación pública, porque de allí se deriva todo tipo de contratos a partir de los cuales está de por medio los recursos públicos. En relación con la infraestructura, El Consejo de Estado ha señalado que el principio de planeación tiene fuerza vinculante en todo lo referente al contrato, es decir, que en conjunto con los demás requisitos exigidos por el legislador y teniendo en cuenta la modalidad de contratación, el principio hace parte del marco jurídico y por lo tanto, “es un requisito de toda actividad contractual dirigido a la racionalización, organización y coherencia de las decisiones contractuales, que brindan legalidad al contrato, por tanto, las entidades estatales no pueden desconocer su aplicación en el ámbito contractual” (Sentencia 1998-01743, 2013).

En general, la Ley 80 de 1993 trae otros factores que se desarrollan en los contratos de infraestructura como fase de ejecución, registro presupuestal, aprobación de garantías del contrato, verificación del pago de obligaciones de seguridad social por parte del contratista, la interventoría y supervisión, los cuales deben ser ajenos al contratista, pero no se exponen disposiciones al tema de infraestructura. De forma similar, la Corte Constitucional en la Sentencia C-300 de 2012, respecto del artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 que modificó el artículo 29 de la ley 80 de 1993, expuso que en los procesos de obra pública se debe tener en cuenta criterios generales como requisitos habilitantes para la selección del contratista como es la capacidad jurídica, la experiencia, capacidad financiera y de organización. Lo mismo sucede con los procesos de selección. En este contexto, el exconsejero presidencial Miguel Peñalosa fue vinculado con Odebrecht por la irregular adjudicación de la Ruta del Sol II, la fiscal del caso lo llamó a indagatoria por celebración indebida de contratos.

Frente a este tipo de delito, en Brasil, aunque existen mecanismos procesales para hacer responsables a funcionarios de entidades públicas, difícilmente se materializa esa responsabilidad por la figura del llamamiento *ex officio*, la cual se refiere a la responsabilidad del administrador público ante la administración en el evento en que ejerza una práctica ilegal, aclarando que es competencia del Tribunal de Trabajo, de conformidad con el Artículo 114 de la Constitución. De acuerdo con Sandra Lucía Tovar Reyes (2018), es una responsabilidad que se impone al servidor para reparar el daño causado a la administración por culpa o dolo en el desempeño de sus funciones, independientemente de si existe responsabilidades administrativas o penales (Tovar Reyes, 2018). Es decir, que de acuerdo con la responsabilidad por la práctica de actos contra la administración pública, la ley prevé sanciones a nivel administrativo y no penal, por esta razón, en el caso concreto de Lava Jato, fue más importante crear una división de sobornos para recuperar los recursos que se habían extraviado que facilitar o permitir que muchos de los implicados fueran a la cárcel.

En Brasil los condenados son ante todo políticos que se oponían a las otras fuerzas interesadas en el poder, y funcionarios que ayudaron o favorecieron a esos políticos, mientras que directivos empresariales, funcionarios de las empresas como Petrobras se sometieron a la colaboración irrestricta y hoy ninguno está en la cárcel. Un ejemplo puede

ser Marcelo Odebrecht, que inicialmente fue condenado a 19 años de cárcel, pero luego de su arreglo de delación la pena se disminuyó a 10 años y a una multa voluminosa que le permitió pedir casa por cárcel y mantener sus vínculos influyentes con el gobierno brasilero. Hoy lo que importa en la operación de sobornos de la empresa Odebrecht es que pagó una fuerte suma al Departamento de Justicia de los Estados Unidos; al Departamento de Justicia de Brasil, está en proyectos de arreglos económicos con algunos de los países implicados y en discusiones jurídicas para recuperar parte de los dineros invertidos en las obras que no terminó, como fue en Colombia, y gozando de arresto domiciliario en una de sus mansiones.

## **10 Enriquecimiento ilícito**

En Colombia el delito de enriquecimiento ilícito está tipificado en el artículo 412 del Código Penal, el cual fue modificado por el artículo 29 de la Ley 474 de 2011, y por el artículo 33 de la misma Ley. Se refiere al servidor público que en desempeño de sus funciones y 2 años siguientes a su desvinculación de la entidad pública obtenga para sí o para otro incremento patrimonial injustificado. Frente al caso Odebrecht, el delito se caracterizó a partir de las altas sumas de dinero que recibieron funcionarios como el viceministro Gabriel García Morales para direccionar la licitación de la Ruta del Sol. Sin embargo, como la ley lo permite García Morales aceptó cargos y prometió delaciones sobre otros vinculados con el proceso, se le reconoció una rebaja de pena que se convirtió en 5 años de prisión y una multa de \$65,6 millones de pesos (Munar, 2018).

Para García Morales se cesó la persecución penal y se aceptó que contara qué papel tuvieron los hermanos Enrique y Eduardo Ghisays Manzur, quienes eran representantes legales de la empresa Lurion Trading Inc., con sede en Miami, que manejaban cuentas en Angola y Andorra para mover el dinero que Odebrecht, que luego enviaba al viceministro y a otros. Enrique Ghisays fue sentenciado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá a 10 años y 9 meses de prisión por enriquecimiento ilícito y lavado de activos; mientras que Eduardo Ghisays fue sentenciado a 3 años de prisión domiciliaria porque aceptó su responsabilidad en el delito (Fiscalía General de la Nación, 2019). De igual manera, el exsenador Bernardo Miguel Elías fue condenado a 6 años y 8 meses de prisión por aceptar cargos y su participación en varios delitos como cohecho, tráfico de influencias y enriquecimiento ilícito.

Comparativamente en Brasil, la criminalización del enriquecimiento ilícito se sustenta en la Ley 4850 de 2016, que se conoce como *Repensando y Criminalizando el Enriquecimiento Ilícito* en Brasil. Esta Ley, para el tipo penal expone argumentos relacionados con la prevención y la legitimidad de criminalizar las conductas que así se presenten. En la ley, se agrupan las conductas en 10 medidas para combatirla el enriquecimiento ilícito. Aunque esto ya había sido propuesto por otras iniciativas, el órgano ministerial de justicia había propuesto modificar disposiciones del Código penal y del Código del Proceso Penal, en el contexto de la operación Lava Jato, ya que fueron más de 1.434 procedimientos instaurados que actualmente no tienen a ningún funcionario en la

cárcel. Ante esta situación el fenómeno de la corrupción y los instrumentos jurídicos con que cuenta la justicia brasilera son cortos en la medida en que a diario se conocían otros casos de enriquecimiento ilícito.

En Brasil la criminalización práctica del enriquecimiento ilícito es difícil porque la discrepancia patrimonial es difícil de comprobar, “ya que hace parte de una justicia primaria con un programa inmenso que nunca se ha podido llevar a cabo en toda su extensión” (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2002), porque los fundamentos son de razón de utilidad y no de razón de justicia. Valorativamente se puede afirmar que siempre se ha presentado una desviación del delito hacia otros que faciliten desvincularlo, por ejemplo, *el actuar inmoral e ilegal del servidor público que responde ante el Ministerio de Trabajo; y así, la incoherencia patrimonial se disfraza olvidándose del escrutinio y la transparencia* (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2002). En el caso Lava Jato, por enriquecimiento ilícito fueron vinculados: Mendes Junior; Queiroz Galvao; Camargo Gutiérrez, que eran empresas aliadas con Ricardo Ribeiro presidente de UTC-Engenharia, Renato Duque y Pedro Barusco de Toyo-Stel; quienes cobraron 582 millones de euros por favorecer contratos desde hace más de 10 años (Zaffaroni, Alagia, & Slokar, 2002).

En general, tanto por Lava Jato, como por Odebrecht, la justicia de Brasil y Colombia ha sido ineficiente. En Brasil, se realizaron hasta 2018, a nivel de implicados 1317 señalamientos, de los cuales, resultaron 57 procesos penales, 260 acusados y 25 condenados, que en su mayoría tuvieron decisiones a su favor porque les permitieron libertad condicional o casa por cárcel en casi todos los procesos. Es importante aclarar, que solo uno de todos los condenados permaneció preso por más de dos años. Una de las razones para que esto sucediera, fue que el juez Moro, promotor de 120 condenas en primera instancia, y de los acuerdos de delación, fue vinculado con el actual presidente Jair Bolsonaro en una conspiración para manejar la política brasilera manipulando el caso Lava Jato. Esta circunstancia fue la que puso en libertad a Lula da Silva y a más del 50% de los implicados.

En Colombia, han sido 11 personas las que han sido condenadas y todas están en libertad por acuerdos con la Fiscalía, por otorgar casa por cárcel o por participar como testigos en otros casos. En este contexto, algunas personas solo fueron llamadas a indagatoria, pero no se ha resuelto su situación. La figura de casa por cárcel se sustenta en arreglos económicos que buscan “recuperar” parte del dinero que la Nación ha perdido por las obras inconclusas del Consorcio. Se tiene en cuenta, que los funcionarios recibieron altas sumas de dinero y prometen devolver parte de él si se rebaja su pena. De igual manera, la defensa alega que muchos de los implicados son “personalidades” que corren peligro por su vida en una cárcel común del país. En Colombia son más de 120 procedimientos instaurados, que actualmente no tienen a ningún funcionario o político en la cárcel, aun cuando a diario se conocen casos de corrupción relacionados con las obras por la que pago Odebrecht. Una conclusión importante es que, frente a Lava Jato y Odebrecht, hay desviación del delito hacia otros que faciliten desvincularlo para otorgar impunidad y beneficios. En la siguiente tabla se comparan los procesos que se han surtido en el caso:

**Tabla 2. Comparación procesos de investigación caso Odebrecht-Lava Jato**

<b>Procesos de investigación: Odebrecht lava-Jato</b>					
<b>Colombia</b>			<b>Brasil</b>		
<b>Implicado</b>	<b>Proceso</b>	<b>Estado Actual</b>	<b>Implicado</b>	<b>Proceso</b>	<b>Estado Actual</b>
Gabriel García Morales (Director INCO)	11 años 9 meses Cohecho, celebración indebida contratos	Finalizado	Amilton Hideaki Sendai (Directivo Odebrecht)		Detención domiciliaria
Luis Fernando Andrade (Director ANI)	Cohecho, corrupción	LIBRE	Eder Paolo Ferracuti (Directivo Odebrecht)		Detención domiciliaria
Juan Manuel Santos (Presidente 2010-2018)	Abre investigación	No hay acusación formal. LIBRE	Marcio Marangoni (Directivo Odebrecht)		Detención domiciliaria
Oscar Iván Zuluaga (Campaña presidencia 2010-2018)	Abrieron investigación	LIBRE	Marcelo Odebrecht (Presidente Grupo constructor)	19 años corrupción pasiva, lavado de dinero	Detención domiciliaria
Iván Duque (Asesor de campaña Zuluaga)	Indicios	No hay acusación formal LIBRE	José Dirceu (Partido de los Trabajadores)		Detención domiciliaria
Jorge Pizano (Auditor Ruta del Sol)	Proceso abierto	Asesinado	Luiz Ignacio Lula da Silva (expresidente)	25 años lavado dineros (firmó acuerdo)	Detención domiciliaria LIBRE
Otto Bula (exsenador)	5 años. Soborno, cohecho, enriquecimiento	Reparación víctimas. Acto de perdón.	Eduardo Cunha (exministro Finanzas de Lula)	Condenado 15 años de cárcel	Detención domiciliaria
Álvaro Uribe (expresidente-senador)	Indicios	No hay acusación formal LIBRE	Dima Rousseff (expresidente destituida)		Detención domiciliaria. LIBRE
Bernardo Miguel Elías (exsenador)	6 años, Celebración indebida de contratos	Casa por cárcel	Antonio Palocci (Ministro de Lula y Rousseff)	12 años corrupción lavado de dinero (acuerdo)	Detención domiciliaria
Néstor Humberto Martínez (ex fiscal)	Renuncia por asesor Grupo AVAL guardar información	LIBRE	Sergio Cabral (exgobernador de Rio de Janeiro)	Acumula 8 sentencias: 200 años Lava Jato	Detención domiciliaria
Andrés Cardona (Junta directiva ACC Ingeniería)	60 meses prisión Cohecho, celebración indebida de contratos	LIBRE	Paulo Roberto Costa (director de suministros de Petrobras)	20 años por corrupción lavado de dinero y organización criminal	Arresto domiciliario
Duda Mendoça (publicista)	Recibir dineros	LIBRE por principio de oportunidad	Renato Duque (director servicios Petrobras)	74 años por lavado de dinero y corrupción	Paga 5 años por colaborar
Luis Antonio Bueno (ex directivo de Odebrecht)	Pagó sobornos Cohecho	Principio de oportunidad: Libre	Néstor Cerveró (director internacional Petrobras)	27 años corrupción, lavado de dinero.	Cumple sentencia en casa.
Luiz Eduardo da Rocha Soares (ex directivo Odebrecht)	Pagó sobornos Cohecho	Principio de oportunidad: Libre	Jorge Zelada (director internacional Petrobras)	15 años: corrupción, lavado de dinero, evasión divisas	Detención domiciliaria
Luiz Antonio Mameri (ex directivo Odebrecht)	Pagó sobornos Cohecho	Principio de oportunidad: Libre. Suspendido proceso penal	Otávio Márques de Azevedo (exdirector de constructora Andrade Gutiérrez)	18 años: corrupción activa, lavado dinero, organización delictiva	Cumple pena en casa
José Elías Melo (ex viceministro)	11 años de cárcel	No detención agota recurso apelación	Leo Pinheiro (Expresidente Constructora OAS)	Delator de Lula 35 años: corrupción, lavado de dinero	Detención domiciliaria
Ghisays Manzur (empresario)	10 años cárcel Corrupción	En detención	Dalton Avancini (constructora Camargo Correa)	15 años corrupción	Redujo a 5 años
Plinio Olano (exsenador)	Cohecho, tráfico de influencias	En juicio	Alberto Youssef (Cambista)	122 años por numerosos procesos	Cumple pena en residencia. LIBRE
			Joao Santana (publicista)	8 años lavado de dinero	Cumple sentencia en casa
			Michel Temer (expresidente)	Corrupción lavado de dinero	LIBRE



## 11 Conclusión

De acuerdo con la línea argumentativa trazada, se encontró que el caso Lava Jato y Odebrecht para América Latina, concierne a la regulación antisoborno por el delito transnacional de soborno desarrollada por los Estados Unidos, ya que este país fue el que impulsó la evidencia del escenario internacional donde se desarrolló. Gracias a que el Departamento de Justicia obligó a que los funcionarios de la empresa Odebrecht admitieran haber pagado coimas a los funcionarios de los otros países implicados se conoció el detalle de los delitos cometidos; y por esta razón, se pudo hacer un análisis comparado tocando la normatividad y los personajes de Brasil y Colombia que se vieron implicados.

Como primera conclusión, basada en los antecedentes, se demuestra que existe un fenómeno de captura corporativa del Estado en los dos países, porque la corrupción se ha arraigado en las entidades públicas y la lucha no parece ser efectiva. En el ordenamiento jurídico colombiano las revelaciones de corrupción por Odebrecht han llevado a que se dude de todo el sistema jurídico y político del país. Es tan grave la situación que el mal manejo de las obras ha dejado pérdidas costosas para el país; sin embargo, esto siempre ha existido y estudios han demostrado que son muchas las causas, pero tal vez una de las más importantes es que se ha pretendido globalizar la justicia porque los sobornos se internacionalizaron y no es fácil su detección.

Al frente de la corrupción están políticos, presidentes, expresidentes y funcionarios de Colombia y Brasil, que se comprometieron a favorecer con contratos a la constructora, creando unas reglas de juego que comprometían la normatividad jurídica de cada país y los dineros públicos. El dinero que se recibía por los sobornos estaba destinado, una parte a la financiación de campañas, y la otra a gastos personales de quienes lo recibían. Es decir, que los dueños de la red de corrupción son todos aquellos en quienes el pueblo confía para el desarrollo de la infraestructura del país. Tanto en Colombia como en Brasil, las conductas fueron caracterizadas para desarrollar los respectivos enjuiciamientos; sin embargo, se presentó manipulación de procesos, asesinatos de testigos, perdones y acuerdos con la justicia para mostrar resultados que al final terminaron siendo una burla a la justicia, porque los condenados todos están libres en los dos países, bien sea, porque terminaron sus procesos o porque se le dieron casa por cárcel, o los declararon inocentes.

En los dos países existe la modalidad de reducir penas a cambio de arrepentimientos, pero también a cambio de devolver solo una mínima parte de los recursos robados. Cuando se socializaron los documentos enviados por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, todos los países implicados salieron con la idea de conformar una red de justicia y de fiscalías que facilitara castigar los delitos cometidos contra la administración pública; pero con el paso del tiempo la idea se vició por los intereses particulares de cada país, especialmente por la injerencia de políticos, directivos empresariales y funcionarios públicos que querían acomodar las consecuencias a su favor. Todo esto, puso en apuros a la justicia interna de Colombia y de Brasil, y a las personas que reclamaban sanciones contra los corruptos.

Para inferir cuáles delitos contra la administración pública se cometieron en el caso Odebrecht (Lava Jato), es necesario resaltar que, al romperse el control nacional sobre los casos, se debilitó el silencio que existía alrededor de la red de corrupción Odebrecht y se manifestaron los escándalos de naturaleza penal y administrativa en los dos países. En Colombia específicamente, las revelaciones generaron una táctica defensiva entre acusados y Fiscal General para mantener lo más lento posible el desarrollo jurídico del caso. Aunque se avanzó en imputaciones, también se buscó el desarrollo de acuerdos que facilitaran entregar dinero y datos a la justicia con la intención de reducir penas y terminar pagándolas en el hogar de cada uno de los implicados. Incluso se recurrió a la violencia para eliminar físicamente a testigos y cambiar versiones.

En Brasil, de igual manera, se aprovechó la figura jurídica de principio de oportunidad para ofrecer arreglos a los implicados de manera que, todos terminaran pagando las penas en sus casas. Además, con la llegada del gobierno conservador de Jair Bolsonaro se volvió a dificultar avances en el sistema de justicia. En este escenario, los delitos contra la administración pública, conexos al caso Odebrecht, tienen tanto luces como sombras porque aceleraron el efecto dramático de aplicación de la justicia con intereses políticos que se manifiestan en las nuevas oportunidades de corrupción que ofrecen los dos gobiernos neoliberales de Colombia y Brasil.

Al aplicar la delación premiada, como se le dice en Brasil al derecho de oportunidad, la admisión de culpa y los testimonios se convirtieron en una buena manera de reducir las sentencias y en otra forma de abrir una puerta de oportunidades a Odebrecht para que recuperara todos los recursos que invirtió en los proyectos de infraestructura que desarrolló, e incluso para que reclame, como sucede en Colombia, el pago de intereses y cumplimiento hasta donde se desarrollaron las obras de los contratos.

Frente a los delitos de cohecho, tráfico de influencias, peculado, celebración indebida de contratos y enriquecimiento ilícito, la aplicación de las normas jurídicas tiene similitud en las dos naciones debido al aprovechamiento del colaborador; aunque la lista incluya situaciones graves contra los recursos económicos, los dos sistemas jurídicos prefieren otorgar beneficios y premios a los implicados, antes que actuar en contra de ellos, porque se considera que son personas importantes para el desarrollo de futuros negocios, por lo tanto, se cuida el interés personal del juez, los colaboradores y la justicia en general. Es decir, que Odebrecht y Lava Jato personifican la justicia negociadora que privilegia intereses personales, antes que sociales o nacionales.

Por efectos del trabajo de las Fiscalías se evidenció otra forma de corrupción que favorecía a los implicados, generándose una lucha interna en el sistema judicial que presenta a su vez jueces corruptos y jueces comprometidos; políticos corruptos y políticos empeñados en combatir el problema. Odebrecht afectó principalmente al Estado de los dos países, por la manipulación efectiva que realizó a funcionarios, tanto de alto nivel como de nivel medio, y quienes presentaban desde muchos años atrás una inclinación hacia lo ilícito.

Es importante resaltar que los delitos cometidos evidencian como la conducta de los funcionarios encaja en la denominación de culpa, es decir, responsabilidad porque la apropiación si se basó en aprovechamiento propio y de un tercero. De esta manera, el comportamiento delictivo recae en cada uno de los implicados como sujeto activo. En la celebración indebida de contratos, todos los implicados fueron vinculados porque intervinieron en tramitar, aprobar y celebrar contratos violando el régimen legal y la norma constitucional, aun conociendo que existen responsabilidades penales individuales por la comisión del delito, ya que se atenta contra la administración pública, el patrimonio nacional y el Estado en general, estas personas tenían incompatibilidades e inhabilidades para intervenir en lo contractual que se señala en la norma como se puede constatar en la Sentencia C-546 de 1993, en la cual, el magistrado Gaviria Díaz aclara que las inhabilidades hacen parte del Estatuto General que rige la función pública para evitar que se incumpla la ley.

Con el cohecho, por la utilidad recibida y la manipulación para obtener beneficios y ofrecer oportunidades a Odebrecht, fueron sujetos activos que se valieron de las condiciones de su función para obrar en contra de la ley, incurriendo en el delito con pleno conocimiento de causa, por lo tanto, son responsables de los daños causados en los términos establecidos por el marco jurídico nacional frente a las prácticas corruptas de funcionarios públicos y de persona jurídica (OCDE, 2016). De esta manera, la conclusión más contundente es que “en un país en el que la impunidad es la norma y no la excepción, resulta relativamente sencillo hacer caso omiso a leyes y crear espacios en los que los servidores públicos pueden hacer negocios privados con personas y empresas que buscan privilegios” (Kaiser, 2017), porque las responsabilidades legales y políticas se unen con responsabilidades fiscales, ya que se pagaron, muchos millones de dólares para asegurar los contratos de la Ruta del Sol.

Con el dinero que invirtieron en coimas, Odebrecht aseguraba altos peajes en la Ruta del Sol para de esta forma reponer el dinero invertido. Frente a los préstamos del Banco Agrario a Navelena SAS, que estaba formada por dos empresas del mismo grupo Odebrecht, se aseguraba sacar de la quiebra a esta firma que había sido declarada en causal de disolución por la Superintendencia de Sociedades. En relación con los bancos y banqueros que actuaron en contra de sus deberes legales porque prestaron la plata a un interés menor al que se les cobra a los campesinos y con respaldos o garantías que no aseguraban el pago de la deuda, el Estado llegaba a perder casi 2,5 billones de pesos (Fiscalía General de la Nación, 2019). Con la Ruta del Sol, se declaró que la intención era conseguir que la vía Ocaña-Gamarra se declarara como parte de esta, para que el contrato no se hiciera por licitación, sino a dedo, y que el costo por kilómetro pasara de 5 mil a 17 mil millones de pesos, que significaban utilidades del 23% para Odebrecht.

Ante estos graves hechos, la responsabilidad fiscal y el detrimento patrimonial del Estado, según el ex contralor Edgardo Maya Villazón recayó en el estudio que se hizo de riesgos para el otorgamiento de créditos, de contratos y el proceso de apropiación que se debe adelantar cuando hay incumplimiento usando las garantías que los implicados

presentaron. Solo por el proyecto Tunjuelo-Canoas la responsabilidad fiscal suma más de \$259.502 millones de pesos derivados del contrato original y de la obra faltante. Por el monto ofrecido para indemnizar los daños causados al bien jurídico de la administración pública, que inició en \$32 mil millones, y hoy asciende a \$106 mil millones, los directivos de Odebrecht retiraron la posición de subsanar económicamente al país, y decidieron demandar por lo invertido en la parte que se había desarrollado del proyecto. la principal consecuencia fiscal es el pago de 1,2 billones de pesos de acreencias de Odebrecht que el Estado pensaba hacer a los bancos colombianos.

## 12 Fuentes Consultadas

Agencia de noticias AFP. (2019). *Lava Jato, 15 peces gordos condenados en Brasil a cinco años de iniciado del caso*. Brasilia: AFP.

Borges, R. (15 de mayo de 2019). Temer queda libre tras segundo encarcelamiento cautelar por corrupción. *El País*, págs. 2-3.

Código Penal Colombiano. (2000). *El peculado por uso*. Bogotá: Senado de la República.

Cordero, N., Katerine, G., & Pinto, A. (2015). Fragmentación y debilidad del Estado social de derecho en Colombia. *Revista Temas*, 151-166.

Corte Suprema de Justicia , Sala de Casación penal. Sentencia No 14841 (Cas. Penal 8 de mayo de 2001).

De la Jara, E., & Sánchez, R. (2018). *Delación Premiada en Brasil; Colaboración Eficaz en el Perú*. Lima: IDL- Reporteros.

De la Jara, E., & Sánchez, R. (2018). Lava Jato: Delación premiada en Brasil; colaboración eficaz en Perú. *IDL Reporteros*, 6-10.

Decreto 3.678. (2000). *Promulga la Convención sobre la lucha contra la corrupción de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, celebrada en París el 17 de diciembre de 1997*. Brasilia: Presidencia de la República.

Decreto 4410. (2002). *Promulga la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 29 de marzo de 1996, con reserva al art. XI, párrafo 1, punto "c"*. Brasilia: Presidencia de la República.

Decreto 5.687. (2006). *Promulga la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 31 de octubre de 2003 y firmada por Brasil el 9 de diciembre de 2003*. Brasilia: Presidencia de la República.

- Dolz Lago, M. J. (2014). Corrupción en la vida pública: los delitos de tráfico de influencias y cohecho. *Revista Abogacía*, 1-3.
- Dpto de Justicia de los Estados Unidos. (2016). *La empresa brasilera Odebrecht paga Coimas*. New York: Dpto de Justicia.
- El Tiempo. (11 de enero de 2019). Aprueban principio de oportunidad de jefes brasileños de Odebrecht. *Diario El Tiempo*, pág. 4.
- Fiscalía General de la Nación. (2009). *Ley 1312*. Bogotá: Congreso de la República.
- Fiscalía General de la Nación. (2018). *Tipologías de corrupción en Colombia. Tomo II*. Bogotá: Editorial UNODC.
- Fiscalía General de la Nación. (2019). *Informe sobre condenados en Colombia por escándalo Odebrecht*. Bogotá: FGN.
- Fiscalía General de la República Federal. (2018). *Cooperación internacional*. Sao Paulo: FGR.
- Furtado, C. (2016). *La Delación (Colaboración) Premiada y los Derechos Humanos*. Asunción: Procuraduría de Justicia del Ministério Público de Brasil.
- Gómez Méndez, A., & Gómez Pavajeau, C. (2004). *Delitos contra la Administración Pública. 2ª edición*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kaiser, M. (2017). *La corrupción y los desastres naturales*. México D.F: Instituto mexicano de competitividad IMCO.
- Ley 1474. (2011). *Normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*. Bogotá: Senado de la República.
- Ley 599. (2000). *Código Penal*. Bogotá: Ministerio de Justicia.
- Lissardy, G. (12 de mayo de 2016). "Impeachment": por qué condenaron a Dilma Rousseff en el Congreso de Brasil (y no fue corrupción). *BBC Mundo*, págs. 2-6.
- Ministério da Justiça e Cidadania. (2013). *Implementación de la Convención Interamericana contra la corrupción*. Brasilia: Ministerio de Justicia.
- Montoya, I. (2016). *Manual sobre Delitos contra la Administración Pública*. Lima: IDEHPUCP.
- Munar, L. (2018). Así está hoy el escándalo de Odebrecht en América Latina. *Revista Cero Setenta. Universidad de los Andes*, 1-11.
- OCDE. (2016). *la responsabilidad de las personas jurídicas para los delitos de corrupción en América latina*. París: OCDE.

- Pérez Pinzòn, À. (2004). *Los principios generales del proceso penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pérez Sarmenti, I. (13 de marzo de 2018). *Caso Lava Jato Brasil*. Obtenido de CNN Noticias : [cnnespanol.cnn.com/tag/caso-lava-jato-brasil/](http://cnnespanol.cnn.com/tag/caso-lava-jato-brasil/)
- Procuraduría General de la Nación. (2016). *Acción Popular por Ruta del Sol*. Bogotá: TAC.
- Revista Semana. (2019). Veredicto condenatorio a Josè Elias Melo. *Revista Semana*, 7-8.
- Rey, G. H. (21 de junio de 2019). En duda labor de Sergio Moro que lideró mayor operación anticorrupción . *El Tiempo*, pág. 3.
- Rico Torres, A. (18 de febrero de 2019). Luis Fernando Andrade, sin fecha de regreso a Colombia. *El Espectador*, págs. 2-3.
- RPP Noticias. (12 de marzo de 2017). *La Operación Lava Jato cumple tres años en Brasil y ya tiene 125 condenados*. Obtenido de [Rpp.pe/mundo/latinoamerica/la-operacion-lava-jato](https://rpp.pe/mundo/latinoamerica/la-operacion-lava-jato): <https://rpp.pe/mundo/latinoamerica/la-operacion-lava-jato-cumple-tres-anos-en-brasil-y-ya-tiene-125-condenados-noticia-1036435>
- Saad-Diniz, E., & Rodríguez, V. G. (2016). Persecución penal de la corrupción en el marco brasileño: desde las transformaciones del delito de cohecho hasta la nueva mirada sobre la corrupción empresarial. *Revista de Estudios Brasileños. Volùmen 3, Número 4*, 147-159.
- Sentencia 1998-01743. (2013). *Recurso de apelaciòn contra sentencia del 25 de septiembre de 2003 Tribunal Administrativo de Santander*. Bogotá: Consejo de Estado.
- Sentencia C-207. (2019). *Constitucionalidad del artículo 20 de la Ley 1882 de 2018*. Bogotá: Corte Constitucional.
- Sistema Penal Acusatorio. (2004). *Rol del perito y de la policía Judicial*. Bogotá: cooperación académica de extensión universidad Nacional de Colombia. .
- Torres, D., & Martínez, G. (2017). *Corrupción en el Sistema de Contratación y Ejecución de Obras*. Bucaramanga: Universidad Santo Tomás.
- Tovar Reyes, S. L. (2018). *La aplicación del principio de la primacía de la realidad cuando el Estado oculta la vinculación de los empleados públicos en contratos de prestación de servicios*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia .
- Villanueva, J. (2005). *El Principio de Oportunidad*. Bogotá: LEYER.
- Vives, S. (2011). *Manual de Derecho Penal*. Bogotá: FGN.
- Zaffaroni, E., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte II Brasil*. Buenos Aires: Editorial Ediar.