

EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN BRASIL, LOS ACONTECIMIENTOS RECIENTES Y SUS CONSECUENCIAS

Marcelo FIGUEIREDO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La buena gobernanza —la buena administración— un derecho constitucional de la ciudadanía*. III. *Los principales instrumentos de combate a la corrupción en Brasil*. IV. *La corrupción en las leyes y en las costumbres brasileñas*. V. *El caso Mensalão*. VI. *La operación Lava Jato*. VII. *Conclusión*. VIII. *Los recientes acontecimientos que involucra la operación Lava Jato*.

I. INTRODUCCIÓN

La corrupción es tan antigua como el hombre. El derecho siempre ha buscado formas de combatirla. El tema, sin embargo, nunca fue una preocupación central del *derecho constitucional clásico*. Por otro lado, casi siempre encontramos la figura de la corrupción como delito, infracción o crimen, tanto en el derecho penal como en el administrativo sancionador. Últimamente, con los profundos cambios de las sociedades humanas que ha traído la revolución científico-tecnológica, y en su seno por la revolución de las telecomunicaciones, que fomentó la formación de bloques regionales, supranacionales e internacionales, se ha tratado de implementar estándares comunes a la corrupción globalmente y dondequiera que sea cometida: en el ámbito público o privado.

* Abogado y consultor jurídico en São Paulo, Brasil. Profesor asociado de derecho constitucional en los cursos de grado y posgrado de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (PUC-SP), donde también fue director del curso de Derecho (gestiones 2005-2009-2009-2013). Es presidente de la Asociación Brasileña de Constitucionalistas Demócratas (ABCD), sección brasileña del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, con sede en México, y vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (IACL-AIDC). Es también profesor visitante de varias universidades en Latinoamérica y Europa.

Como se sabe, la palabra clave introducida por la *globalización* en el Estado en mutación es *eficiencia*. Tanto en su actuación externa como interna, ya no basta la primacía de la eficiencia bélica, que fuera tan importante en la era de las grandes potencias, sino que se busca una nueva y peculiar eficiencia política para actuar en las relaciones multilaterales.

Ya no es suficiente la simple eficiencia económica, entendida como el aumento de la producción, con disminución de insumos y aumento de las ganancias, sino que se persigue, además, la eficiencia socioeconómica, que consiste en producir bienes y servicios de mejor calidad, pero rápidamente y en más cantidad, para proveer a sociedades cada vez más demandantes; ya no basta la eficiencia que depende únicamente de la acción de Estados aislados, sino la que se logra a través de un concierto *institucionalizado* de Estados solidarios.

Así es que la rehabilitación pospositivista de los principios, al redefinir la supremacía de los derechos fundamentales y el efecto de la demostración, ampliamente diseminado, de las experiencias iuspolíticas más exitosas, han puesto en evidencia un nuevo concepto operativo de la Administración pública, que parte de una precisa y adecuada vocación de las funciones asignadas a cada entidad prestadora, de modo que satisfagan, de la mejor manera posible y con los más bajos costos, las demandas tradicionales y emergentes de las sociedades de todas las latitudes, sin importar tanto quién se encargará, al final, de dichas prestaciones: si será una entidad pública, privada, local, regional, nacional, multi- o metanacional.¹

Así, al lado de la preocupación perenne con la *moralidad administrativa*, se suma la percepción de que la corrupción aumenta el costo de los productos y servicios puestos a disposición de la sociedad, desviándolos hacia los grupos de personas con intereses egoístas y no republicanos.

La corrupción dificulta el desarrollo, perjudica el crecimiento económico, sacrificando a los más pobres de forma desproporcionada y socava la eficacia de inversiones y ayudas financieras; por eso, las estrategias de combate a la corrupción precisan integrarse en un modelo de desarrollo formulado para ayudar a los países a erradicar la pobreza.

No hay duda de que el mayor impacto de la corrupción se produce sobre los ciudadanos más pobres, que no tienen condiciones de absorber sus costos. Al desviar recursos públicos, la corrupción compromete servicios como la salud, la educación, el transporte y la vigilancia —exactamente los más importantes para las clases menos favorecidas—.

Moreira Neto, Diogo de Figueiredo (coord.), “Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo”, *Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Anais do Seminário de Direito Administrativo Brasil-Espanha*, Río de Janeiro, Renuevar, 2003, p. 550.

La corrupción existe tanto en los países democráticos como en los no democráticos, así como en países con amplia libertad de prensa y en otros con casi ninguna libertad de opinión.

Su universalización o carácter internacional radica en el hecho de que es posible tanto concordar con un diagnóstico de la situación de una determinada nación que considere parámetros que se puedan compartir con otros países como instituir prácticas de control, cuya eficacia se pueda medir utilizando las mismas referencias que sirven para fijar el diagnóstico.

En suma, la *globalización* ha puesto en marcha un concepto nuevo y expandido de *eficiencia política*, en el que la *organización de poder*, sea cual sea y sin importar su dimensión, así como las *funciones* a desempeñar, deberían adecuarse *subsidiariamente* a las nuevas demandas, en la medida en que, con ello, se disminuiría paulatinamente, como resultado de la información, la vieja y desconcertante *tolerancia a la ineficiencia del sector público*, una de cuyas causas es, sin duda, el fenómeno de la corrupción.

No es por casualidad que existen hoy día numerosas convenciones internacionales preocupadas por la corrupción en varias dimensiones y perspectivas.

Siendo así, aunque, como hemos observado, la corrupción no sea una preocupación del derecho constitucional *clásico*,² esta realidad ha cambiado. Y ha cambiado por varios motivos. Básicamente, la integración mundial es responsable de ello. Paulatinamente vemos que el sistema jurídico internacional y el sistema jurídico interno no son unidades separadas, sino integradas.

En verdad, los procesos de “globalización” y de “universalización” del derecho —y particularmente del derecho internacional— han dado origen, sobre la red tradicional de los Estados, a un “sistema político integrado en varios niveles”, que se rige por una reglamentación jurídica propia.

Recuérdese, por ejemplo, que el derecho internacional forma conjuntamente con el derecho interno de los Estados un “sistema político en varios niveles”, constituido en la base de los sistemas políticos de los Estados miembros, y que a su vez pueden ostentar, también ellos, internamente, una estructura multinivel.

Hay cláusulas de diferente apertura en las constituciones democráticas de todo el mundo, inclusive en Latinoamérica, que facilitan el ingreso confortable de convenciones de toda clase, incluso aquellas que se ocupan del combate a la corrupción como fenómeno global.

Claro que encontramos desde siempre normas a favor de la ética pública y de la moralidad (buenas costumbres) en todo el derecho, cuestión en perspectiva diferente a la actual.

Véase como ejemplo, en el ámbito mundial, la Convención de las Naciones Unidas de Nueva York, de 31 de octubre de 2003, y otras que se proyectan en los ordenamientos de los diferentes continentes: la Convención Interamericana contra la Corrupción, de Caracas, de 28 de marzo de 1996, y el Convenio sobre Corrupción Civil del Consejo de Europa, realizado en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999; además del Convenio de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, aprobado por los jefes de Estado y de Gobierno el 12 de junio de 2003.

Casi todos los países de Latinoamérica, o como quieren algunos, pertenecientes a los ordenamientos hispanoamericanos, también han adoptado importantes disposiciones tendentes a combatir la corrupción y, en general, han adoptado asimismo normas de las citadas convenciones internacionales o regionales. No viene al caso comentarlas.³

La comunidad internacional celebró, el 17 de diciembre de 1997, la Convención de la OCDE para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales. La Organización de los Estados Americanos (OEA), el 29 de marzo de 1996, celebró el Convenio Interamericano contra la Corrupción. El 9 de diciembre de 2003, en Mérida, México, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) preparó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, con el propósito de promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir la corrupción de manera más eficaz. El 15 de diciembre de 2000, con vigencia desde el 29 de septiembre de 2003, se celebró, en Palermo, el Convenio de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional, estableciendo como principal medida la necesidad de armonización de los tipos penales vigentes en los diferentes Estados, y particularmente, la tipificación del delito de participación en grupos de delincuencia organizados. La Unión Europea, mediante el Acto del Consejo 97-C 195/01m, de 26 de mayo de 1997, estableció una Convención relativa a la lucha contra la corrupción en que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o también de los Estados miembros de la Unión Europea. Asimismo, se formó el Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO), en el cual se arbitran procedimientos de control de los Estados, con previsión de asistencia mutua y cooperación internacional, de extradición, de información espontánea, de comunicación directa entre autoridades centrales y de información sobre mecanismos de cooperación disponibles. También fue creada la Red Judicial Europea, el 29 de junio de 1998, con la finalidad de facilitar la cooperación judicial penal entre los Estados miembros de la Unión.

Hay que recordar, además, el relevante papel desempeñado por el Centro de Recursos Anticorrupción Utstein globalmente. Asimismo, merece referencia Transparencia Internacional. Por fin, es oportuno registrar que el Banco Mundial presentó una guía práctica y creó un portal de Internet, con el propósito de promover una acción colectiva contra la corrupción. Se trata del documento titulado *Fighting Corruption Through Collective Action-La Guide for Busines* (2008), fruto de una coalición de instituciones lideradas por el Banco Mundial, compuesta por organizaciones no gubernamentales (ONG), organizaciones multilaterales como el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, el Centro Internacional para la Empresa Privada (CIPE), Transparencia Internacional y varias empresas del sector privado.

II. LA BUENA GOBERNANZA —LA BUENA ADMINISTRACIÓN— UN DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA CIUDADANÍA

Afirmamos que la corrupción nunca ha sido una preocupación central en el derecho constitucional clásico. O sea, en la época de la elaboración de las primeras constituciones se deseaba, sobre todo, controlar el poder, establecer derechos políticos y civiles, ocuparse de las finanzas y la seguridad pública interna y externa.

Esa situación cambió sustancialmente con las constituciones contemporáneas que se expandieron, ocupándose de una serie de temas inimaginables en el siglo XVIII.

Hoy no existe una Constitución escrita que no muestre gran preocupación por la administración y la gestión de la cosa pública, los recursos públicos, la materia presupuestaria, las políticas públicas, cómo son formuladas y, sobre todo, ejecutadas.

La llamada “gobernanza” o “gobernabilidad” afecta no solo a los organismos centrales del gobierno (Ejecutivo), sino también a todas las entidades, empresas públicas o privadas que aplican, gestionan o contratan con el Estado.

La rendición de cuentas se ha vuelto materia fundamental no solo del poder que fiscaliza al Ejecutivo, Legislativo y sus auxiliares, los tribunales de cuentas, sino también de la sociedad civil, de la ciudadanía que tiene el poder de presionar a sus representantes hacia la dirección correcta.⁴

Freitas, Juarez, *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, 3a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2014, pp. 21 y ss., en donde define el derecho a la buena administración del siguiente modo: “[...] trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”. En español: “[...] se trata del derecho fundamental a la administración pública eficiente y eficaz, proporcional cumplidora de sus deberes, con transparencia, sostenibilidad, motivación proporcional, imparcialidad y respeto a la moralidad, a la participación social y a la plena responsabilidad por sus conductas omisivas y comisivas”. Más adelante, en el concepto propuesto por el autor, se abrigan, entre otros, los siguientes derechos: “o direito à administração pública transparente, o direito à administração pública sustentável, o direito à administração pública dialógica, o direito à administração pública imparcial e desenviesada, o direito à administração pública proba, o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada, o direito à administração pública preventiva e eficaz”. En español: “el derecho a la administración pública transparente, el derecho a la administración pública sostenible, el derecho a la administración pública dialógica, el derecho a la administración pública imparcial y no tendenciosa, el derecho a la administración pública proba, el derecho a la administración pública que respeta la legalidad temperada, el derecho a la administración pública preventiva y eficaz”.

La mayoría de las constituciones latinoamericanas contemporáneas se ha ocupado mucho de la corrupción, en la medida en que han ampliado, lo máximo posible, el papel de agentes y órganos encargados de fiscalizar la aplicación de los recursos públicos: “fiscalías”, contralorías, tribunales de cuentas, defensores del pueblo, comisiones de ética y el Ministerio Público son ejemplos elocuentes de ello.

En esa medida, también se ha *empoderado* a la ciudadanía para participar activamente en la gestión de lo que, en definitiva, le pertenece. Como demuestra la experiencia: el Parlamento, el Gobierno, el Poder Judicial y los tribunales de cuentas mejoran su desempeño con respecto a la transparencia y a la democracia, con una cobranza efectiva de la sociedad.

Es fundamental que los ciudadanos y las organizaciones de la sociedad civil, entre otras, estén bien abastecidos de información —en cantidad y calidad— para la acción ciudadana, principalmente para la prevención del mal uso de la cosa pública.

Es necesario, por tanto, formar alianzas entre la sociedad civil organizada y las instituciones gubernamentales para maximizar los esfuerzos en el combate a la corrupción manifestada en todos los segmentos.

En Brasil se han creado instrumentos para fortalecer una acción ciudadana en prácticamente todas las áreas sujetas a la acción estatal.

III. LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS DE COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN BRASIL

La Constitución brasileña está llena de normas que se ocupan de la ética y la probidad administrativa, directa o indirectamente. Citemos las principales: el artículo 5, inciso LXXIII, dispone, respecto a la acción popular, que esta protegerá también la moralidad administrativa. Ello quiere decir que la Constitución no ha considerado suficiente proclamar el principio de la legalidad, con la certeza de que en ella se inserta la moralidad administrativa, ni le ha parecido suficiente la lección de la doctrina de que el acto administrativo se compone de elementos, y uno de ellos, de mayor importancia, es el de la finalidad —el acto administrativo debe tener, siempre, finalidad de interés público— y que el acto administrativo contrario a la moralidad es un acto que no atiende a la finalidad de interés público.

Y la Constitución fue más allá. El principio de la moralidad administrativa constituye, con la Constitución de 1988, un concepto jurídico autónomo. Como ya hemos afirmado:

Hoy tenemos una idea del principio de la moralidad como un principio mucho más lato, a tal punto que la moralidad ya no estaría contenida en la legalidad, o, si se quiere de otra manera, el principio de la moralidad es un principio autónomo por sí solo, conjugado en el ordenamiento jurídico constitucional al lado de otros tantos valores que prestigia.⁵

Del mismo hecho, como se sabe, pueden derivarse investigación y responsabilización civil, penal y administrativa en función de la independencia de las instancias.

Existe un verdadero arsenal de normas jurídicas, mecanismos de combate a la corrupción, entre los cuales destacamos:

- a) Comisión de Ética Pública, creada en mayo de 1999, y el Código de Conducta de la Alta Administración Federal, instituido en agosto de 2000;
- b) Consejo de Transparencia Pública y Combate a la Corrupción (Ley 10.683/2003);
- c) Ley de Improbidad Administrativa (Ley 8.429/1992) comentada abajo, Ley de la Acción Civil Pública (Ley 7.347/1985), Ley Complementaria 64/1990, Ley 9.424/ 1996, Ley Complementaria 75/1993, Ley 1.079/1950 y Decreto-Ley 201/1967;
- d) Ley de las Agencias Reguladoras (Ley 9.986/2000);
- e) Código Penal brasileño y Ley 10.467/2002, que adiciona el delito de corrupción activa en transacción comercial internacional y el delito de tráfico de influencia en transacción internacional;
- f) Ley de Licitaciones y Contratos en la Administración Pública (Ley 8.666/1993);
- g) Estatuto del Funcionario Público Federal (Ley 8.112/1990);
- h) Código de Conducta Ética de los Agentes Públicos de la Presidencia y Vicepresidencia de la República (Decreto 4.081/2002).

La Ley 8.429/1992, importante instrumento de combate a la improbidad administrativa en Brasil, que dispone las sanciones aplicables a los agentes públicos por la práctica de actos de improbidad administrativa, que encuentra su génesis en la Constitución Federal, artículo 37, párrafo 4, es, por tanto, instrumento de realización del principio mayor, el de la moralidad administrativa:

Figueiredo, Marcelo, *O controle da moralidade na Constituição*, São Paulo, Malheiros, 2003.

Artículo 37. La administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia, y también, al siguiente:

[...]

4. Los actos de improbidad administrativa causarán la suspensión de los derechos políticos, la pérdida de la función pública, la indisponibilidad de los bienes y el resarcimiento al erario, en la forma y graduación previstas en la ley, sin perjuicio de la acción penal correspondiente.

En lo que respecta a la casación de derechos políticos, dispone asimismo la Constitución, en su artículo 15, que “se prohíbe la casación de los derechos políticos, cuya pérdida o suspensión solo podrá ocurrir en los casos de: [...] V. improbidad administrativa, en los términos del artículo 37, §4o.”.

Cualquier agente público, servidor o no, incluidos los agentes políticos en general, los contratados por tiempo indefinido o temporal, y los sujetos a la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT), o sea, no importa cuál sea el vínculo del agente con la Administración pública directa de los tres poderes y con la Administración pública directa, indirecta o fundacional, que comete un acto de improbidad, queda sujeto a los preceptos de la Ley 8.429/1992.

Esta ley define tres tipos de actos administrativos: los que impliquen enriquecimiento ilícito (art. 9), los que causen perjuicio al erario (art. 10) y los que atenten contra los principios de la administración (art. 11). Además, la ley contempla las siguientes sanciones: *a)* pérdida de bienes y activos acrecentados de forma ilícita al patrimonio; *b)* resarcimiento integral del daño; *c)* pérdida de la función pública; *d)* suspensión de los derechos políticos; *e)* multa civil, y *f)* prohibición de contratar o recibir beneficios fiscales.

La Ley 12.846/2013, por otro lado, dispone la responsabilización de las personas jurídicas en los ámbitos administrativo y civil, por la práctica de actos contra la Administración pública, nacional o extranjera. Esta ley entró en vigor el 29 de enero de 2014.

Entre las instituciones brasileñas de combate a la corrupción se destaca el Ministerio Público Federal y estatal, a quien corresponde procesar y juzgar actos contra el patrimonio público en general, la Contraloría-General de la Unión (CGU), creada en 2001, órgano de asistencia directa del presidente de la República, especialmente en asuntos relativos a la defensa del patrimonio público y la transparencia en la gestión de ese patrimonio, en el ámbito de la administración federal.

Existen, también, los tribunales de cuentas de la Unión y de los estados y de los municipios, encargados de fiscalizar y juzgar la regularidad de las

cuentas de los administradores y demás responsables del dinero público. Son organismos de control externo del Poder Ejecutivo que actúan como auxiliares del Poder Legislativo en la fiscalización de los gastos públicos.

El Congreso Nacional (Parlamento), compuesto por la Cámara de Diputados y el Senado federal, tiene como responsabilidad principal elaborar las leyes y proceder a la fiscalización contable, financiera, presupuestaria, operativa y patrimonial de la Unión y de las entidades de la Administración directa e indirecta. Internamente encontramos las comisiones parlamentarias de inquisición, destinadas a investigar hechos de relevante interés para la vida pública y para el orden constitucional, legal económico y social del país.

Sin detrimento de todo el instrumental jurídico existente y los esfuerzos contra la corrupción en nuestro continente, el informe del Banco Mundial, *Gobernabilidad 2006: Indicadores de la gobernabilidad en el ámbito mundial*, publicado en junio de 2007, revela que solamente cuatro países latinoamericanos (Chile, Uruguay, Costa Rica y El Salvador) figuran en la mitad superior de los 212 países en la categoría *control de la corrupción*, mientras que cinco países (Ecuador, Nicaragua, Honduras, Paraguay y Venezuela) aparecen en el cuarto inferior.

El informe *Índice de percepción de la corrupción 2006 de Transparencia Internacional* presenta una imagen aún más desalentadora: apenas Chile y Uruguay han recibido una calificación superior a 5 (en una escala de 0 a 10), en la que 10 indica menor corrupción, mientras que siete países de la región recibieron menos de 3 puntos.

Con toda razón aclara Peter DeShazo:

Los altos y persistentes niveles de corrupción de la región no solamente socavan la confianza en la democracia y el desarrollo económico, sino que también debilitan la capacidad de las sociedades para defenderse de la delincuencia y de las amenazas a la seguridad internacional. Los pobres resultados en el combate a la corrupción engendran un creciente conformismo con el *statu quo* entre la población —una fuerza motriz para la reforma—. Sin embargo, esa insatisfacción también abre las puertas a líderes populistas con inclinación autoritaria, quienes lanzan ataques en contra del sistema, pero los que una vez en el poder, hacen poco por promover la ética o la transparencia gubernamental. La corrupción policial socava la capacidad de las fuerzas para hacer cumplir la ley en muchas partes de la región, dejando a los Estados más vulnerables a los grupos criminales y al terrorismo internacional, a la vez que la falta de transparencia en el sistema de justicia ha disuadido ampliamente las inversiones internacionales y nacionales.⁶

DeShazo, Peter, *Esfuerzos contra la corrupción en América Latina. Lecciones aprendidas*, Washington, D. C., CSIS American Program, 2007, p. 2.

En efecto, no existen soluciones milagrosas para el combate a la corrupción.

Se necesita más información, más participación de la sociedad civil, más atención no solo al Poder Ejecutivo y sus políticas (poder central), sino igualmente a aquellas personas e instituciones dedicadas a monitorear el rendimiento y la buena gestión gubernamental, o sea, los organismos controladores del sistema.

A pesar de los progresos en el combate a la corrupción, constatamos que, en términos generales, la respuesta que le han dado los sistemas jurídicos aún es insatisfactoria, sobre todo cuando se trata de responsabilizar a los políticos involucrados en actos de corrupción.

En relación con los problemas y lagunas observados en la lucha contra la corrupción hemos constatado:

1. Se combate la corrupción con un enfoque parcial. Los actuales instrumentos de control y sanción (leyes, reglamentos, contralorías, sistemas informáticos de control y vigilancia directa, procesos judiciales) no bastan para detener las conductas corruptas, ya que dejan de lado lo esencial: todo lo que se refiere a la esfera interna del individuo, a su educación, a sus valores, a su percepción y convicciones, es decir, la antesala de sus actos.
2. Se combate por reacción, obviando políticas de prevención. Las medidas de prevención constituyen una inversión menos costosa a largo plazo, con un impacto positivo en el servicio público que favorece la relación con los ciudadanos.
3. La falta de profesionalización política. No en todos los estados existe un perfil básico con valores bien definidos de las personas que ocupan los cargos públicos, lo que deja un amplio margen a que cualquier individuo, incluso careciendo de valores, se encuentre en posibilidad de ocupar un cargo de Estado. Ante la ley, cualquier persona puede ocupar un cargo público siempre y cuando sea el idóneo. Precisamente este elemento de idoneidad es el que marca la diferencia, es decir, los cargos del Estado no deben ser para cualquiera, sino para los más aptos, los más leales a la Constitución, los más capaces de practicar la justicia, para aquellos que verdaderamente tienen vocación de servicio [...] En la actualidad, quienes ocupan los cargos públicos no son necesariamente los más capaces o los más comprometidos con la pluralidad de intereses. El carisma ha sustituido a la capacidad, la mentira a la verdad y a la imagen a la sensibilidad. La improvisación en los cargos públicos es una constante en América Latina.

4. La banalización de los procesos electorales. La política se ha convertido en un *show* o espectáculo que cae incluso en situaciones grotescas en las que sus protagonistas, los políticos, actúan como verdaderos bufones, restándole seriedad y respeto al cargo. Hoy en día, cantantes, actores, deportistas, animadores acceden a los cargos públicos, lo que refleja una tendencia de la cultura de nuestro tiempo que se manifiesta prácticamente en toda América Latina y que no es otra sino la de considerar que no es necesaria ni una formación específica para hacerse cargo de la resolución de las necesidades ciudadanas.
5. La ausencia de filtros que impidan que los aspirantes corruptos accedan a los cargos públicos. No hay obstáculos que impidan a personas no gratas que realizan prácticas corruptas o que se sospecha que lo hacen, aunque no se pueda demostrar, ocupar cargos públicos y tener acceso al poder.⁷ Para participar del juego de la política basta con formar parte de un partido y tener un respaldo económico, personal o proporcionado por otros (he aquí el origen de compromisos o deudas políticas). Esta situación origina que en el juego político participen frecuentemente verdaderos mafiosos.
6. La debilidad de valores éticos en el ámbito público. El descuido u omisión de instrumentos, ya sean normativos, o bien herramientas de control, supervisión y evaluación, así como la falta de programas de inducción, formación, capacitación enfocados al fomento de valores éticos, otorga un campo fértil para el desarrollo de la corrupción en las instituciones públicas.
7. La omisión de instrumentos éticos de aplicación práctica. En 1974, tras la renuncia de Richard Nixon, acusado de corrupción por el caso *Watergate*, se crearon en Brasil dos instrumentos básicos de combate a la corrupción: La Oficina de Ética del Gobierno y la Ley de Ética Pública. Tres décadas después son pocos los países latinoamericanos que cuentan con instrumentos similares. La implementación práctica de instrumentos éticos en un Estado sin duda puede realizar aportaciones al proceso democrático y avanzar hacia una “Democracia con ética”.
8. Incongruencia del discurso político en relación con la práctica. La demagogia y la falta de voluntad política son una constante en los go-

En Brasil, el 4 de junio de 2010, fue promulgada la Ley Complementaria 135, que altera la Ley Complementaria 64, de 18 de mayo de 1990, que establece, de acuerdo con el párr. 9 del art. 14 de la Constitución Federal, casos de inelegibilidad y plazos de cesación, y dispone otras medidas, para incluir hipótesis de inelegibilidad dirigidas a proteger la probidad administrativa y la moralidad en el ejercicio del mandato (“Ley de la Ficha Limpia”).

biernos latinoamericanos. Se instrumentan acciones para cambiar, aunque nada cambie. Tomar en serio la lucha contra la corrupción supone comprometer fuerte y responsablemente a los principales niveles de decisión, de tal forma que las iniciativas, programas y medidas al respecto se reproduzcan en cascada desde los estratos superiores hasta el más modesto funcionario de ventanilla.⁸

IV. LA CORRUPCIÓN EN LAS LEYES Y EN LAS COSTUMBRES BRASILEÑAS

Tenemos el pésimo hábito de decir que la corrupción es un fenómeno enclavado en el poder político. Eso no es verdad. La corrupción está en todas partes y en cualquier lugar. Lamentablemente, tampoco nosotros, que pertenecemos a la familia jurídica, somos inmunes al fenómeno de la corrupción.

O, en otras palabras, es difícil aceptar que también hay corrupción en sentido amplio en la familia judicial, en los organismos y entidades que deberían defender la Constitución y sus valores.

Infelizmente, esa es la dura realidad. Nosotros, como defensores del derecho y de la justicia, deberíamos dar el ejemplo y no aplicar o torcer la norma para acomodar nuestros intereses, como violadores de la probidad administrativa.

Pero, desafortunadamente, no es esa la dura realidad. Hay varios ejemplos de conductas claramente —a nuestro juicio, al menos— violadoras del principio de la moralidad administrativa practicadas por los organismos y entidades que deberían protegerla y defenderla. Cuando los supuestos guardianes o vigilantes de la moralidad administrativa están más preocupados, consciente⁹ o inconscientemente, por violarla, el momento es preocupante.

¿Cómo podemos exigir de terceros y de los gobernados (incluso del poder político y empresarial) su cumplimiento, si la propia familia judicial insiste en defender privilegios y regalías disonantes de la moralidad administrativa?

Sobre el tema, ya hemos afirmado:¹⁰ creemos que el poder político aún está muy *mal administrado* en nuestro país. Y más, que los políticos y el sis-

⁸ Bautista, Oscar Diego, “El problema de la corrupción en América Latina y la incorporación de la ética para su solución”, *Revista Espacios Públicos*, Madrid, 2012.

⁹ En razón de un corporativismo inmoderado que conduce a una paulatina política de preservación de instituciones y de personas con privilegios intolerables en un Estado democrático de derecho.

¹⁰ Aquí trabajamos nuevamente el texto anterior, sin ser presos de las conclusiones allí asentadas.

tema jurídico, en general, cuando no con lagunas, son extremadamente protectores de ilegalidades ante de situaciones que conducen fatalmente al abuso del gobernante o del servidor público, o del concesionario público, siempre en detrimento del derecho fundamental de los ciudadanos a un gobierno probo y honesto.

Podemos dar algunos ejemplos de esta realidad:

La *jubilación forzosa* [*“compulsória” (sic)*] de los jueces como “sanción”¹¹ a aquel que infringe el orden jurídico y comete actos de corrupción y venalidad, prevista en la vieja Ley Orgánica de la Magistratura Nacional (Loman) es un verdadero absurdo jurídico que violenta la conciencia nacional, el erario público y la racionalidad.

El instituto del *fuero privilegiado* (o de la *prerrogativa del fuero*).¹² La mayoría de las veces (salvo *expresa y justificada* previsión constitucional) no se justifica y aparece como un privilegio intolerable. Un concepto arcaico que choca con la ciudadanía y sus valores más caros, como el principio de la *responsabilidad* en una República.¹³

La contratación de parientes y apadrinados políticos en todos los poderes de la República también es un mal que se está combatiendo, pero

¹¹ Impuesta raramente por corregidores de la justicia, más recientemente por el Consejo Nacional de Justicia, a veces refrendada por el Supremo Tribunal Federal (STF).

¹² Sobre el tema véase Fischer, Douglas, “Renúncia a os mandatos eletivos e a alteração da competência penal em razão da função: uma limitação à luz dos preceitos constitucionais”, *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, vol. 69, 2011.

¹³ La Asociación de Magistrados Brasileiros (AMB) ha recogido datos de que el STF recibió, en 2006, 127 535 expedientes, lo que significa un promedio de 12 mil expedientes por ministro (son 11 ministros), sin contar lo que está acumulado desde hace años. Se hizo el levantamiento de los delitos cometidos por autoridades públicas de competencia originaria del STF. En aquel año, había en curso 130 demandas. Los expedientes se arrastraban indefinidamente, sin solución de mérito. Buena parte de las demandas que tramitaban en el Supremo Tribunal Federal se devolvió a la primera instancia, seguramente por haber cesado el mandato del reo o demandado (35.38%). Algunos fueron archivados por extinción de la punibilidad, por la muerte del reo, por perención o reprocessados como expedientes, por transformación de la investigación. Así, en la investigación realizada por la AMB, ninguna condena ha resultado contra cualquier autoridad, o sea, hay cero condenas contra los agresores del patrimonio público o acusados por cualquier tipo de delito. Con respecto al Superior Tribunal de Justicia, los datos igualmente caminan hacia la misma solución. Numerosos expedientes fueron a la instancia inferior (26.09%). Algunas condenaciones resultaron en extinción de la punibilidad; otras fueron archivadas con indicación del motivo: otras por renuncia, etc. Hay solo cinco condenas, lo que corresponde al 1.04% del total de las demandas. La conclusión de la AMB es que el “gran número de demandas contra autoridades que ostentaban fueron privilegiadas, así como la falta de juzgamiento definitivo de estos casos, contribuyen de forma decisiva para la sensación de impunidad y descrédito institucional que actualmente aflige a la sociedad brasileña. Véase Oliveira, Régis Fernandes de, “Foro privilegiado no Brasil”, *Revista do Advogado da AASP*, núm. 99, 2008.

que aún asola algunos rincones donde aparentemente la prohibición parece no alcanzar.¹⁴

Los abusos cometidos por los políticos, en general, desde el presidente o la presidenta de la República¹⁵ hasta los diputados federales, senadores, diputados estatales, gobernadores de Estado, ediles, intendentes, y la amplia protección de las *inmunidades constitucionales*¹⁶ que encuentran en la *Constitución* —sobre todo los tres primeros, a nuestro juicio—, que tampoco se

¹⁴ Lo que ha obligado al STF, en Brasil, a editar la *Súmula Vinculante* núm. 13: “El nombramiento de cónyuge, compañero, pariente en línea recta, colateral o por afinidad, hasta el 3er grado, inclusive, de la autoridad autora del nombramiento o del servidor de la misma persona jurídica, investido en cargo de dirección, jefatura o asesoramiento, para el ejercicio de un cargo en comisión o de confianza, o, también, de función gratificada en la Administración Pública directa e indirecta, en cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, comprendido el ajuste mediante designaciones recíprocas, viola la Constitución Federal”.

¹⁵ A pesar de haber expulsado un presidente de la República por *impeachment* en 1990 (Collor de Mello), la responsabilización de un jefe de Estado antes o después del mandato parece algo muy difícil de suceder, salvo raras excepciones en todo el mundo. Difícilmente leeríamos un reportaje en un periódico brasileño como el que leímos en *Le Monde* de 9 de mayo de 2012, p. 10: “Pour Nicholas Sarkozy, la perspective est particulièrement désagréable: lui qui avait tant tenu a la marquer sa différence avec un Jacques Chirac cerne par les juges risque à son tour, une fois son immunité présidentielle arrivée à son terme- un mois après la fin de son mandat, soit le 15 juin a la minuit- d’être convoqué par des magistrats. Redevenu justiciable ordinaire, M. Sarkozy s’expose en effet, dans les procédures où son nom est cité, a la des convocations auxquelles Il aurait a la répondre en qualité de témoin, de témoin assisté, voire de mis en examen [...]. Dans le volet politique du dossier Bettencourt, instruit a la Bordeaux, le président sortant est soupçonné d’avoir été financé illégalement par le couple de milliardaires lors de sa campagne présidentielle de 2007. L’ancienne comptable des Bettencourt, Claire Thibout, a declare avoir remis à la Patrice de Maistre, alors gestionnaire de fortune, 50.000 euros en espèces. Une somme, à en croire Mme Thibout, destinée à Eric Woerth, trésorier de la campagne de M. Sarkozy”.

¹⁶ El art. 53 de la Constitución Federal de 1988 dispone: “Los diputados y senadores son inviolables, civil y penalmente, por cualquiera de sus opiniones, palabras y votos. §1o. Los diputados y senadores, desde la toma de posesión del cargo, serán juzgados por el Supremo Tribunal Federal. §2o. Desde la toma de posesión del cargo, los miembros del Congreso Nacional *no podrán ser detenidos*, salvo en flagrante de delito no afianzable. En ese caso, los autos serán remitidos dentro de veinticuatro horas a la Casa respectiva, para que, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, resuelva sobre la prisión. §3o. Recibida la denuncia contra el Senador o Diputado, por delito cometido después de la toma de posesión, el Supremo Tribunal Federal comunicará a la Casa respectiva, que, por iniciativa de un partido político en ella representado y por mayoría de votos de sus miembros podrá, hasta la decisión final, suspender el curso de la acción. §4o. El pedido de suspensión será apreciado por la Casa respectiva, en el plazo improrrogable de cuarenta y cinco días contados de su recepción por la Mesa Directora. §5o. La suspensión del proceso suspende la prescripción, mientras dure el mandato”. La responsabilidad del presidente de la República está prevista en los arts. 85 y 86 de la Constitución Federal de 1988. El cuarto párrafo del art. 86 dispone: “El Presidente de

justifican en la Constitución de un país que se enuncia como un Estado democrático de derecho.¹⁷

Claro que los abusos en general son cometidos de forma no ostensiva. Por ejemplo, entendemos que un presidente de la República candidato a la *reelección* sin duda resulta favorecido, al tener a la máquina administrativa en sus manos.

En general, de forma deliberada, hay una laguna en la normativa que no solo deja prever un plazo de incompatibilidad, como tampoco establece ningún tipo de restricción al ocupante del cargo que se lanza a disputar la reelección siempre con ventaja, por el simple hecho de estar ocupando el cargo.

Se dirá que no hay cómo evitar la desigualdad en este caso. Discordamos. Un año de distanciamiento (incompatibilidad), por ejemplo, para disputar el cargo, sería una forma de *disminuir los efectos de la manipulación del agente*, por lo demás inevitable.

Otro ejemplo muy común son los abusos cometidos por parlamentarios en el ejercicio de sus mandatos, o incluso antes de ser elegidos.¹⁸

la República, en la vigencia de su mandato, no *puede ser responsabilizado por actos ajenos al ejercicio de sus funciones*".

¹⁷ Asimismo, nos parece equivocada la opción del constituyente federal de 1988 respecto al *voto secreto en caso de proceso de pérdida de mandato de parlamentarios*. No homenajea al principio de la publicidad o de la transparencia. Como afirma el ministro Carlos Britto, del STF, en la acción directa de inconstitucionalidad núm. 2.461-2 de Río de Janeiro, "se olvida que el parlamentario no vota simplemente por sí; él tiene que darle una satisfacción a sus electores o sus representados, diferentemente del elector individual, del ciudadano, que solo da satisfacción a sí mismo". Posteriormente, como sabemos, a causa de la enorme presión popular que hubo a partir del caso del diputado Natan Donadon, el Congreso Nacional terminó por enmendar la Constitución para introducir el voto abierto en las votaciones de casación de mandatos. De lo contrario, con seguridad continuaremos teniendo en Brasil situaciones absolutamente contradictorias y vejatorias, como sucedió en ese caso. Diputados condenados a 20 años de prisión con sus mandatos electivos íntegros, un verdadero disparate lógico, ético y político.

¹⁸ Sobre el tema véase Mendes, Antonio Carlos, "Apontamentos sobre o abuso do poder econômico em matéria eleitoral", *Cadernos de Direito Constitucional Eleitoral*, São Paulo, Imesp, 1998, núm. 3: "o abuso do poder econômico em matéria eleitoral consiste, em princípio, no financiamento, direto ou indireto, dos partidos políticos e candidatos, antes ou durante a campanha eleitoral, com ofensa à lei e às instruções da Justiça Eleitoral, objetivando anular a igualdade jurídica (igualdade de chances) dos partidos, tiznando, assim, a normalidade e legitimidade das eleições". En español: "el abuso del poder económico en materia electoral consiste, a priori, en la financiación, directa o indirecta, de los partidos políticos y candidatos, antes o durante la campaña electoral, ofendiendo a la ley y a las instrucciones de la Justicia Electoral, con el propósito de anular la igualdad jurídica (igualdad de chances) de los partidos, tiznando, así, la normalidad y legitimidad de las elecciones". Y más adelante: "O Congresso deveria assumir a responsabilidade de disciplinar, com minudências, os gastos partidários e eleitorais, entregando à Justiça Eleitoral e ao Ministério Público os instrumen-

La legislación electoral es, en general, muy permisiva y superficial, lo que posibilita el abuso del poder económico en las elecciones.¹⁹ Además, una vez electos, los diputados y senadores en general obtienen, por sí o por interpuestas personas, concesiones de canales de radio, a veces de televisión, alcanzando ventajas y prestigio en sus (“currais”) trincheras electorales.

Todos sabemos que los “propietarios” de concesiones de radio en el interior del vasto Brasil son en su mayoría políticos, directa o indirectamente, a pesar de las normas constitucionales aplicables (arts. 54 y 55 de la Constitución Federal de 1988), que, por lo demás, no contienen prohibiciones expresas al respecto.

Adicionalmente, el flujo de parlamentarios (diputados y senadores) hacia el Poder Ejecutivo, en virtud de la posibilidad abierta por el artículo

tos necessários para coibir o abuso do poder econômico, assegurando a lisura e a moralidade dos pleitos eleitorais. Por isso, a proposta de Fábio Konder Comparato guarda absoluta pertinência com a matéria aqui deduzida. Assim, a Constituição Federal deveria abrigar preceito com o seguinte teor normativo: a lei estabelecerá limites de dispêndios, para os candidatos e os partidos, nas campanhas eleitorais, bem como fixará o montante máximo de contribuições que cada candidato é autorizado a receber”. En español: “El Congreso debería asumir la responsabilidad de disciplinar, con menudencias, los gastos partidarios y electorales, entregando a la Justicia Electoral y al Ministerio Público los instrumentos necesarios para cohibir el abuso del poder económico, asegurando a lisura y a moralidad de los pleitos electorales. Por eso, la propuesta de Fábio Konder Comparato guarda absoluta pertinencia con la materia aquí planteada. Así, la Constitución Federal debería abrigar un precepto con el siguiente tenor normativo: la ley establecerá límites de gastos, para los candidatos y los partidos, en las campañas electorales, asimismo, fijará el monto máximo de contribuciones que cada candidato está autorizado a percibir”.

¹⁹ Es verdad que la edición de la “Ley de Ficha Limpia” ha sido un avance. Sin embargo, también se observan reacciones de abogados especializados en el derecho electoral brasileño. Es el caso, por ejemplo, de Marcelo Ramos Peregrino Ferreira, que compara dichos conceptos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para observar: “A Lei das Inelegibilidades, nos termos da jurisprudência da Corte Interamericana, ao criar uma extensa lista de obstáculos aos direitos políticos, de maneira um tanto assistemática, pretendeu capturar a desonestidade e expurgá-la do cenário do regime democrático. Para tanto, com o objetivo de atingir tal importante desiderato, tentou aprisionar em conceitos objetivos aquelas pessoas indesejáveis para a participação em eleições”. Ferreira, Marcelo Ramos Peregrino, “O controle de convencionalidade da Lei de Ficha Limpa-Direitos Políticos e Inelegibilidades”, *Dissertação de Mestrado. Orientação do Prof. Dr. Roberto Dias da Silva*, São Paulo, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2014. En español: “La Ley de las Inelegibilidades, según los términos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, al crear una extensa lista de obstáculos a los derechos políticos, de manera un tanto asistemática, ha pretendido capturar la deshonestidad y expurgarla del escenario del régimen democrático. Para ello, con el objetivo de lograr tan importante desiderata, intentó aprisionar en conceptos objetivos aquellas personas indeseables para participar en las elecciones”. Ferreira, Marcelo Ramos Peregrino, *op. cit.*

56 constitucional,²⁰ no armoniza con el principio de la moralidad administrativa.

El conflicto de intereses y la promiscuidad de las informaciones recibidas en el Ejecutivo (y la relación de origen con el Legislativo), en dichas situaciones, la mayoría de las veces, hace que esa relación de cohabitación sea promiscua e intolerable. Los parlamentarios no dejan sus vínculos de la noche a la mañana al asumir un cargo eventual y transitorio en el Ejecutivo, y lo mismo cuando retornan al Legislativo, con información recolectada en el Ejecutivo.

También, personalmente no aceptamos la posibilidad de que un promotor de justicia (miembro del Ministerio Público Federal o estadual) ocupe el cargo de diputado estatal o federal, por ofensa expresa al principio de la moralidad administrativa.

Hay una *visceral incompatibilidad* entre ocupar el cargo de promotor de justicia, defender los intereses sociales e individuales indisponibles de la población y el orden jurídico y ser, al mismo tiempo, diputado estadual, federal o senador.

Y tampoco se diga que una licencia de la institución que permita al promotor ocupar el mandato parlamentario resolvería el problema. Es evidente que esa no sería la solución. Por idénticas razones, no se admite que el juez (federal o estatal) pueda ocupar otro cargo público que no sea el de profesor universitario.²¹

Son determinadas funciones de Estado en defensa de la sociedad que no admiten la acumulación con otras atribuciones o esferas de intereses fuera de la carrera elegida.²²

²⁰ Artículo 56. No perderá el mandato el diputado o senador: I) investido en el cargo de ministro de Estado, gobernador de territorio, secretario de Estado, del Distrito Federal, de territorio, de municipalidad de capital o jefe de misión diplomática temporal.

²¹ Con compatibilidad de horarios. Aunque reconocemos que también aquí ocurren abusos puntuales. Hay algunos jueces que violan la regla, dando clases en más de una Institución de Enseñanza Superior (IES) o incluso en apenas una (formalmente) dando clase en cursos y en otras IES, percibiendo en efectivo para impedir el control de quien debería fiscalizarlos. Igual sucede en mayor escala con el Ministerio Público. Pero es preciso reconocer que el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) ha hecho un esfuerzo para enfrentar este problema, al contrario del CNMP, que, lamentablemente, no ha encontrado hasta este momento su identidad constitucional, siendo constantemente atraído o neutralizado por las estructuras del (Ministerio Público) en los estados y por el corporativismo de la impunidad.

²² Desafortunadamente sabemos de la existencia de promotores de justicia que son propietarios de firmas de negocios, cuotistas de sociedades limitadas. Afirman que no ejercen dirección o administración en dichas empresas. Muchas veces, también aquel que alega esa condición es el dirigente intelectual de la empresa, ya sea de índole cultural o científica (educacional) o incluso su verdadero mentor intelectual.

Sin embargo, constatamos la existencia de algunos promotores de justicia que ocupan el cargo de diputados estatales y federales, electos y autorizados por su institución de origen, incluso después de la Constitución de 1988. Estos hechos no armonizan con el principio de la moralidad administrativa tan defendido por el propio Ministerio Público en los foros en todo Brasil.

El Ministerio Público brasileño ha recibido, por primera vez en la historia del país, amplia regulación constitucional. Esta lo define como una institución permanente, esencial para la función jurisdiccional del Estado, y a cuyo cargo está la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles.

La Constitución establece como principios institucionales del Ministerio Público la unidad, la indivisibilidad y la independencia funcional. Además de las funciones tradicionales de costos *legis*, fiscal de la ley y promotor de la acción penal pública, de la acción directa de inconstitucionalidad o de constitucionalidad, de la representación interventiva y de las funciones electorales, son nuevas funciones (post 1988) institucionales del Ministerio Público promover la acción de investigación civil pública y la acción civil pública para la protección del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos.

Corresponde también a la institución velar por el respeto de los poderes públicos y de los servicios públicos a los derechos asegurados en la Constitución, defender judicialmente los derechos e intereses de las poblaciones indígenas y ejercer, además, el control externo de la actividad policial.

Por ende, con tantas y tan relevantes competencias, ya no les sería posible a los miembros del Ministerio Público, federal o estadual, “acumular” otras funciones.²³

Ni siquiera hemos mencionado otro problema también grave, que es el ejercicio abusivo de atribuciones. Hay situaciones, por ejemplo, en que el Ministerio Público no debería actuar porque simplemente no está presente algún interés público o social relevante y, aun así, aquel organismo insiste en intervenir, desperdiciando recursos públicos, humanos y gastando su energía en asuntos meramente privados. Véase, por ejemplo, el caso del fútbol. No obstante, el Ministerio Público discute por medio de acción civil pública los *resultados de campeonatos futbolísticos* bajo pretexto de dar cumplimiento al “estatuto del hincha”. El periódico *El Estado de São Paulo*, de 10 de abril de 2014 (p. A-27), estampa el siguiente titular: “CBF obtiene victoria en la disputa con LUSA. Tribunal de Justicia de SP niega recurso de Acción Civil Pública instaurado por el promotor XXX [...] La acción civil pública del MP alega el incumplimiento del Estatuto del Hincha en la sanción de la pérdida de cuatro puntos impuestos a LUSA debido a la convocatoria irregular del centrocampista Héverton, lo que provocó el descenso del equipo. Conforme al entendimiento del MP, la suspensión del atleta debería haber sido publicada en la página de la CBF, lo que no sucedió”. Se pregunta: ¿cuál

Incluso, además del problema de la acumulación indebida, tenemos hoy una evidente súper afectación de competencias del Ministerio Público que acaba por enyesar la máquina administrativa estatal. Con el pretexto de fiscalizar la Administración pública, muchas veces lo que vemos es una clara e intolerable invasión indebida del Ministerio Público en la gestión administrativa de gobierno, no solo de la administración directa, sino también indirecta, en los diversos niveles de la federación brasileña.²⁴

El problema es mucho más grande que la cantidad de atribuciones, se trata de la evidente calidad e importancia de las atribuciones que efectivamente no admiten el ejercicio de otra función, salvo una *única de magisterio*.²⁵

sería el interés público que justifica la actuación del Ministerio Público en este caso? Felizmente, el Tribunal de Justicia consideró que el MP *no tiene legitimidad para proponer dicha acción*.

²⁴ Por eso, con razón, el ministro Celso de Mello del STF afirma que las elecciones realizadas por la Administración pública en el ejercicio de competencias administrativas discrecionales no deben ser anuladas o cuestionadas por el Ministerio Público, salvo evidente ilegalidad, desproporcionalidad e inmoralidad administrativa. Sin embargo, en la práctica, lamentablemente el Ministerio Público, en muchos casos acaba *inmiscuyéndose en toda y cualquier política pública* intentando, no pocas veces, sustituir al administrador público en sus legítimas elecciones y criterios técnicos adoptados. Confunde fiscalización con toma de decisión legítima. En algunos casos pretende suprimir totalmente la libertad de que goza la Administración pública indirecta y sus empresas públicas y sociedades de economía mixta para actuar en el cumplimiento de sus objetivos estatutarios y jurídicos. En este sentido, *inter-plures*, véase MS 24845, MC-DF Rel. Min. Celso de Mello juzgado el 25 de marzo de 2004 y Resp. 429570, Rel. Min. Eliana Calmon, Resp. 469.475, Rel. Franciulli Netto, juzgado el 13 de mayo de 2003.

²⁵ Norma también abiertamente burlada sin control por parte de los corregidores del Ministerio Público y de la Magistratura en Brasil. Se sabe que hay jueces y promotores con más tiempo en academias de Derecho, facultades de Derecho, en viajes nacionales e internacionales que en sus puestos de trabajo. Surge siempre la pregunta: ¿cómo consiguen mantener en orden las demandas que están bajo su responsabilidad? Con seguridad no son ellos, sino sus asesores, quienes “juzgan” o quienes opinan, violando así, descaradamente, la Constitución y sus valores. Al final, la Constitución establece también para sus miembros del Ministerio Público garantías y prohibiciones análogas a las de la Magistratura. Su carácter vitalicio, inamovible e la irreductibilidad de sueldos son garantías cuya finalidad es exactamente la de asegurar su independencia *para el ejercicio de sus funciones*, y no para su deleite intelectual o incluso para aumentar sus sueldos con charlas, clases y conferencias, en toda parte del mundo. Ciertamente el Consejo Nacional del Ministerio Público y el Consejo Nacional de Justicia tienen allí mucho trabajo por hacer en el futuro. Debemos dejar claro: apoyamos el perfeccionamiento constante de magistrados, promotores, defensores, procuradores, etc., inclusive por medio de sus respectivas escuelas profesionalizantes. Eso es una cosa, otra, muy diferente es que el magistrado o el promotor dedique más tiempo al magisterio (en una Institución “formalmente” y en otras 10 informalmente), prefiriendo la academia a su institución de elección, por concurso público. Las dos pierden, pues el trabajo seguramente será de pésima calidad en ambas, en la academia y en el Poder Judicial o en el Ministerio Público, Defensoría, procuradurías, etc. Reconocemos que el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) ha

Por este motivo, Generaldo Brindeiro, exprocurador general de la República, cuenta que en 1996 ingresó ante el Supremo Tribunal Federal (STF) con dos acciones directas de inconstitucionalidad contra la *filiación partidaria* de los miembros del Ministerio Público simultáneamente con el ejercicio de sus funciones institucionales.²⁶

Y más, promotores de justicia, magistrados, procuradores públicos y defensores públicos no pueden ocupar, a nuestro juicio, ningún otro cargo público o función particular remunerada o de comando, salvo (una única función) en el magisterio superior.

No se debe permitir ninguna excepción a esta regla bajo pena de absoluta subversión al espíritu que debe presidir dichas carreras y sus finalidades institucionales.

V. EL CASO *MENSALÃO*

Mensalão es sin duda uno de los más grandes esquemas de corrupción de la historia de Brasil. Involucra a miembros del Congreso Nacional, partidos políticos, dirigentes de organismos de la Administración pública federal directa e indirecta, instituciones financieras y empresas privadas.

El nombre *Mensalão* deriva de pagos periódicos (algunos de ellos realizados mes a mes), de cuantías obtenidas *ilícitamente*, a parlamentarios y partidos políticos, a cambio de apoyo a las propuestas y postulaciones del Gobierno en el Congreso Nacional.

avanzado buscando enfrentar el problema. Lamentablemente no podemos decir lo mismo del CNMP. De manera general, hay una comprensión equivocada de la cuestión. Se fija un límite de 20 horas en el magisterio como tolerable para acumular el cargo de profesor con el de promotor de justicia o juez. El tema es mucho más complejo, pues determinado promotor o juez puede tener un vínculo oficial y además otros dos o tres informales en cursos preparatorios, por ejemplo, burlando la regla en su esencia. O también declarar que está dentro del límite de 20 horas (académicas) y ocupar —irregularmente— por incompatibilidad visceral con sus atribuciones constitucionales, un cargo de dirección (administrativa) en facultades de Derecho, percibiendo inclusive horas administrativas además de las horas académicas. O incluso, mantener dos vínculos con horas falsas. O sea, afirma tener 10 horas en cada institución, aunque sumándose, de hecho, el tiempo dedicado a sus alumnos en cursos de posgrado, y otras actividades que ejerce en la(s) academia(s), evidentemente se compromete globalmente y consume mucho más tiempo del que ha declarado, burlando la Constitución. La cuestión, como se ve, no se resuelve tan solo con el control de horas dedicadas a la actividad académica o a sus límites, sino mediante una amplia y exhaustiva investigación de las diferentes funciones y atribuciones efectivamente mantenidas por el promotor o juez fuera de la carrera.

Revista Trimestral de Direito Público (RTDP), São Paulo, vol. 13, 1996.

Se ha constatado que de la indicación político-partidaria para ocupación de cargos de mando en diversos organismos y entidades de la Administración Pública federal, resultaba la captación de recursos públicos mediante sobrefacturación de precios en las contrataciones, recibimiento de sobornos y otros medios espurios. Los recursos captados se destinaban a financiar campañas electorales, atraer parlamentarios y partidos a la base de apoyo del Gobierno en el Congreso Nacional y enriquecer de forma ilícita a los agentes públicos, políticos, empresarios y demás participantes del esquema.²⁷

Según Lucas Rocha Furtado, los recursos que alimentaban el esquema del *Mensalão* eran provenientes, en gran parte, de los contratos administrativos celebrados por diversos organismos y entidades de la Administración pública federal con las empresas de publicidad DNA Propaganda Ltda. y SMP&B Comunicaciones Ltda., vinculadas al empresario Marcos Valério Fernandes de Souza.

En un primer momento, en el estado de Minas Gerais, entonces gobernado por el PSDB, el esquema prosperó. Las empresas mencionadas conseguían las principales cuentas del Gobierno estatal y, debido a la influencia de algunos políticos mineros, a partir del 1998, lograron algunas cuentas en la esfera federal.

Del mismo modo, resultando vencedor en las elecciones presidenciales, el Partido de los Trabajadores (PT), con miras a, entre otros objetivos, negociar apoyo político con parlamentarios y otros partidos y pagar gastos de campaña electoral, trató de aproximarse a Marcos Valério, a fin de que el publicista implantara, en la esfera federal, el mismo esquema operado en Minas Gerais.

Firmado el acuerdo, se organizó el esquema de corrupción. En su denuncia, el procurador general de la República desmembró el esquema en tres vertientes de participación: el núcleo central, formado por José Dirceu (entonces ministro jefe de la Casa Civil) y Delúbio Soares, José Genoíno y Sílvio Pereira (en la ocasión, tesorero, presidente y secretario del Partido de los Trabajadores, respectivamente); el primer núcleo operativo y financiero, a cargo del publicista Marcos Valério y de sus empresas, y el segundo núcleo operativo y financiero, formado por la alta dirección del Banco Rural.

Para llevar a cabo el esquema de corrupción, las agencias de publicidad DNA Propaganda y SMP celebraron varios contratos con organismos y entidades estatales federales. En 2003, Marcos Valério también consiguió la importante cuenta de publicidad de la Cámara de Diputados.

Furtado, Lucas Rocha, *As raízes da corrupção no Brasil. Estudos de casos e lições para o futuro*, Belo Horizonte, Fórum, 2015, pp. 351 y ss.

En la denuncia, el procurador de la República puso en evidencia la relación de proximidad entre el Gobierno federal y las empresas de Marcos Valério.

En los contratos firmados entre las empresas de publicidad de Marcos Valério y el Gobierno federal se constataron varias irregularidades: evasión de impuestos, mantenimiento de una contabilidad paralela, emisión de facturas falsas para justificar costos en la prestación de los servicios, entre otras. Todas estas irregularidades estaban relacionadas con el mecanismo de recaudación ilícita de recursos dirigida a financiar el esquema de corrupción.

Los hechos se hicieron públicos a partir de la divulgación, por la prensa, de la existencia de una grabación de vídeo en la cual el exdirector de Correos fue atrapado solicitando ventaja indebida para beneficiar a empresarios interesados en entrar en el rol de proveedores de la estatal.

Los diálogos también revelaron una permuta de apoyo político en el Congreso Nacional por cargos y posiciones de mando en empresas estatales y en diversos organismos públicos. En un primer momento se creó una Comisión Parlamentaria de Investigación (2005). Posteriormente, el entonces diputado Roberto Jefferson terminó revelando que el esquema de corrupción del cual participaba no se limitaba a la empresa estatal de Correos, sino, más bien, consistía en un complejo sistema de financiación ilegal de la base de sustentación política del Gobierno en el Congreso Nacional.

Aclaró también que la actuación de integrantes del Gobierno federal y del Partido de los Trabajadores para garantizar el apoyo de parlamentarios a los proyectos de interés del gobierno se realizaba por medio de la asignación política de cargos públicos, que denominó “fábrica de dinero”, y por la distribución de una “mensualidad” a los parlamentarios, a la que llamó *Mensalão*.²⁸

Lucas Rocha Furtado apunta como razones que propiciaron el fraude: la existencia de fallas en la legislación brasileña, la cantidad excesiva de cargos en comisión (de confianza) en el Poder Ejecutivo y su aparejamiento político. Del ángulo político, la existencia de esquemas de lavado de capital, el desvío de recursos públicos y las fallas en la estructura política brasileña. Haría falta “una reforma política profunda” en la visión de algunos políticos brasileños.

Además de las sucesivas decisiones condenatorias de la justicia en Brasil que involucran a los culpados²⁹ por estos esquemas, se presentaron varias

²⁸ *Ibidem*, p. 359.

²⁹ Excepto los políticos con fuero privilegiado, cuya responsabilización se ha mostrado muy lenta.

propuestas para modificar la legislación, en un intento por evitar que se repitieran tales problemas e ilícitos. Entre ellas destacamos: modificaciones a la Ley de Probidad Administrativa, disminución de la discrecionalidad en las licitaciones públicas, institución del programa de incentivo a revelaciones de interés público, creación del Sistema Nacional de Combate a la Corrupción (SNCC), transformación del Consejo Nacional de Control de Actividades Financieras (COAF) en la Agencia Nacional de Inteligencia Financiera (ANIF), reformulación del actual Sistema Brasileño de Protección de las Informaciones Confidenciales, fin del fuero privilegiado reservado a diversas autoridades federales y estatales, fin de la financiación privada de campañas políticas y más transparencia en la máquina pública.

Lamentablemente, pocas de las medidas propuestas se transformaron en ley y/o en medidas concretas. Otras llegaron, sin embargo, buscando cambiar esa realidad y combatir la corrupción.

Así, por ejemplo:

1. El fuero privilegiado en el Supremo Tribunal Federal aún existe en Brasil. Diputados y senadores cuentan con inmunidad formal y material y solo pueden ser detenidos en flagrante delito no afianzable. Además, su Cámara podrá resolver sobre la pena de prisión (art. 53, párr. 2, de la Constitución Federal).

El régimen anterior era aún más protector, pues el Parlamento debía autorizar la instauración de la acción. Hoy esa exigencia no existe más, pero, aun así, la jurisprudencia del STF resolvió crear una regla equivalente, exigiendo que la policía y/o el Ministerio Público soliciten autorización —al STF— para investigar a quienes gozan de fuero privilegiado. Con ello se reforzó la idea de que existen ciudadanos de clases distintas en el país.

Además de otros inconvenientes, el fuero privilegiado, al prever el juicio de los políticos y otras altas autoridades de la República en el Supremo Tribunal Federal, también es un inconveniente, porque la Corte Suprema ya es un tribunal constitucional con centenas de millares de expedientes y no tiene vocación para juzgar originalmente casos penales complejos que exigen instrucción procesal,³⁰ que no son raros en los más variados estados de la federación brasileña. La producción de la prueba, los testimonios, en fin, toda la instrucción de un procedimiento penal no es compatible con las

Mientras la Suprema Corte estadounidense juzga 100 casos por año, la brasileña juzga 100 mil.

funciones de una corte constitucional con sede en Brasilia, con 11 ministros. Y ello sin mencionar el riesgo de prescripción en varios procesos.

La materia está en pauta en el STF. Esperamos que en breve surja una interpretación más realista del fuero privilegiado, sobre todo respecto a los titulares de mandato político y una reforma constitucional que reduzca el fuero a un mínimo indispensable a poquísimas autoridades.

2. Se aprobó el fin de la posibilidad de financiación privada en campañas políticas después de una enorme presión popular y de instituciones de combate a la corrupción, incluso de la Orden de los Abogados de Brasil.

Es evidente que la financiación privada de campañas políticas por empresas —normalmente grandes corporaciones— causa problemas de abuso de poder económico, de contratos administrativos firmados tras la elección, y desequilibra las disputas políticas entre candidatos con mayor o menor poder económico.

Pero de ahí a que se prohíba radicalmente la financiación privada directa o indirecta existe una enorme distancia. Entendemos el clamor público que asocia donaciones electorales a la corrupción, pero, personalmente, nunca hemos sido partidarios de la simple extinción de todo tipo de financiación privada.³¹

Creemos que los problemas serían aminorados con la institución de un techo razonable de contribución por parte de las empresas y las personas físicas con fuerte fiscalización de la justicia electoral. Sucede que esta última alega no tener condiciones de realizar auditorías o mejor control sobre las donaciones empresariales. Comienza ahí un círculo vicioso, al prohibirse la donación privada por ausencia de fiscalización adecuada.

Hoy las donaciones empresariales están prohibidas, especialmente a causa de los últimos escándalos. La solución encontrada por el Congreso no

Compartimos el entendimiento de Bruno Speck (minoritario) en el sentido de que “[...] el dinero privado para campañas electorales fortalece la democracia, pero que es preciso que haya reglas para evitar que los partidos se vuelvan dependientes de grandes financiadores [...] Es que en la mayoría de los países, las donaciones hechas por asociaciones y sindicatos son permitidas y son pilares importantes del sistema partidarios saludables [...] Mientras los políticos dependan de un número reducido de donadores para sus campañas, el problema de la corrupción continuará latente” (“Entrevista”, *Revista Veja*, 4 de abril de 2006). Véase también Fonseca, Thiago do Nascimento, “Doações de campanha implicam em retornos contratuais futuros? Uma análise dos valores recebidos por empresas antes e depois das eleições”, *Revista de Sociologia y Política*, vol. 25, núm. 61, marzo de 2017.

agrada a los brasileños porque ha creado una financiación pública millonaria en un país en recesión económica.

El proyecto —que contempla fondos de R\$ 4.4 mil millones en la Ley Presupuestaria Anual de 2018— depende todavía de sanción presidencial, aunque todo indica que será aprobado.³²

Sin embargo, es preocupante la previsión del proyecto que permite a los dirigentes partidarios decidir cómo será distribuido el dinero entre los candidatos, fortaleciendo lo que se ha denominado *caciquismo* político.³³ Los líderes y políticos más fuertes recibirán más recursos que los candidatos con menos fuerza e impacto en el medio político.

3. Modificaciones puntuales en la Ley de (Im) probidad Administrativa (Ley 8.429/1992) y la institución de la Ley de la Ficha Limpia (Ley Complementaria 135/2010).

La Ley de Improbidad Administrativa significó un progreso en el combate a la corrupción porque, de una manera más eficaz, procura evitar y punir el enriquecimiento ilícito de agentes públicos y particulares. Es una ley civil y no penal, que prevé severas sanciones, como la indisponibilidad de bienes y la suspensión de derechos políticos y la pérdida del ejercicio de la función pública; asimismo, tiene a su favor la posibilidad de capturar en sus mallas políticos y particulares, además de no ser alcanzada por la inmunidad penal de los políticos.

En el transcurso de los años, la Ley de Improbidad Administrativa ha sido largamente utilizada por el Ministerio Público para procesar actos de improbidad administrativa en las tres esferas de la federación brasileña.

³² El Plenario de la Cámara de Diputados aprobó el día 4 de octubre de 2017 la creación de un fondo público más para financiar candidatos. La propuesta prosigue para sanción del presidente de la República. Caso sancionado en 2018, cerca de R\$ 2 mil millones de recursos públicos serán destinados a los partidos. En la propuesta también consta el fin de la propaganda partidaria (no la electoral) en TV y radio. Siempre fue esa la intención del Legislativo, sobre todo tras la decisión del Supremo Tribunal Federal que prohibió, en 2015, que las empresas continuaran financiando a los partidos y, consecuentemente, a los candidatos. Entre los cambios propuestos se encuentra la liberación de la propaganda pagada en Internet, el *telemarketing* electoral y algunas modificaciones en las reglas de debates electorales en la TV, además de una amnistía de multas ya aplicadas a partidos políticos por la justicia electoral.

³³ Entre las propuestas recientemente aprobadas tenemos un techo de gastos en campañas electorales. Hasta 2014, eran los partidos quienes definían sus gastos. Por la propuesta aprobada que prosigue para sanción o veto del presidente de la República, hay un techo de R\$ 70 millones para candidato a presidente, y R\$ 21 millones para gobernadores, dependiendo del tamaño del estado.

A su lado tenemos también la llamada “Ley de la Ficha Limpia”, fruto de una exitosa campaña de *iniciativa popular*³⁴ que tuvo al frente el Movimiento de Combate a la Corrupción Electoral (MCCE) y otras organizaciones de la sociedad civil, con el propósito de dar respuestas a la demanda social por un aumento de rigor en los criterios de definición de candidaturas y a la determinación constitucional del artículo 14, párr. 9, de la Constitución Federal, que le cobraba al Congreso Nacional esa providencia.

En síntesis, las hipótesis de inelegibilidad contempladas en la “Ley de la Ficha Limpia” son las siguientes: *a)* condenas judiciales (electorales, penales, o por improbidad administrativa, proferidas por un organismo colegiado; *b)* rechazo de cuentas relativas al ejercicio del cargo o función pública (necesariamente colegiadas, al ser dictadas por el Legislativo o por el Tribunal de Cuentas, conforme o caso); *c)* pérdida del cargo (electivo o de proveimiento efectivo), incluyendo las jubilaciones forzosas de magistrados y miembros del Ministerio Público, y para los militares, la indignidad o incompatibilidad con la oficialía; *d)* renuncia a un cargo público electivo ante la inminencia de la instauración de procedimiento capaz de ocasionar la pérdida del cargo, y *e)* exclusión del ejercicio de profesión reglamentada, por decisión del organismo profesional correspondiente, por violación de deber ético-profesional.

Resulta imposible analizar todas esas hipótesis o mostrar todos los comentarios positivos y negativos alusivos a la ley. Para nuestros objetivos en este trabajo, basta relatar su existencia.

4. Aprobación de la Ley Anticorrupción (Ley 12.846/2013).

Se trata de una nueva ley que dispone la responsabilización administrativa y civil de personas jurídicas por la práctica de actos contra la Administración pública, nacional o extranjera, y determina otras providencias.

A pesar de la tipificación del delito de corrupción en el Código Penal brasileño, la sociedad acusaba la falta de una norma que también alcance a las empresas involucradas en los varios casos de corrupción, puesto que la pena positivada solo se aplicaba al ámbito personal.

Hasta entonces, la condena de las personas jurídicas en situaciones de delito flagrante consistía apenas en quedar impedidas de participar en licitaciones públicas y celebrar contratos con la Administración (suspensión o declaración de idoneidad).

Finalmente, después de largos años de tramitación en el Congreso Nacional —en flagrante respuesta a las numerosas protestas en la calle ocurri-

Con más de 1 600 000 suscripciones.

das en junio de 2013, que realzaron la corrupción generalizada en todos los niveles de gobierno— e incluso atendiendo a una reclamación internacional, la nueva ley viene a llenar una laguna existente en la legislación brasileña, al alcanzar a las empresas del corruptor, extendiendo las sanciones de los funcionarios públicos involucrados en delitos de corrupción a las empresas donde trabajan.

En síntesis, la norma permite sancionar con penas administrativas y civiles a una empresa considerada corrupta, obligándola, en la práctica, a indemnizar las arcas públicas, además de autorizar, en casos extremos, su extinción forzosa por orden judicial.

La ley, por tanto, adopta el mecanismo de la *responsabilidad objetiva de la persona jurídica* por los actos que atenten contra el patrimonio público, nacional o extranjero, contra los principios de la Administración pública o contra los compromisos internacionales asumidos por Brasil, practicados en su interés, sin necesidad de comprobación de mala fe o negligencia, de la responsabilidad individual de las personas naturales (dirigentes) o cualquier otra persona o partícipe del acto ilícito.

5. La Ley de Delación (o colaboración) premiada y la Ley de las Organizaciones Criminosas.

Tal vez el conjunto de normas penales más importantes para enfrentar la corrupción en Brasil consiste exactamente en estas leyes. Ya desde 1998 contamos con la Ley 9.613, de 3 de marzo de ese año, que dispone sobre los delitos de “lavado” u ocultación de bienes, derechos y valores, reformulada por la Ley 12.683, de 9 de julio de 2012.

Con el surgimiento de la “Operación *Lava Jato*”, llevada a cabo por la Policía Federal del Estado del Paraná, involucrando desvíos financieros de gran magnitud de la empresa estatal Petrobras, el instituto de la *delación premiada* fue ganando preeminencia en el transcurso de dicha persecución criminal. Pasó a ser divulgada continuamente, no solo en los medios policiales y forenses, sino también en la prensa, en todos sus segmentos de comunicación.

La *delación premiada* es un instituto de naturaleza penal, puesto que constituye factor de disminución de la reprimenda legal o del perdón judicial, causa extintiva de la punibilidad.

Siguiendo las tradiciones estadounidense e italiana en la materia, el instituto de la *delación premiada* fue introducido tímidamente en la Ley 8.072/1990, que trataba de los delitos “de bando o cuadrilla”, posteriormente en la Ley 8.137/1990 y, por fin, en la Ley 9.080/1995, que regula los delitos contra el orden tributario, económico y determina otras providencias.

En otras leyes posteriores encontramos el instituto, por ejemplo, en la ley del delito de drogas (Ley 11.343/2006), en la ley para la protección de víctimas y testigos (Ley 9.807/1999) y en la ley que define “organización criminal” (Ley 12.850/2013).

Michelle Barbosa de Brito³⁵ explica que la Ley 12.850, de 2 de agosto de 2013, además de haber atendido a una antigua demanda jurisprudencial y doctrinaria por la definición de organización criminal, ha dispuesto, sobre la investigación penal, los medios de obtención de la prueba, las infracciones penales correlativas y el procedimiento penal que se debe adoptar en los casos que involucren al crimen organizado, derogando la Ley 9.034/1995.

Entre los medios de obtención de prueba permitidos en cualquiera fase de la persecución penal, previstos en el artículo 3o. de la Ley 12.850, la delación premiada, bajo la denominación de “colaboración premiada”, ha ganado disciplina procedimental en sus artículos 4o., 5o., 6o. y 7o. Además de los beneficios ya añejos, como el perdón judicial, la reducción de la pena y la sustitución de la pena privativa de libertad por restricción de derechos, se pasó a contemplar la posibilidad de que el Ministerio Público se abstenga de ofrecer la denuncia en caso de que el colaborador no sea el líder de la organización criminal y sea el primero en prestar colaboración efectiva (art. 4o., párr. 4).

Con posiciones divergentes en la doctrina brasileña, el instituto de la delación sigue siendo un poderoso instrumento de investigación.

Junto con él, o a su lado, tenemos también el *acuerdo de lenidad*, en parte inspirado en su homólogo estadounidense *leniency program*, aplicado primero en el ámbito del derecho de la competencia (Ley 12.529/2011), y después en el ámbito penal y procesal penal (Ley 12.846/2013).

Sin duda, la Ley 12.850/2013, al ampliar los supuestos de colaboración premiada, ha generado un incremento significativo en las acciones de investigación criminal. Siguiendo la lógica de que el Estado se beneficia de la contribución de los agentes involucrados en acciones ilícitas perpetradas por organizaciones criminales —lo que posibilita un mayor alcance de su acción represiva—, la norma concede beneficios al colaborador en la medida del auxilio prestado.

Tal como en la legislación *antitrust* (de la competencia), la colaboración premiada³⁶ inserta el elemento desestabilizador de las organizaciones crimi-

³⁵ Brito, Michelle Barbosa de, *Delação premiada e decisão penal: da eficiência à integridade*, Belo Horizonte, D'Plácido, 2016.

³⁶ La colaboración premiada (o delación premiada) es un medio de obtener pruebas en los casos que involucran organizaciones criminales. La colaboración está reconocida en

nales al conceder una significativa ventaja a quien delata a los demás involucrados en el ilícito.

Como bien resaltan Valmir Moysés Simão y Marcelo Pontes Vianna:³⁷ “[...] incluso los doctrinadores más cautelosos admiten el uso de la colaboración premiada al sopesar su utilidad frente a la lesividad de la actuación de la organización criminal y la dificultad para combatirla”.

Sobre el tema, Nucci enseña:

[...] nos parece que la delación premiada es un mal necesario, pues el bien mayor a tutelar es el Estado Democrático de Derecho. No es preciso destacar que el crimen organizado tiene amplia penetración en las entrañas estatales y tiene condiciones de desestabilizar cualquier democracia, sin que se pueda combatirlo, con eficiencia, despreciándose la colaboración de aquellos que conocen el esquema y se disponen a denunciar coautores y partícipes. En el universo de los seres humanos de bien, sin duda, la traición es desafortunada, más no creemos que se pueda decir lo mismo al trasladar nuestro examen al ámbito del delito, por sí solo, desregulado, opuesto a la legalidad, contrario al monopolio estatal de resolución de conflictos, regido por leyes esdrújulas y extremadamente severas, completamente distante de los valores regentes de los derechos humanos fundamentales.

Para nosotros, inmoral no es “negociar” con corruptos con la finalidad de desbaratar las cuadrillas y organizaciones criminales, sino dejar de descubrir crímenes que devastan el patrimonio público brasileño y mundial.

VI. LA OPERACIÓN *LAVA JATO*

El 17 de marzo de 2001, varios cambistas estaban siendo investigados por la policía federal y por el juez federal Sergio Moro. El blanco de la diligencia no era Petrobras, sino el dueño de una estación de servicio, ubicada en Brasilia, donde nació el nombre de la “operación *Lava Jato*”.

Ya se sabía que el operador principal de aquel esquema de lavado de capital era el cambista Alberto Yousef, que ya había pasado más de dos años en la cárcel y estaba cumpliendo pena en régimen domiciliario. A partir de la investigación de las actividades de Yousef se llegó a Paulo Roberto Costa, exdirector de Petrobras, nombrado en 2004 atendiendo a un pedido

tratados internacionales, como las convenciones de la ONU contra el crimen transnacional y contra la corrupción.

Simão, Valmir Moysés y Vianna, Marcelo Pontes, *O acordo de leniência na Lei Anticorrupção*, São Paulo, Trevisan, 2017, p. 94.

del Partido Progresista. Ahí se descubrió el “reparto” de los directorios de Petrobras en el Gobierno petista. Los tres principales fueron adjudicados al PT, PP y PMDB, pero otros partidos también se beneficiaron.

Ambos confesaron sus participaciones en múltiples delitos y delataron a muchas personas, entre ellas a varios políticos y empresarios, que también serían delincuentes contumaces. Paralelamente se descubrió la participación del sector político-empresarial, a partir de las delaciones premiadas y del surgimiento de nuevas pruebas.

En rigor, no solo en Petrobras, sino también en *Mensalão*, el esquema de corrupción, de un modo general, involucra políticos, empresarios, agentes públicos y operadores financieros, que actuaban cada cual, en su núcleo específico, de la siguiente manera:

1. El *núcleo político*, formado por partidos y por sus integrantes, principalmente parlamentarios, quienes indicaban y mantenían funcionarios de alto rango en la Administración pública, percibiendo ventajas indebidas pagadas por las empresas componentes del núcleo económico.
2. El *núcleo económico*, formado por los carteles de empresas que eran contratadas por la Administración pública y que pagaban ventajas indebidas a funcionarios de alto rango y a los componentes del núcleo político.
3. El *núcleo administrativo*, formado por los funcionarios de alto nivel de la Administración pública, quienes eran indicados por los integrantes del núcleo político y percibían ventajas indebidas de los carteles de empresas que componían el núcleo económico.
4. El *núcleo financiero*, formado por los operadores tanto de la recepción de las ventajas indebidas de los carteles de empresas que integraban el núcleo económico como de la transferencia de esos sobornos a los componentes de los núcleos político y administrativo, mediante estrategias de ocultación del origen de dichos valores.³⁸

Es cierto que con las delaciones de Paulo Roberto Costa y Yousef el escándalo de Petrobras se hizo público. Como ha dicho el recordado ministro del STF, Teori Zavascki, “a cada pluma que se arranca en el proceso, sale una gallina”.

La actuación del *núcleo económico* era intrínsecamente dependiente de la actuación del *núcleo político*, una vez que este era responsable por indicar y mantener un *núcleo administrativo* en los organismos públicos contratantes volcados hacia la realización de los intereses ilícitos. El *núcleo económico* pagaba ventajas ilícitas a los integrantes del *núcleo político*, ya sea para beneficiarse con contrataciones públicas o para obtener protección política (Proc. n. 54347/2017-GTJ-PGR-STF).

Se hicieron más de 150 (en 2017) delaciones premiadas,³⁹ tanto por directivos de la empresa Odebrecht como por políticos y diferentes autoridades. El resultado fue devastador. Fue descubierto el más grande esquema de corrupción hasta entonces visto en Brasil.

El gran esfuerzo de la operación *Lava Jato* —que ha dado origen a centenas de otras investigaciones y procesos penales, además de revelar una tela de relaciones promiscuas entre lo público y lo privado, con graves interferencias en el proceso electoral— ha mostrado al país la posibilidad de una actuación coordinada, rápida y eficiente entre la policía federal, el corregidor general de la Unión, el Ministerio Público y diversos profesionales, como los auditores fiscales y los organismos de fiscalización de la federación brasileña. Hoy la operación *Lava Jato* revela números impresionantes.⁴⁰

Los sobornos pagados se calculan en aproximadamente R\$ 6.4 mil millones. La recuperación del dinero desviado ya llega a R\$ 10 mil millones, fruto de acuerdos de colaboración premiada y de delaciones premiadas. Hasta diciembre de 2016, ya había 24 sentencias condenatorias contra más de 120 personas, con 1 300 años de penas de prisión. Aun los más escépticos y desconfiados reconocen los méritos de la operación *Lava Jato*, que todavía sigue siendo criticada por no haber alcanzado a todos los partidos políticos de varias ideologías.⁴¹

Y por lo que toca a la operación *Lava Jato*,⁴² también ha contado con el mérito de exponer la corrupción entrañada en el sistema político brasi-

³⁹ Desde su comienzo, la operación *Lava Jato* en primera instancia condenó a más de 120 personas, mientras que el STF no contaba, hasta 2017, con ninguna sentencia de mérito en esa área. En primera instancia, 259 reos ya fueron acusados. En noviembre de 2016, estaban en curso en el STF, o bajo su dirección, 362 acciones de investigación contra personas que gozan de fuero privilegiado. De estos, 23 acciones estaban tramitando hacia más de seis años. Siete de ellas hacía más de 10 años. Esto muestra que el desastre fue privilegiado.

⁴⁰ Y sigue adelante, no se sabe cuándo terminará, pues se ha desdoblado en varias otras operaciones e investigaciones.

⁴¹ Gomes, Luiz Flávio, *O jogo sujo da corrupção*, São Paulo, Astral Cultural, 2017, p. 143.

⁴² El reciente testimonio de un exministro de la Casa Civil, Antonio Palocci, de los gobiernos Lula y Dilma, fue devastador en el ámbito de la operación *Lava Jato*. Él atribuyó al expresidente Lula el comando del ataque a los cofres de Petrobras para hacer posible la sucesión de Dilma Rouseff. Súmese a ello la denuncia del procurador general de la República, que coloca al actual presidente Temer en el centro de una organización criminal que opera en el campo de la venta de actos legislativos, contrataciones públicas y acceso a recursos de la comunidad, como el FAT, que dan la dimensión de la degradación política a la que llegamos. Pero tiene razón Oscar Vilhena, quien, al analizar el presente cuadro político, afirma: “Como era de esperarse, las reacciones de involucrados, investigados y denunciados han sido virulentas, cuestionando no solo la integridad de la operación, sino también sus eventuales beneficios para la sociedad. Moralista, selectiva, mesiánica, persecutoria e irresponsable son algunos de los adjetivos atribuidos a las operaciones. En efecto, algunas

leño.⁴³ Muchos atribuyen parte de los problemas al llamado *presidencialismo de coalición*. En este modelo, el presidente de la República, para gobernar, precisa montar una amplia base de apoyo parlamentario en el Congreso Nacional.

En los primeros años, el sistema ha funcionado de modo razonable y ha garantizado la gobernabilidad del país, pero, con el transcurso del tiempo, se ha revelado un gran balcón de negocios espurios.

Aunque no se pueda atribuir al sistema electoral todos los males de la corrupción⁴⁴ —lo que es verdad—, es imperativo modificar el sistema partidario, disminuir el número de partidos; es preciso, además, permitir la renovación del cuadro político brasileño, tal vez con nuevos políticos y candidaturas independientes, hoy prohibidas en Brasil.

También parece importante disminuir la influencia del *marketing* en las campañas electorales que fabrican candidatos y conceptos sin ninguna relación con el mundo real y sus problemas.

acciones de los agentes de aplicación de la ley, como fuga de información, escuchas ilegales, extensión innecesaria de prisiones procesales, culminando con una obscura participación de un miembro del Ministerio Público en el acuerdo de delación súper premiada de Joesley Batista, son intolerables. Por eso deben ser anuladas y los responsables debidamente punidos. Sin embargo, hay que tener mucho cuidado para «no tirar al bebé junto con el agua de la bañera». El juicio del *Mensalão*, así como la operación *Lava Jato*, con todas sus deficiencias, están imponiendo, a duras penas, un nuevo paradigma en la conducción de los negocios públicos en el país. Su naturaleza disruptiva viene colocando en jaque no solo el modelo perverso de aplicación de la ley, que hace siglos asegura la más amplia impunidad a los poderosos de todo género, como también un modelo perezoso, cruel e ineficiente de capitalismo que hace de los contribuyentes, especialmente de los más pobres, las amas de leche de grandes empresarios, como Eike Batista, Marcelo y Joesleys, así como de la camarilla que les sirve de los palacios de la República. Así, las posibles fallas de dichas operaciones, que se deben subsanar, no pueden poner en riesgo los beneficios civilizatorios de dicho movimiento de universalización del gobierno de las leyes”. Vilhena, Oscar Vieira, *Folha de S. Paulo*, 16 de septiembre de 2017.

⁴³ En gran parte, a causa de la *delación premiada* que han hecho varias personas. A partir de estas delaciones, ha sido posible conocer todo un submundo del crimen organizado desconocido por la mayor parte de la población brasileña.

⁴⁴ De manera general, podemos decir que la corrupción política se caracteriza por la utilización de bienes o valores públicos para conseguir beneficios o ventajas privadas de cualquiera clase. Los bienes o valores públicos pueden ser de varias clases, por ejemplo, un cargo público para sí o para parientes o amigos, o medios ilícitos de que se utiliza el servidor público (en sentido amplio) para beneficios privados o personales para sí o para terceros que al final lo han beneficiado. Desde el punto de vista conceptual, la corrupción es un fenómeno que trasciende la política y no se agota en determinados momentos históricos; como también no es exclusiva de determinado régimen político. Ella puede ser ampliamente entendida como un conjunto de acciones que rompen con las normas de conducta, transgreden principios éticos, y pueden o no violar a ley. Todos los actos de corrupción se identifican con actos de deshonestidad, aunque no necesariamente cualquier deshonestidad puede ser considerada un acto de corrupción.

Las campañas políticas deben ser reformuladas y también su modo de financiación, con más participación de la justicia electoral, una combinación que estimule al sector privado a que participe en la política, sin corromperla, y al sector público a que contribuya con una parcela de fondos públicos.

La contabilidad paralela de los partidos políticos y empresas (caja 2) surge para financiar al crimen organizado y a los partidos políticos y no acabará con la mera e ingenua prohibición de la financiación privada, *tout court*.

Todos deben contribuir para formar la ciudadanía sin distinción alguna. Evidentemente, se deben establecer límites claros y objetivos, de manera que una o varias grandes corporaciones no financien a la política o solamente a algunos políticos con contratos administrativos millonarios negociados antes y después de las elecciones.

El clientelismo y el fisiologismo todavía marcan el escenario brasileño. Es preciso romper con este ciclo vicioso, ampliar y perfeccionar la misión de los agentes fiscalizadores de la República, condenar la corrupción y la impunidad y educar al pueblo para la ciudadanía.

En fin, como en todo proceso de depuración, no sabemos adónde llegaremos: si habrá reacción de los corruptos, abortando los esfuerzos contra la corrupción —como ha sucedido en algunos países—, o si seguiremos adelante sin miedo.

Flávia Piovesan⁴⁵ tiene razón al referir:

Latinoamérica ostenta el mayor grado de desigualdad del mundo. La pobreza en la región ha disminuido del nivel del 43% al 33,2%, en el período de 1990 a 2008. Cinco de los países más desiguales del mundo están en Latinoamérica, entre ellos, Brasil. No bastando el acentuado grado de desigualdad, la región asimismo se destaca por ser la más violenta del mundo. Concentra el 27% de los homicidios cuando representa tan solo el 9% de la población mundial. Diez de los veinte países con las más altas tasas de homicidio del mundo son latinoamericanos. La seguridad surge como uno de los principales problemas de la región. En encuestas realizadas por el Latino-barómetro, en 2013, sobre el apoyo a la democracia en Latinoamérica, aunque el 5% de los entrevistados consideren la democracia preferible a cualquier régimen, la respuesta afirmativa encuentra en Brasil el endoso de apenas del 49% y, en México, del 37%. De acuerdo con la encuesta, 31 consideran que puede haber democracia sin partidos políticos y un 27% consideran que la democracia puede funcionar sin un Congreso Nacional. La región latino-americana marcada por sociedades poscoloniales ha sido así caracterizada por un

Piovesan, Flávia, *Temas de derechos humanos*, 9a. ed., São Paulo, Saraiva, 2016, p. 130.

elevado grado de exclusión y violencia al cual se suman democracias en fase de consolidación. La región sufre con un centralismo autoritario de poder, lo que genera el fenómeno del “*hiperpresidencialismo*” o formas de “*democracia delegativa*”. La democratización ha fortalecido la protección de los derechos, sin, con todo, concretar reformas institucionales profundas y necesarias a la consolidación del Estado Democrático de Derecho. La región también convive con las reminiscencias del legado de los regímenes autoritarios dictatoriales, con una cultura de violencia e impunidad, con la baja densidad de Estados de Derecho y con la precaria tradición de respeto a los derechos humanos en el plano doméstico.

Como ven, tenemos muchos retos por delante.

VII. CONCLUSIÓN

1. La corrupción es tan antigua como el hombre. Hoy se busca implementar estándares comunes capaces de combatir ese fenómeno globalmente y dondequiera que esté presente, tanto en el ámbito público como en el privado.
2. La corrupción dificulta el desarrollo, perjudica el crecimiento económico, gravando a los más pobres desproporcionadamente y minando la eficacia de las inversiones y apoyos financieros; por eso, es preciso que las estrategias de combate sean parte integrante de un modelo de desarrollo formulado para ayudar a los países a erradicar la pobreza.
3. La corrupción existe tanto en países democráticos como en países no democráticos, en países con libertad de prensa y en países con casi ninguna libertad de opinión.
4. La corrupción puede y debe enfrentarse globalmente. Las constituciones democráticas de todo el mundo, inclusive en Latinoamérica, posibilitan, por medio de diversas convenciones, el cambio paulatino de este escenario de corrupción.
5. Es imperativo que haya buena gobernanza, buena administración a nivel local, regional, nacional e internacional, así como amplia participación popular en la fiscalización de la administración y del dinero y de la cosa pública.
6. Información y tecnología son fundamentales para el conocimiento de los problemas y de las soluciones relacionados con el tema de la corrupción.
7. En Brasil no faltan leyes para el combate a la corrupción; sin embargo, seguimos con escándalos y grandes actos de corrupción en el

país. Han surgido, al mismo tiempo, nuevas prácticas anticorrupción y esfuerzos para su combate. Es preciso reforzar mecanismos preventivos para hacer frente a la corrupción.

8. Pocos son los países de Latinoamérica con índices positivos en lo que respecta al control de la corrupción. El poder político y el proceso electoral aún carecen de cambios profundos para lograr más eficiencia y buena gobernabilidad en los países de la región.
9. Todavía no hay mecanismos suficientes que impidan a las personas notoriamente corruptas ocupar cargos y posiciones públicas.
10. La corrupción no distingue el poder. Alcanza a todos los “poderes” políticos sin excepción (Legislativo, Ejecutivo y Judicial).
11. Las costumbres y las leyes, incluso las de carácter constitucional, no siempre están de acuerdo con los estándares de moralidad administrativa elevados que se exige en el combate a la corrupción en todo tiempo y lugar.
12. La “familia judicial”, que debería dar el buen ejemplo de combate a la corrupción, muchas veces cede a una concepción “corporativista de carácter negativo”, lo que la hace aumentar.
13. Los casos *Mensalão* y *Lava Jato* son enormes y recientes escándalos de corrupción en Brasil que han minado la credibilidad de los políticos y de varios sectores empresariales.
14. El polémico instrumento de la “delación premiada” ha sido ampliamente utilizado en el combate de las organizaciones criminales en Brasil.

VIII. LOS RECIENTES ACONTECIMIENTOS QUE INVOLUCRA LA OPERACIÓN *LAVA JATO*

En una decisión individual, sorprendente e inusitada, el ministro del STF, Edson Fachin, el 8 de marzo de 2021, anuló todos los procesos contra el expresidente Lula, restaurando sus derechos políticos; según afirman, es una supuesta tentativa para proteger al exjuez Sérgio Moro, quien había dictado los fallos en primera instancia.

El argumento utilizado —incompetencia del Decimotercer Juzgado Federal de Curitiba para procesar y juzgar al expresidente— se fundó en que no había conexión directa entre la corrupción y los contratos relacionados con el esquema de Petrobras. El ministro Fachin entiende que las acusaciones contra el expresidente no se restringen específicamente a Petrobras y, por tanto, excederán los límites de actuación del Decimotercer Juzgado

Federal. Las causas, como ha establecido en su decisión, deben proseguir en la Justicia del Distrito Federal, en Brasilia.

De acuerdo con la versión corriente en la prensa brasileña, la Segunda Cámara del STF, que integra Fachin, ya daba indicios concretos de que aceptaría un pedido de declaración de parcialidad del juez Moro, impetrado por la defensa de Lula. Esta circunstancia, en caso de ser confirmada, no solo anularía la principal condena impuesta al expresidente, sino que abriría camino para que otros acusados también escapen del Poder Judicial. Sería, como él mismo manifiesta (Fachin), la implosión total de la operación *Lava Jato*, la contraseña para una “amnistía general” sin criterios, que vendría a confirmar que los poderosos continúan por encima de la ley.

Inconformada, la Procuraduría General de la República (PGR) interpuso recurso al Plenario del Supremo (STF), tratando de revertir el fallo favorable al expresidente. Conforme al entendimiento de la Procuraduría, se debe mantener la competencia del Decimotercer Juzgado Federal de Curitiba, en el estado de Paraná, para juzgar las cuatro acciones penales en curso contra el expresidente, los casos del triplex de Guarujá, de la quinta de Atibaia, de la sede del Instituto Lula y de las donaciones a su Instituto, “con miras a preservar la seguridad jurídica y la estabilidad procesal”, y, según argumenta la PGR, se deben mantener las condenas y dar continuidad a los procesos.

Si la Corte no acepta la solicitud de que se mantenga el Decimotercer Juzgado Federal de Paraná como responsable de las acciones penales, la PGR postula que la decisión surta efectos de aquí en adelante, o sea, requiere que sean preservados todos los actos procesales de instrucción y decisión realizados en Curitiba.

Por su lado, la defensa del expresidente Lula ha declarado, naturalmente, que la decisión de la Segunda Cámara del STF “fortalece el sistema de justicia” al decretar la parcialidad del exjefe federal Sérgio Moro, quien condenó al petista en el caso del triplex de Guarujá.

Algunos puntos de este sorprendente juicio merecen hacer algunas reflexiones. La primera, concerniente al voto del juez relator, es que en la práctica desautoriza no solo su interpretación anterior sobre la materia, sino a todas las instancias del Poder Judicial brasileño que ya habían juzgado al expresidente. Son siete años de trabajo judicial “revocados” por una simple resolución individual, como si jueces de primera o de segunda instancia no valieran nada. El Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región que examinó los fallos del magistrado en primer grado, más de una vez, en varios recursos interpuestos por la defensa, también ha sido sumariamente desprestigiado.

Nadie, tampoco, había acusado a este tribunal, hasta entonces, de haber sido parcial o no independiente.

Lo cierto es que la operación *Lava Jato* tuvo su importancia, alcanzando a políticos y empresarios poderosos; sin embargo, así como ha sucedido en Italia con la “operación *Manos Limpias*”, llegó a su auge y empezó su declive, propiciado por el propio *establishment*.

La operación *Lava Jato* pasó por 80 etapas. Hubo en total 120 delaciones premiadas, homologadas por el propio Supremo Tribunal Federal, que han dado origen al pago de multas, totalizando R\$ 1.37 mil millones de reales. *Lava Jato* modificó el juego del poder, insuflando combustible al *impeachment* de Dilma Rousseff, en 2016, hasta ser minada por resoluciones del propio STF y de la PGR. Además, la imagen de la operación fue corroída por la divulgación de mensajes robados por *hackers*, intercambiados entre Moro y los fiscales que actuaban en ella.

El sociólogo y miembro de la Academia Brasileña de Ciencias, Simon Schwartzman, en un artículo publicado en el periódico *O Estado de São Paulo*, edición de 12 de marzo de 2021 (p. A2), comenta:

Las decisiones de los ministros del Supremo Tribunal Federal (STF) que anularon los procesos de la Operación Lava-Jato por errores formales de jurisdicción o presuntos comportamientos impropios de jueces y promotores, puede ser que sean emanados con convicción, pero no por ello dejan de contribuir a la creciente desmoralización de nuestros tribunales. Esta desmoralización ya se venía acentuando por los sucesivos fallos de jueces “garantistas”, que, ante la opinión pública, no pasan de “chicanas” a favor de los procesados por corrupción.

La noción de que sin procedimientos adecuados no se puede condenar a las personas encuentra como una de sus inspiraciones la decisión histórica de *Miranda vs. Arizona*, de la Corte Suprema de Estados Unidos, en 1966, que anuló la sentencia de un criminal confeso porque su derecho a la defensa no había sido debidamente respetado. Esta decisión ha tenido enorme importancia para establecer límites al comportamiento, muchas veces prejuicioso, arbitrario y violento, de la policía en Estados Unidos, que, al igual que en Brasil, tiende a afectar, sobre todo, a las minorías y a las personas más pobres. Comparado con sus beneficios, el hecho de que algunos criminales salgan impunes representa un pequeño precio a pagar.

La otra cara de la moneda es que, para que ella continúe valiendo, se requiere que la gran mayoría de los criminales sea condenada. Es la eficacia del sistema judicial, y no el formalismo de sus decisiones, lo que hace que la sociedad respete y considere legítima su autoridad.

Para lograr ese respeto, el Poder Judicial precisa actuar con equilibrio y sentido común, garantizando las formalidades y sancionando a los delincuentes, sin dejar que un lado prevalezca sobre el otro. En Brasil, ante la falta de una política clara de defensa de los derechos civiles, muchas personas sin recursos son arrestadas y condenadas por presuntos delitos, cuando no asesinadas por la policía, mientras que delincuentes con más recursos consiguen escapar por las brechas formales de la ley.

El Poder Judicial es temido, pero poco respetado, y ello sirve de caldo de cultivo a los movimientos de extrema derecha contra los derechos humanos y en favor de la impunidad de la violencia policial. *Mensalão*, primero, y *Lava Jato*, después, han traído gran notoriedad y legitimidad a la cúpula del Poder Judicial brasileño, que se mostró capaz, por primera vez en la historia, de juzgar y condenar a los políticos y empresarios poderosos, lo que también ha dado legitimidad al STF para administrar las crisis institucionales, que se han vuelto cada vez más frecuentes desde el *impeachment* de Dilma Rousseff.

Dicha legitimidad, sin embargo, se ha venido desgastando diariamente por la percepción, cada vez más clara, de que desde la decisión del STF sobre el fin de las prisiones —a pesar de existir condena en segunda instancia— son las confabulaciones para lograr la impunidad de la clase política de la extrema izquierda a la extrema derecha, pasando por el notorio “centro”, y no la defensa de la legalidad de los procedimientos, las que han predominado en las Cortes Superiores de Justicia.

A su vez, la sensación de impunidad y de fuerte retroceso en el combate efectivo a la corrupción en Brasil está latente en todos los poderes de la República. En el Ejecutivo, donde, por ejemplo, a cada momento se “blinda” a los hijos del presidente mediante pactos políticos o por acción de la propia Presidencia de la República; en el Legislativo, repleto de diputados y senadores corruptos o acusados de actos de corrupción, que buscan legislar no a favor de Brasil o de la sociedad, sino con el fin de disminuir las sanciones que habrían de corresponderles,⁴⁶ y del propio Poder Judicial,⁴⁷ que también

⁴⁶ Tramitan en la Cámara de Diputados y en el Senado federal proyectos de ley cuyo objetivo claro es beneficiar a políticos corruptos o acusados de corrupción y delitos similares. Son ejemplos elocuentes de dicho movimiento político: reformas a la ley de lavado de dinero, a la ley de protección de datos penal, a la prisión después de confirmada en segunda instancia, a la ley de improbidad administrativa, de rendición de cuentas no presentada por los políticos y de no reglamentación del nepotismo, permitiendo el nombramiento de parientes.

⁴⁷ El Superior Tribunal de Justicia también consolida la fama de ser un verdadero “cementerio de operaciones” de la policía federal, sellando el desenlace de operaciones que han incomodado a políticos y sus familiares, ejecutivos, banqueros y empresas privadas. Desde 2011, las investigaciones de las operaciones *Castelo de Areia*, *Satiagraha*, *Boi Barrica* y “Operación Francia”, han sido derribadas por determinación de dicho Tribunal. Ahora, el caso de las

se ha mostrado condescendiente en el combate efectivo de la corrupción, salvo honrosas excepciones.

Como dice el profesor de Derecho Joaquim Falcão,⁴⁸ consejero de Transparencia Internacional y director de la Facultad de Derecho de la Fundación Getulio Vargas (FGV)-Rio:

El Ministro Edson Fachin volteó la mesa. No la de la Segunda Cámara del Supremo. Allí, perdió. Sino la mesa de las manipulaciones ocultas, de las estrategias procesales en que, bajo el manto de la legalidad, se abandona el combate a la corrupción. El Supremo no juzga si ha habido o no corrupción. El Supremo se esquila y se esconde delante de los hechos visibles en Brasil. No se zambulle. Se queda en el borde.

Los ministros Lewandowski, Carmen Lúcia y Mendes no han dado respuesta a lo que Brasil quiere saber: ¿*hackear* puede producir prueba? ¿Lícita o ilícita? En la sesión repetían que no se fundaban en las grabaciones. Inexistían, aun estando presentes. Lewandowski dijo que las grabaciones “son tan solo para reforzar la argumentación”. Carmen Lúcia dijo: “Repito, no me baso en las interceptaciones”. Mendes, con desprecio retórico: “Nada de parloteo de *hackers*”. El Supremo duda porque, si declara prueba lícita, fomentará a los *hackers*, en todos los lugares. Mientras tanto [...] El ministro Fachin ha enfrentado la cuestión. Se debe investigar las grabaciones *hackeadas*. El Tribunal Regional de la 4a. Región debe abrir un proceso. Ellos no están denunciando a personas o grupos, sino a un sistema de justicia que puede estar lejos de la ética y de las normas que un Estado democrático de derecho requiere.

El ministro Kassio Marqués también ha encarado la cuestión. Declaró que las pruebas *hackeadas* son ilícitas. Lo ha hecho con gentileza, serenidad y con el respeto que un ministro debe a otro ministro. Y defendió su Estado, Piauí, Víctima de agresión grosera. Momento en que me hizo recordar a João Cabral de Mello Neto, poeta pernambucano: “La buena elocuencia es la de hablar fuerte, pero sin fiebre”.

Hay que hacer notar que, en ningún momento, ningún pronunciamiento del Poder Judicial abordó la reversión de los juicios (mérito) de los ilícitos y delitos cometidos o atribuidos al expresidente de la República, Lula da Silva.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) —entidad ante la cual Brasil postula su entrada— se muestra preocupada con el fin “sorprendente de la operación *Lava Jato*”, el uso de la ley

Rachadinhas en el antiguo gabinete del hijo del presidente Bolsonaro, Flávio Bolsonaro, corre el riesgo de llegar al mismo resultado.

Periódico *O Estado de São Paulo*, edición de 24 de marzo de 2021, p. 8.

contra el abuso de autoridad y las dificultades de compartición de información de organismos financieros para investigaciones.

Frente a lo que se ha visto como un retroceso en el combate a la corrupción, la Organización ha tomado una decisión inédita: crear un grupo permanente de monitoreo sobre el asunto en Brasil.

La medida, jamás adoptada respecto a ningún país, representa una escalada en las posiciones de la OCDE, que desde 2019 divulga alertas públicas al Gobierno brasileño y llegó a enviar una misión de alto nivel para conversar con autoridades e intentar revertir acciones de desestructuración de la capacidad investigativa contra prácticas corruptas.⁴⁹ Como ha dicho acertadamente el jurista Márcio Cammarosano:

Em poucas palavras: inacreditável que, depois de tantas investigações exitosas da Polícia Judiciária, que culminou por desvendar o maior esquema de corrupção institucionalizada no Brasil, especialmente, mas não só, na Petrobras, com tantas colaborações premiadas, homologadas até pelo Supremo Tribunal Federal, que ensinaram produção de provas a mão cheia, e condenações de tantos corruptos, muitos dos quais réus confessos, com decisões transitadas em julgado, o próprio STF venha agora, na undécima hora, proclamar o que deveria ter sido proclamado há vários anos, no que concerne à violação do devido processo legal desde o nascedouro com algumas ações penais já julgadas até por Órgãos Colegiados de segunda e terceira instâncias. Sem adentrar no mérito dessas ações, e considerando que os vícios processuais já vinham de há muito sendo apontados, fica aquela sensação que deixou-se passar tanto tempo para que recomeçar tudo agora só venha ensinar a ocorrência de prescrição, ou, quando menos, extinção da eficácia de sentenças condenatórias. Pode haver maior frustração e descrédito na Justiça? Sem embargo, continuo teimosamente a repetir: Em uma República não há intocáveis, observado o devido processo legal.⁵⁰

En español:

En pocas palabras: es increíble que, después de tantas investigaciones exitosas de la Policía Judicial, que terminaron por desvendar el más grande esquema de corrupción institucionalizada en Brasil, especialmente, aunque no solo en la Petrobras, con tantas colaboraciones premiadas, homologadas incluso por el Supremo Tribunal Federal, que han dado lugar a la producción de pruebas abundantes y condenas de tantos corruptos, muchos de ellos reos confesos, con sentencias firmes, el propio STF venga ahora, a última hora, a proclamar

⁴⁹ *Ibidem*, edición de 16 de marzo de 2021.

⁵⁰ Publicação no Facebook do professor Márcio em março de 2021.

lo que debería haber sido proclamado hace varios años, en lo que respecta a la violación del debido proceso legal, desde su origen, con algunas acciones penales ya juzgadas, inclusive, por Órganos Colegiados de segunda y tercera instancias. Sin entrar en el mérito de dichas acciones, y considerando que los vicios procesales ya venían siendo apuntados desde hace mucho, queda aquella sensación de que se ha dejado pasar tanto tiempo para que, recomenzar todo ahora solo pueda resultar en el decurso de la prescripción, o, al menos, en la extinción de la eficacia de sentencias condenatorias. ¿Podría haber frustración y descrédito más grande en la Justicia? Sin embargo, continúo repitiendo insistentemente que en una República no hay intocables, observado el debido proceso legal.⁵¹

Publicación en Facebook del profesor Márcio en marzo de 2021.