

Comentarios a una sentencia anunciada el proceso **LULA**

Carol Proner,
Gisele Cittadino,
Gisele Ricobom y
João Ricardo Dornelles
ORGANIZADORES



INSTITUTO
JOAQUÍN
HERRERA
FLORES

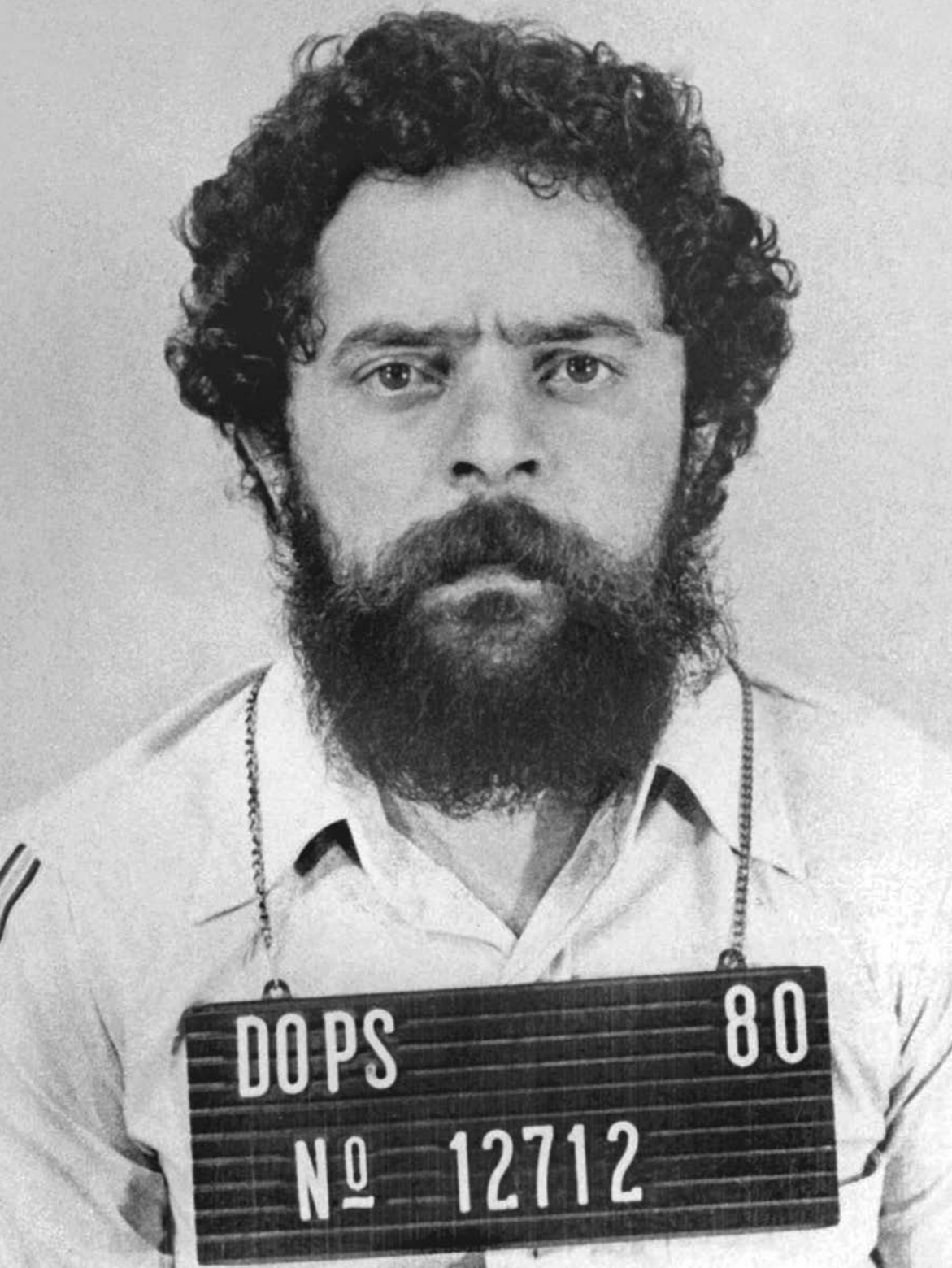
Projeto Editorial
PRAXIS

canal6 editora

INSTITUTO DEFESA DA
CLASSE
TRABALHADORA



CLACSO



Lula siempre luchó. Después de liderar las grandes huelgas generales entre 1978 y 1980, el 19 de abril la dictadura lo encarcela. 38 años más tarde, a través de un proceso judicial irregular y cuestionable pretenden privar a Lula de la libertad. Pretenden privar al pueblo brasileño de la democracia.

Fuente: Instituto Lula.

COMENTARIOS A UNA SENTENCIA ANUNCIADA

EL PROCESO LULA

**Carol Proner, Gisele Cittadino,
Gisele Ricobom y João Ricardo Dornelles**
(Organizadores)



canal6 editora

INSTITUTO DEFESA DA
CLASSE
TRABALHADORA

Projeto Editorial
PRAXIS



CLACSO - Secretaría Ejecutiva

Pablo Gentili - Secretario Ejecutivo

Pablo Vommaro - Director de Grupos de Trabajo, Investigación y Comunicación

Nicolás Arata - Director de Formación y Producción Editorial

Núcleo de producción editorial y biblioteca virtual

Lucas Sablich - Coordinador Editorial

Núcleo de diseño y producción web

Marcelo Giardino - Coordinador de Arte

Sebastián Higa - Coordinador de Programación Informática

Jimena Zazas - Asistente de Arte

Rosario Conde - Asistente de Programación Informática

Creemos que el conocimiento es un bien público y común. Por eso, los libros de CLACSO están disponibles en acceso abierto y gratuito. Si usted quiere comprar ejemplares de nuestras publicaciones en versión impresa, puede hacerlo en nuestra Librería Latinoamericana de Ciencias Sociales.



Biblioteca Virtual de CLACSO www.biblioteca.clacso.edu.ar

Librería Latinoamericana de Ciencias Sociales www.clacso.org.ar/libreria-latinoamericana

CONOCIMIENTO ABIERTO, CONOCIMIENTO LIBRE.

Traducción - Lucas Benielli

Foto de tapa - Ricardo Stuckert

Primera edición

Comentarios a una sentencia anunciada. El proceso Lula (Buenos Aires: CLACSO, marzo de 2018)

ISBN 978-987-722-322-4

© Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales | Queda hecho el depósito que establece la Ley 11723.

CLACSO

Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - Conselho Latino-americano de Ciências Sociais

Estados Unidos 1168 | C1023AAB Ciudad de Buenos Aires | Argentina

Tel [54 11] 4304 9145 | Fax [54 11] 4305 0875 | <clacso@clacsoinst.edu.ar> | <www.clacso.org>

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

Patrocinado por la Agencia Sueca de Desarrollo Internacional



La responsabilidad por las opiniones expresadas en los libros, artículos, estudios y otras colaboraciones incumbe exclusivamente a los autores firmantes, y su publicación no necesariamente refleja los puntos de vista de la Secretaría Ejecutiva de CLACSO.

ÍNDICE

Presentación	13
Frente Brasil de Juristas por la Democracia en defensa del debido proceso legal	19
Afrânio Silva Jardim Breve análisis de la sentencia que condenó al expresidente Lula y otros.....	25
Afrânio Silva Jardim El expresidente Lula es condenado por un órgano jurisdiccional incompetente. Equívocos en relación a la competencia del juez Sérgio Moro en la llamada operación <i>lava jato</i>	31
Agostinho Ramalho Marques Neto Cuando el inconsciente del juez se revela en la sentencia.....	35
Alberto Sampaio Júnior El mito Supermoro y el efecto kryptonita de la Constitución	43
Alexandre Araújo Costa Entre hechos y convicciones: análisis de la sentencia del juez Sérgio Moro que condena al expresidente Lula	49
Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, Diogo Bacha e Silva y Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira El derecho a la deriva, lo (in)esperado	61
Álvaro de Azevedo Gonzaga Cuando el debido proceso legal no es cumplido, la democracia pierde	67
Antônio Eduardo Ramires Santoro Del levantamiento de la confidencialidad de las intervenciones telefónicas a la pérdida de la imparcialidad objetiva	73
Antônio Martins ¿Culpabilidad por el contexto? De los riesgos del abandono del derecho penal de hecho.....	81

Augusto Jobim de Amaral y Fernanda Martins ¿Qué del cinismo jurídico “viene al caso”?.....	89
Beatriz Vargas Ramos El juez, el colaborador y las lagunas del relato condenatorio.....	97
Carlos Marés ¿Por qué condenar a Lula?.....	103
Carmen da Costa Barros El juez que eligió el proceso	109
Carol Proner y Gisele Ricobom El debido proceso legal en riesgo en Brasil: la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el análisis de la sentencia condenatoria de Luiz Inácio Lula da Silva y otros	117
Cecilia Caballero Lois Nada, además de falacias: un análisis argumentativo de la sentencia condenatoria contra el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva	125
Cesar Britto Plegarias para Themis	131
Charloth Back Derecho Penal del enemigo (político).....	137
Claudia Maria Barbosa El lamento de Aristóteles en la decisión del caso del “tríplex de Lula”: incorrecciones lógicas de la sentencia	143
Cristiane Brandão Guerra jurídica (o, simplemente, guerra).....	153
Djefferson Amadeus La condena de Lula marcó la transición del Estado de Derecho al Estado Mediático Penal y el nacimiento del “juez avestruz”	161
Douglas Carvalho Ribeiro y Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa Una prisión nada conveniente	167
Eder Bomfim Rodrigues La sentencia contra el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva: otro capítulo trágico del golpe de 2016.....	173
Egas Moniz-Bandeira Del “dominio de hecho” a la “propiedad de hecho”	179
Ellen Rodrigues y Eduardo Khoury Breves apuntes sobre la condena, en primera instancia, del expresidente Lula, o sobre la lucha para que la justicia prevalezca frente a la arbitrariedad.....	185
Eugênio José Guilherme de Aragão ¿ <i>Quid iam agunt pueri?</i> ? ¿Por qué actúan así, niños?.....	193
Fábio da Silva Bozza Las funciones de la pena privativa de la libertad y de la culpabilidad en el derecho brasileño y la sentencia condenatoria contra el presidente Luiz Inácio Lula da Silva	197
Felipe da Silva Freitas El “caso Lula” y las tendencias autoritarias de la justicia brasileña: derecho, política y abogacía criminal	205

Fernando Hideo I. Lacerda	
La cacería de Lula por el proceso penal de excepción en la era de la posverdad.....	213
Flavio Croce Caetano	
La falta de respeto al ejercicio de la abogacía y la ruptura del principio de la imparcialidad judicial	219
Francisco Celso Calmon	
La tiranía togada.....	229
Gabriela Shizue Soares de Araujo	
La crisis de las instituciones brasileñas reflejada en la condena de un expresidente de la República por un juez singular	235
Giovanni Alves	
La ópera del atraso, un apelo a la razón histórica.....	241
Gisele Cittadino	
Los múltiples y perversos significados de la sentencia de Sérgio Moro	249
Gladstone Leonel Júnior	
La constitución a freir espárragos, llegó el autoritarismo togado: el caso de una sentencia viciada.....	253
Isabela de Andrade Pena Miranda Corby y Daniel Gonzaga Miranda	
La sentencia de Lula y el <i>lava jato</i> a la luz del derecho inquisitorial en el Brasil del siglo XVIII	257
James Walker Jr.	
La criminalización de la amplia defensa	263
João Paulo Allain Teixeira, Gustavo Ferreira Santos y Marcelo Labanca Corrêa de Araújo	
Moro, Lula y el tríplex: notas sobre un juicio	269
João Ricardo Wanderley Dornelles	
El malabarismo judicial y el fin del Estado Democrático de Derecho	275
João Victor Esteves Meirelles	
La incompetencia de la 13ª Sala Federal de Curitiba para juzgar el “caso del tríplex”	283
Joao Vitor Passuello Smaniotto y Décio Franco David	
Parcialidad y fetiche: Freud explica	295
Jorge Bheron Rocha	
La dosimetría de la pena aplicada a Lula: análisis a la luz de la constitución y de la ciencia penal moderna.....	305
José Carlos Moreira da Silva Filho	
Condena sin pruebas y juicio de excepción como amenaza a la democracia. Una infamia a ser superada	313
José Eduardo Martins Cardoso	
Viviendo el derecho.....	327
José Francisco Siqueira Neto	
Delación, noticia de periódico, condena: ¡Elemental, querido Watson!	333
Juarez Cirino dos Santos	
La sentencia ilegal del juez Moro contra Lula.....	341

Juares Tavares y Ademar Borges El crimen de corrupción pasiva en la visión del STF y la sentencia que viola el principio de legalidad	347
Juliana Neuenschwander y Marcus Giraldes Captura de la soberanía popular, estado de excepción y juridicismo	369
Laio Correia Moraes y Vitor Marques Lula, el enemigo a ser combatido	377
Lenio Luiz Streck La sentencia de Moro es la prueba de que la libre apreciación de la prueba debe acabar	383
Leonardo Avritzer Estado de derecho, crisis política y operación <i>Lava Jato</i>	395
Leonardo Costa de Paula Sobre la publicidad, la nulidad y el control de las decisiones judiciales. ¿Quién está por encima de la ley?	405
Leonardo Isaac Yarochevsky Sobre la incompetencia de un juez sospechoso	411
Liana Cirne Lins Violación al principio de congruencia: alteración de la imputación y nulidad de la sentencia condenatoria de Lula	419
Luís Carlos Moro El superyó a ser superado	425
Luiz Fernando Azevedo y Rogerio Borba La inobservancia del principio de la fundamentación de las decisiones judiciales en la sentencia condenatoria del expresidente Lula en la República de Curitiba	437
Marcelo Neves Jurisprudencia sentimental y medieval: condena con base en sospecha y en la animosidad al “enemigo de la sociedad”	443
Marcio Sotelo Felipe Lawfare, ese crimen llamado justicia	453
Marcio Tenenbaum El capitão do mato y la paloma mensajera	459
Marco Alexandre de Souza Serra Entre la legitimidad y la violencia: a propósito de la primera condena criminal de Lula	463
Margarida Lacombe Camargo y José Ribas Vieira La sentencia condenatoria de Luiz Inácio da Silva y la argumentación negativa del Estado constitucional	469
Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega Violencia y espectáculo en la decisión contra el presidente Lula	475
Maria Goretti Nagime ¿Quién está por encima de la ley?	481
María José Fariñas Caso Lula: un país al margen de la ley	485

Martonio Mont´Alverne Barreto Lima	
El previsto juzgamiento de Lula	489
Mauricio Stegemann Dieter y Jacson Zilio	
“ <i>Quid pro quo</i> ” sin “ <i>quid</i> ”. Breve análisis de una sentencia “ <i>sui generis</i> ”	495
Michelle Aguiar	
Delación premiada versus derecho al silencio. ¿Quién gana en la sentencia?	513
Nasser Ahmad Allan	
La condena de Lula: una promesa cumplida	519
Nelio Machado	
¡Socórranos, Montesquieu!.....	525
Otavio Pinto e Silva	
Uso y abuso de la conducción coercitiva.....	529
Paulo Petri y Fabiano Machado da Rosa	
Activismo judicial en la sentencia de Lula	533
Paulo Teixeira	
Un juez por encima de la ley.....	537
Pedro Estevam Serrano	
La sentencia de Lula como medida de excepción	541
Pedro Pulzatto Peruzzo y Tiago Resende Botelho	
La inconstitucionalidad del proceso que condena a prisión a Luiz Inácio Lula da Silva y Brasil	545
Rafael Fonseca de Melo	
De la violación del acusatorio a los abusos procesales y morales: cuando el indebido proceso legal encuentra la creencia mesiánica.....	553
Rafael Thomaz Favetti y Fabiano Silva dos Santos	
Lula, política y corrupción: los estigmas de la técnica	561
Ricardo Franco Pinto	
La sentencia contra Lula viola la igualdad de armas procesal.....	569
Ricardo Lodi Ribeiro	
La condena de Lula: el mayor caso de <i>lawfare</i> de Brasil.....	575
Roberta Barbosa Miranda	
El “caso tríplice” y el derecho penal del absurdo	581
Roberto de Figueiredo Caldas	
El debido proceso entre la justicia y la política	587
Roberto Tardelli	
Inadecuada es la conducta del juez	597
Rômulo de Andrade Moreira	
Brevísimo análisis de una decisión judicial a la luz del principio “ <i>in dubio pro reo</i> ”	603
Rômulo Luis Veloso de Carvalho	
Nada quedó del debido proceso legal. ¡La sentencia es nula!.....	611
Rosa Cardoso da Cunha	
Hogueras de julio.....	617
Ruben Rockenbach Manente	
Poder punitivo y el discurso manifiesto del castigo: una decisión vertical de poder	623

Salah H. Khaled Jr.	
Ellos, los jueces, vistos por un profesor	629
Sérgio Batalha	
La sentencia de Moro es un espectro que amenaza el poder judicial.....	637
Sérgio Francisco Carlos Graziano Sobrinho	
La sentencia criminal y las teorías agnósticas	639
Sérgio Luiz Pinheiro Sant'Ana	
Breves consideraciones sobre la sentencia de condena de Lula	643
Sérgio Servulo	
Kafka no es nada.....	649
Tania Oliveira	
"Delator informal": el caso de Leo Pinheiro y el vale todo para condenar a Lula.....	651
Tarso Cabral Violin	
La condena de Lula por Sérgio Moro en la visión de un administrativista.....	657
Tarso Genro	
La sentencia de Moro: "Jaque mate" y cheque sin fondos	663
Tatyana Scheila Friedrich y Larissa Ramina	
La sentencia condenatoria del presidente Lula como una afrenta al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	667
Valeir Ertle	
Prevalencia de las convicciones en la condena de Lula.....	675
Vanessa Chiari Gonçalves	
Sobre la dosimetría de la pena privativa de la libertad	679
Wadih Damous	
Moro y la muerte del derecho.....	687
Weida Zancaner y Celso Antônio Bandeira de Mello	
Condena por inmueble: sin posesión y sin dominio	689
Wilson Ramos Filho y Ricardo Nunes de Mendonça	
El auge del proceso de <i>lawfare</i> desencadenado contra Lula. El derecho murió. Y fue asesinado.....	695
Yuri Carajescov	
La justicia privatizada	701
Yuri Felix	
El juez de Curitiba y el desamor de la rigurosidad procesal: Presunciones, confusiones, deducciones y falacias	707

PRESENTACIÓN

COMENTARIOS A UNA SENTENCIA ANUNCIADA: el proceso Lula es quizá el documento jurídico más importante publicado en Brasil en décadas. La presente recopilación de artículos nació de un movimiento espontáneo e importante de abogados brasileños que examinaron cuidadosamente la sentencia pronunciada en el contexto del proceso que se tramitó en la 13ª Sala Federal de Curitiba, en el caso que los medios dieron a conocer como el del “tríplex de Guarujá”.

Además del carácter inédito de la condena criminal de un expresidente de la República en circunstancias políticas en teoría comparables a las de las dictaduras brasileñas del siglo pasado, la sentencia, que en gran medida era aguardada como un desenlace no sorprendente para este proceso criminal, provocó una reacción inmediata entre los que la leyeron comprometidos únicamente con el propósito de intentar entender los motivos por los que Luiz Inácio Lula da Silva está siendo castigado por haber cometido los crímenes de corrupción pasiva y lavado de activos de origen ilícito.

La condena era una certeza de antemano. Admiradores y opositores del expresidente sabían que no habría otro veredicto. La duda residía en conocer las razones de la condena, exigencia normativa de la Constitución de 1988 que, por las inevitables repercusiones políticas del mencionado proceso, mostraron el acierto de la Constituyente

de 1987-1988 al elevar la fundamentación de las decisiones al nivel de garantía constitucional del proceso.

Solo recientemente, después de veinte años de intensa batalla jurídica protagonizada por Fernando Fernandes, por coincidencia abogado de Paulo Tarciso Okamoto, que en este caso del “tríplex de Guarujá” figura como imputado al lado del expresidente Lula, se logró cumplir la decisión del Supremo Tribunal Federal, dando a conocer los audios de los juicios que el Superior Tribunal Militar (STM) realizó durante la dictadura de 1964-1985.

Estos juicios, vueltos públicos ahora, revelan las virtudes democráticas de la publicidad del proceso y de la exposición de las decisiones. Frases al estilo de “Voy a tomar una decisión revolucionaria, dejando de lado la ley, porque por la ley no se puede condenarlo de ninguna manera”, dichas en los juicios por las más altas autoridades judiciales militares y civiles, en un ambiente de confidencialidad, hoy son conocidas por quienes se abocaron al trabajo de escuchar los audios de aquellas sesiones.

La exposición de las decisiones y la publicidad de los juicios son las *armas pacíficas* del Estado de Derecho contra arbitrariedades y abusos, además de proporcionar a los tribunales la oportunidad de una mayor calidad y eficiencia en la tarea de corregir sentencias consideradas injustas, a pesar de respaldarse en la sincera creencia de que el derecho fue aplicado al caso concreto.

Además, el trabajo de los jueces, como expresión de actividad republicana regulada por un conjunto escrupuloso de normas jurídicas materiales y procesales, está sujeto a ser conocido y garantizado no solo por las partes destinatarias directas de la sentencia. Cada persona, interesada en la suerte de su semejante sometido a un proceso criminal, dispone de medios y recursos para evidenciar una verdadera arqueología de las razones por las que alguien es condenado o absuelto.

La publicidad del proceso y la exposición de las decisiones funcionan como escudos contra el tipo de justificación antes referido, frecuente a la época del STM, propio de los juicios políticos. En casos donde la condición de proceso político no se encubre por la forma criminal con que se presentan, es mediante la averiguación de las razones del magistrado que la ciudadanía se siente protegida o amenazada.

Si los motivos de una eventual condena corresponden a lo que prevé el *corpus* jurídico vigente y la ley penal está siendo aplicada en conformidad con el razonamiento dominante acerca del conjunto de conceptos y nociones producidos por la llamada *dogmática penal* en Brasil, ha de presumirse justificable la sentencia y, de esta

forma, su acierto dependerá de la corrección del juicio del magistrado acerca de la valoración de la prueba, que debe producirse en un ambiente de rigurosa observancia de las normas del debido proceso legal.

Sin embargo, si los conceptos y nociones canónicos del derecho penal brasileño son apartados y, además, las garantías del debido proceso son vulneradas, recurriendo el juez a criterios de valoración de la prueba y a otras prácticas procesales como mínimo altamente discutibles, lo *ordinario* se convierte en *excepción* y las señales de alerta, en la defensa del Estado de Derecho, inmediatamente deben accionarse.

En la hipótesis hay un expresivo consenso de que el derecho extranjero *aparentemente* sustituyó al nuestro, operándose el fenómeno que Elisabetta Grande (2009) denomina *circulación simbólica* de los modelos jurídicos oriundos de diferentes ámbitos de la cultura jurídica y de diferentes áreas del propio derecho.

El manejo de los conceptos y nociones siguió por este camino en la condena, reflejando convicciones particulares y presunciones formuladas en materia penal en disconformidad con el análisis de hechos sustentado en pruebas.

Si bien se trata de una simple presentación del libro, no le cuesta al lector entrever el significado, en términos de peligro para las libertades individuales, de convertir la excepción en norma, como en mi opinión queda claro en la sentencia se trata de la opción del magistrado. Sobre este asunto subraya Janaína Matida (2017):

La presunción judicial no es otra cosa que el razonamiento sobre los hechos realizado por quien juzga; es lo que se espera que exista en sistemas jurídicos en los que esté vigente la directiva de valoración libre y racional, pues cabe al juez valorar las pruebas como informaciones suficientes (o no) para la determinación de la ocurrencia de los hechos bajo discusión. Su cualidad está directamente vinculada a la generalización empírica que ha seleccionado; luego si la generalización no es universal, ella por definición soporta la posibilidad de excepciones. Por lo tanto, la construcción del razonamiento deberá tratar de demostrar que el caso individual es norma y no excepción.

El razonamiento condenatorio que se apoya en la excepción, recurre retóricamente a modelos jurídicos extranjeros y *traduce indebidamente* conceptos penales –como salta a la vista en la condena del expresamente por corrupción– haciendo letra muerta de la advertencia de la imposibilidad de *trasplantes* de género,¹ lo que habría de provocar una vívida reacción entre los estudiosos del derecho.

1 Por todos, ver: Hendler (2006: 45).

El verdadero *equipo estelar* de juristas, profesoras y profesores, abogados e intelectuales que seguían de cerca el proceso, se movilizó al constatar la excepcionalidad del estilo y de los argumentos empleados por el juez criminal en la decisión mencionada.

Así, todo el proceso –y no solamente la sentencia– fue pasado a limpio en los artículos que el lector tiene en sus manos y que son de exclusiva responsabilidad de cada autor/a.

El centenar de textos desgrana el procedimiento, aclara qué normas efectivamente están en vigencia y cómo inciden en el caso concreto. En la opinión de los autores de los artículos estas normas no fueron observadas, y su inobservancia llevó a que se dictaminase una decisión injusta.

Es relevante notar que en tiempos de juzgamiento público y de la correspondiente publicidad de la exposición no hay más lugar para *dejar de aplicar la ley para condenar*.

Algo del género, por lo tanto, subvierte la lógica y sería difícilmente aceptable aún más en este período de inestabilidad política e inseguridad jurídica. Interrogar cada argumento, indagar en su adecuación a los procedimientos legales y en la interpretación corriente fue el método que las autoras y los autores utilizaron para verificar en qué medida fue violado o respetado el debido proceso legal.

La probabilidad de la condena del expresidente Lula y su confirmación son mucho más que *meras convicciones* de un proceso bastante problemático desde cualquier ángulo.

El lector tiene consigo más que la obra de 121 autores, retratada en 101 artículos que someten todos los aspectos de la larga sentencia a un examen crítico que la ciencia penal, el derecho constitucional y otras áreas del saber consideran fundamentales para garantizar el Estado de Derecho en Brasil.

Comentarios a una sentencia anunciada: el proceso Lula es una especie de “Carta de Compromiso con la Ciudadanía, la Democracia y el Estado de Derecho”.

Confiar que los tribunales harán justicia a Luiz Inácio Lula da Silva es creer que la máxima de los juicios de los años setenta, en el STM –“Voy a tomar una decisión revolucionaria, dejando de lado la ley, porque por la ley no se puede condenarlo de ninguna manera”– está definitivamente sepultada entre nosotros. Si no hay crímenes, y crímenes no hay, la absolución es la única decisión posible.

En nombre de todos los autores y todas las autoras agradezco a los que dieron vida a este documento jurídico, a esta “Carta de Compromiso con la Ciudadanía, la Democracia y el Estado de Derecho”. Sin las excepcionales, valientes y determinadas profesoras Carol Proner, Gisele Cittadino, Gisele Ricobom, y el combativo e incansable

profesor João Ricardo Dornelles, lo que sería la indignación individual con la injusticia de una decisión tan trascendente no habría dado lugar a un documento del que se espera que pueda contribuir de forma efectiva para el restablecimiento del imperio del Derecho, con la absolución del expresidente Lula.

Muchas gracias, Carol Proner, Gisele Cittadino, Gisele Ricobom y João Ricardo Dornelles. Como dijo Miguel Littín, clandestino en Chile, a García Márquez (1986): “hay actos que aparentemente son valientes, pero que en el fondo son de compromiso con la dignidad cívica. Ustedes son corajudos y nos incentivaron a realizar la *lucha pacífica* por la dignidad cívica”.

GERALDO PRADO

BIBLIOGRAFÍA

- García Márquez, G. 1986 *La aventura de Miguel Littin, clandestino en Chile* (México: Diana).
- Grande, E. 2009 *Imitação e direito: hipótesis sobre a circulação dos modelos* (Porto Alegre: Fabris) Trad. L. F. Sgarbossa.
- Hendler, E. S. 2006 *Derecho. Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos* (Buenos Aires: Ad-hoc).
- Matida, J. 2017 *Em defesa de um conceito jurídico de presunção*, Tesis doctoral (*mimeo*).

FRENTE BRASIL DE JURISTAS POR LA DEMOCRACIA EN DEFENSA DEL DEBIDO PROCESO LEGAL

QUERIDAS LECTORAS, queridos lectores:

La presente obra es fruto del esfuerzo de juristas de gran reconocimiento en el área del derecho penal y proceso penal, así como de áreas afines con el propósito de analizar la sentencia pronunciada en los autos de la Acción Penal que se tramitó en la 13^a Sala Criminal de la Justicia Federal en Curitiba, PR.

El golpe de Estado perpetrado contra la Constitución Federal y la democracia en Brasil en 2016, retirando de la Presidencia de la República a Dilma Rousseff, dio inicio a un gigantesco proceso de retroceso de los derechos económicos y sociales del pueblo brasileño.

La resistencia se verifica en las calles, plazas, escuelas, teatros, colegios, universidades, sindicatos, así como en las grandes movilizaciones populares organizadas por el Frente Brasil Popular. El descontento con el golpe es creciente e impulsa la toma de posición de las personas comprometidas con los principios éticos, con el objetivo del retorno al Estado Democrático y Social de Derecho. Este libro con más de un centenar de textos es expresión de dicha toma de posición frente a la arbitrariedad de quien debería cumplir la Ley y la Carta Magna.

La sentencia pronunciada, de 238 páginas, expone de forma clara la opción del juez por la radicalización y el uso del Derecho con fines

políticos. Demuestra, sin recelo, una nítida adopción del proceso penal de excepción, propio de los regímenes autoritarios.

La fragilidad de la técnica jurídica empleada en la toma de decisiones revela la inseguridad, la incerteza y la maleabilidad que permean los actos cometidos en los procesos instigados contra el presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Este proceso penal/político llevado a cabo por el Ministerio Público Federal es histórico y será, a lo largo de los próximos años, objeto de estudios de grado y posgrado en Brasil y en el exterior.

Además de la sentencia analizada en los textos que siguen, reconociendo la complejidad de la sociedad brasileña –históricamente oligárquica y desigual en el acceso a la justicia y sistemáticamente corrupta–, las conquistas resultantes del principio del debido proceso legal son aún más fundamentales, son garantías irrenunciables de las que emanan el estado de inocencia, la imparcialidad del juez, la demostración de las decisiones, la prohibición de la prueba ilícita, la uniformidad, la publicidad de los actos procesales, la inadaptabilidad de la jurisdicción, la amplia defensa y la asistencia jurídica.

La Constitución brasileña y la amplia legislación de amparo infra constitucional aseguran lo que es consenso universal, dispuesto en el artículo 10º de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a una audiencia justa y pública por parte de un tribunal independiente e imparcial, no habiendo hipótesis que pueda justificar un juicio excepcional.

El esfuerzo de la sociedad mundial para crear un marco internacional de combate a la corrupción ocurre desde hace décadas, en el sentido de enfrentar un mal que es transnacional y que acompaña los flujos económicos y financieros del capitalismo neoliberal –marcado por la financiarización, la transnacionalización y la acumulación sin precedentes de la riqueza y del poder en manos privadas.

Los cánones internacionales son complejos y cuidadosos de manera que la gobernabilidad no sea afectada, como tampoco la sustentabilidad de las instituciones y los procesos políticos y económicos, de modo que el combate a la corrupción en cada sociedad, y también en Brasil, exige comprender el Estado y la Administración Pública de modo igualmente sistémico, no siendo tarea de un único Poder de la República.

Los sectores del Poder Judicial y del Ministerio Público, al justificar la necesidad del uso de medios y métodos heterodoxos, transitando indiscriminadamente entre el derecho y la política, crean situaciones procesales inéditas de falta de respeto a las re-

glas elementales del proceso democrático para combatir “enemigos corruptos y corruptores”, y lo hacen mediante innovaciones procesales como el uso indiscriminado de la conducción coercitiva, de la prisión preventiva, de la aceptación de pruebas ilícitas, pruebas selectivas e indicios como prueba, de la delación premiada en condiciones extremas, situaciones que transforman el proceso en un juicio de excepción, corrompiendo las funciones acusatorias y de juicio natural, por lo que no es irracional hablar de corrupción del sistema de justicia.

La corrupción es un fenómeno social, político, económico y, como se ha visto, también jurídico y que afecta a todos, mina las instituciones democráticas, retarda el desarrollo económico y debilita la gobernabilidad.

La corrupción, en todas las esferas, precisa ser combatida firmemente, pero nunca a costa de los derechos fundamentales conquistados tan duramente en años de lucha contra la opresión y la arbitrariedad. Y tampoco nunca a costa del desarrollo económico del país, ya que, como ocurre en la operación símbolo de combate a la corrupción en Brasil, denominada *Operación Lava Jato*, muchas veces no se tuvo en cuenta las consecuencias de la interrupción o suspensión de las actividades de las empresas investigadas, su imagen e inserción en los sectores productivos del país, todo esto producido en juicio de primer grado de jurisdicción.

El exceso de castigo promovido por sectores dentro del Sistema de Justicia, cometido libremente y sin la debida corrección, sin la lectura consecuencial de sus acciones para la integridad de Brasil, pone en riesgo otras instituciones y poderes democráticos, dado que, siendo cometido por el propio Poder Judicial, será inevitablemente tomado como ejemplo de impunidad, de que nada ocurrirá con la actuación que suspende la aplicación de la ley, exceptuando al Estado de Derecho, con consecuencias gravísimas, como los casos recientes de masacre en el campo y el aumento de la violencia y represión a los movimientos sociales y trabajadores en ejercicio del derecho de huelga.

Importa denunciar el papel de los medios televisivos en este proceso penal de excepción. La sentencia dictada contra Luiz Inácio Lula da Silva es un claro ejemplo del esfuerzo llevado a cabo por parte de la prensa comprometida con intereses económicos, aliada a la noción del derecho penal del enemigo, que se permite relativizar principios fundamentales del Derecho Constitucional, del Derecho Penal y del Proceso Penal.

Los medios hegemónicos, tanto televisivos como escritos, con la pretensión de reforzar y justificar el uso de métodos excepcionales

en el sistema de Justicia, con la finalidad de convencer a la opinión pública sobre la necesidad de una “justicia justicialista”, contra un “enemigo común”, ataca el núcleo de la democracia.

Para estos medios concentrados en manos de pocas familias propietarias, claramente comprometidos con sectores económicos dentro y fuera de Brasil, la corrupción es tratada como un método adoptado por políticos y partidos escogidos de manera selectiva, normalmente del campo de la izquierda, evidenciando la alianza de sectores de los medios con otros políticos con miras a las elecciones y a la gobernabilidad para atender a los intereses privados.

Hay que repudiar al periodismo practicado por empresas de telecomunicación y periodísticas que, igualmente corrompidas y corruptoras, mantienen, engañan y violan el derecho a la información y a la verdad de los hechos, siendo corresponsables por la inestabilidad institucional y política de Brasil, cómplices del aumento del autoritarismo, de los retrocesos sociales y de la violencia; no es irrazonable hablar de corrupción de los medios en Brasil.

Los debates desatados en los diversos espacios sociales, las reflexiones sobre la ruptura de la democracia brasileña desde el golpe contra la Presidenta Dilma Rousseff y en el contexto de un poder legislativo antipopular y corrupto, aprobando medidas sociales que están entre las más severas que experimentó Brasil, habilitan también la pregunta hecha por muchos de los escritores reunidos en esta obra: si vivimos en un Estado democrático permeado por medidas de excepción o si, como entienden algunos, ya vivimos efectivamente en un Estado de excepción.

Además de la respuesta, de entender, según la mejor doctrina o filosofía política, lo que la teoría puede aportar a la realidad inexorable, creemos que es derecho y deber de todos los que defienden la democracia denunciar los difíciles itinerarios del autoritarismo que, salvando las distinciones en cada tiempo histórico, todavía funciona marcado por las permanencias de una transición democrática deficiente, pactada e incompleta desde la lucha por la amnistía hasta los días actuales, permanencias que también se revelan presentes en el sistema de justicia brasileño.

Y solamente superaremos el extraño estado de las cosas, la sensación de que vivimos fuera del derecho o con la suspensión del orden jurídico, con la devolución del país a los cauces de la democracia y que podremos rever lo que se hizo con el país en tan poco tiempo, perjudicando al pueblo brasileño hasta las últimas consecuencias.

Ciertamente con el debido tiempo histórico, todas las circunstancias que componen los autos serán comprendidos con mayor claridad, demostrando los motivos inconfesados que animan a la operación

Lava Jato. La historia se encargará de rescatar a los que no tienen justicia. A los sepultureros de la Constitución restará el repudio y el oprobio del pueblo brasileño.

Esperamos que la lectura de este libro sirva de incentivo para la resistencia a la opresión y a la arbitrariedad.

CAROL PRONER Y NEY STROZAKE
Frente Brasil de Juristas por la Democracia

Afrânio Silva Jardim*

BREVE ANÁLISIS DE LA SENTENCIA QUE CONDENÓ AL EXPRESIDENTE LULA Y OTROS

LA SENTENCIA DEL JUEZ Sérgio Moro es excesivamente extensa (218 páginas), motivo por el que nos vamos a restringir al análisis del centro de la controversia contenida en el proceso. Vale decir, de la resolución o juzgamiento del mérito de la pretensión punitiva estatal. Aun así, vamos a atenernos a parte de la sentencia que condenó al expresidente Lula que, por obvio, es lo que más interesa al público en general.

Además, el referido magistrado, luego del tradicional informe, se vale de innumerables páginas de su sentencia para “defenderse” de los alegatos de ilegalidades y abusos procesales hechos por algunos de los demandados. En esta parte de la sentencia, que va hasta el ítem 152, el juez Sérgio Moro refuta alegatos relativos a las conducciones coercitivas, registros e incautaciones domiciliarias, intervenciones telefónicas, inclusive en teléfonos de abogados, publicidad de conversaciones particulares, etcétera.

Según entendemos, las justificaciones del magistrado no son convincentes y los excesos que habría hecho o determinado que fuesen concretados son todos de conocimiento público.

* Profesor asociado de Derecho Procesal Penal de la UERJ, maestro y docente libre de Derecho Procesal Penal (UERJ). Procurador de Justicia (pensionado) del Ministerio Público de E.RJ. Autor de varias obras de Derecho Procesal Penal.

Del ítem 153 al 169, el juez afirma la competencia de la Justicia Federal, a pesar de que los inculcados de los crímenes sean personas jurídicas de derecho privado, no encuadrándose en las hipótesis constitucionales de la competencia de la Justicia Federal (art. 109), bien como el magistrado afirma la competencia del juicio del que es titular, debido a la conexión alegada.

Con relación a las cuestiones de competencia, ya nos manifestamos en un texto publicado en nuestra columna del sitio *Empório do Direito*, en desacuerdo frontal con la interpretación de Sérgio Moro.

Vale la pena repetir, ninguna de las imputaciones hechas al expresidente se encuadra en las hipótesis del ya mencionado art. 109 de la Constitución Federal y, de cualquier forma, la alegada conexión, prevista en el Código de Proceso Penal, no podría ampliar la competencia prevista en nuestra Ley Mayor. Además, sin haber más posibilidad de unidad de proceso y juzgamiento, ya no se justificaría la modificación de la competencia jurisdiccional y de juicio.

En los ítems 170 a 227 se enfrentan cuestiones procesales, como la incompetencia de la denuncia y el impedimento de defensa de algunos de los demandados. También pasaremos de largo estas cuestiones, dado que ya publicamos un texto sosteniendo que la extensa denuncia del Ministerio Público Federal carecía de buena técnica y se parecía más a razones o alegatos finales, resultando difícil para el lector tener claridad acerca de cuáles imputaciones eran hechas efectivamente a los acusados.¹

Tampoco vamos a considerar aquí otras cuestiones preliminares como la sospecha del magistrado y el valor probatorio de las llamadas “delaciones premiadas”. Los hechos públicos ya demostraron que el magistrado no reúne las condiciones de imparcialidad para procesar al expresidente Lula, que lo está procesando criminalmente y se mostró varias veces contra él en el Consejo Nacional de Justicia, así como otras cuestiones de carácter político.

Conforme a lo que publicamos en el sitio referido, procuramos demostrar que el expresidente Lula está siendo víctima de un verdadero “lawfare”.

Pasamos entonces a la cuestión central, que radica en si el expresidente Lula ha cometido o no los crímenes que, de forma imprecisa, les son imputados en la compleja denuncia del Ministerio Público Federal.

Si se entiende bien la confusa acusación, se le imputa a Lula el crimen de corrupción pasiva y lavado de dinero. Corrupción pa-

1 Texto publicado en nuestra columna en el sitio *Empório do Direito* en <<http://emporiiodireito.com.br>>.

siva porque, en razón de tres contratos, en perjuicio de Petrobras, la constructora OAS habría sido beneficiada indebidamente, motivo por el que habría donado un departamento tríplex al expresidente, parcialmente reformado. Lavado de dinero porque el expresidente no realizó ninguna transacción legal habilitada para transferir el referido inmueble a su patrimonio (*sic*).

Vamos primero a la controversia relativa al departamento tríplex. Dice la acusación y lo reconoce la sentencia que el departamento es del expresidente Lula y de su fallecida esposa, Dona Marisa. Esto no está probado y nada en los autos autoriza a decir que Lula y su esposa tuvieron siquiera la posesión directa o indirecta del departamento tríplex. Propietario no es, ya que, en el derecho brasileño, solo es propietario quien tiene la escritura pública registrada junto a la matrícula del inmueble en el registro general de inmuebles.

A toda evidencia, visitas al inmueble, solicitudes de realización de obras en él, voluntad de adquirirlo, manifestada a través de *e-mails*, reserva del bien para futura adquisición, manifestación verbal del real propietario de destinar el inmueble a determinada persona, nada de esto transfiere una propiedad inmobiliaria.

Nótese, todavía, que el inmueble aún hoy consta en el RGI en nombre de OAS y esta empresa, como propietaria, habría dado el referido inmueble en garantía real de deudas que contrajo en el sistema financiero. Además de esto, si el inmueble fuese del matrimonio, estaría incluido en el inventario de Dona Marisa y particionado entre sus herederos, respetando lo convenido por el expresidente Lula.

La fragilidad de la acusación es tan grande que la sentencia, distanciándose del verbo (conducta) previsto en el tipo del artículo 317 del Código Penal, se vale de las expresiones más variadas, veamos:

1. “[...] CONCEDIÓ al expresidente Luis Inácio Lula da Silva el departamento 164-A, tríplex, del Condominio Jardim Solaris [...]” (ítem 299 de la sentencia);
2. “[...] fueron encontrados diversos documentos relativos a la ADQUISICIÓN del departamento por el expresidente” (ítem 238);
3. “[...] prueba de que este inmueble estaba RESERVADO puede ser encontrada en documentos de BANCOOP [...]” (ítem 369);
4. “[...] todavía, según la apreciación de la testigo Mariuza Aparecida da Silva Marques, Marisa Leticia Lula da Silva era TRATADA no como una adquirente potencial del inmueble, sino como una persona a la que él ya había sido DESTINADO [...]” (ítem 489);

5. “[...] siendo él un POTENCIAL COMPRADOR [...]” (ítem 492);
6. “[...] el departamento 164-A fue reformado y que el expresidente y Marisa Leticia Lula da Silva HABRÍAN VISITADO el inmueble [...]” (ítem 502);
7. En fin, varios testimonios declaran que juzgaban que el inmueble era propiedad del expresidente Lula, pero no dicen de qué forma él habría adquirido tal propiedad.

Finalizando nuestro análisis de esta parte de la sentencia relativa al departamento “tríplex”, caben los siguientes cuestionamientos:

1. 1) La supuesta adquisición del inmueble, que continúa registrado a nombre de OAS, caracterizaría UN CONCURSO FORMAL DE CRÍMENES, ya que tendríamos una sola conducta o acción con dos resultados penalmente típicos, lo que solamente se admite para argumentar.
2. 2) ¿Cómo caracterizar al lavado de dinero sin dinero? El demandado Lula no recibió “soborno” y con este compró el inmueble, colocándolo, ocultamente, en nombre de un tercero. En ese caso, el inmueble pertenece a OAS y continúa en nombre de OAS. Nótese que OAS tendrá hasta embargos de terceros, frente a la confiscación determinada por la sentencia.

Se trata de una imputación que daría envidia al gran Franz Kafka (1953), escritor del famoso libro *El proceso*; lavado de dinero porque el expresidente visitó un inmueble que podría ser adquirido por él posteriormente (*sic*).

Incluso aunque el expresidente se hubiera comprometido expresamente con la empresa OAS (lo que no está probado), él no llegó a “recibir” el inmueble, ni siquiera tomó posesión ni llegó a aceptar cualquier promesa indebida.

Verbalmente no se transfiere la propiedad inmobiliaria. Ni de intento se puede hablar, dado que ocurriría la llamada “renuncia voluntaria”, prevista en el Código Penal.

Por último, no hay ninguna prueba de que el expresidente Lula haya sido autor, coautor o partícipe de los contratos perjudiciales a Petrobras o de los ilícitos realizados en las concurrencias respectivas.

Nótese que, sin probarse un acto ilícito anterior, no tendríamos presente el necesario elemento normativo del tipo del art. 317 del Código Penal, es decir, la ventaja obtenida por el sujeto activo del crimen no sería “indebida”. Si la ventaja no fuere indebida, la conducta es absolutamente atípica.

Prosiguiendo: el hecho de que el presidente de la República haya recomendado el nombramiento de algún director o gerente de Petrobras no lo vuelve partícipe de los crímenes que estos, tal vez, hubieran cometido en detrimento de la empresa.

Ni siquiera el conocimiento de un crimen realizado o que fuera a realizarse implica participación, según nuestro Derecho Penal. Para la participación, en este caso, sería necesaria una conducta específica de apoyo o instigación.

En el proceso, por lo que se desprende de la lectura de la larga sentencia, no hay ninguna prueba de conducta del expresidente Lula que lo vuelva partícipe de la realización de los contratos ilícitos firmados por Petrobras y el Grupo OAS o cualquier otra sociedad empresaria.

Nótese que, de cualquier forma, no hay pruebas de ninguna conexión entre los contratos narrados en la denuncia y la alegada ventaja que habría sido otorgada a Lula.

En relación con la pena, no nos parece pertinente la aplicación del parágrafo único del art. 317 del CP, así como consideramos que la fijación de las penas base fue indebidamente elevada, teniendo en vista los criterios previstos en el art. 59 del Código Penal.

Se percibe, claramente, que el juez buscó agravar la sanción penal con la finalidad de imponer al acusado el régimen cerrado para el cumplimiento de la pena de reclusión.

SURREAL: Lula fue condenado por recibir lo que no recibió y por lavado de dinero que no le fue dado... Vale decir, ¡¡¡no incrementó su patrimonio ni siquiera un centavo!!! No recibió ningún beneficio patrimonial y por eso no tenía siquiera algo que "lavar"...

Se puede afirmar, sin miedo a equivocarse, que el expresidente Lula no está teniendo un proceso penal justo y fue condenado de forma absolutamente injusta. Ya lo habían señalado como criminal, ahora piensan que encontraron sus crímenes.

El tribunal de segundo grado debe absolver al mejor Presidente de la República de toda la historia de este país, pero la Historia no absolverá a sus acusadores...

BIBLIOGRAFÍA

Kafka, F. 1953 *El proceso* (Buenos Aires: Losada).

Afrânio Silva Jardim*

EL EXPRESIDENTE LULA ES CONDENADO POR UN ÓRGANO JURISDICCIONAL INCOMPETENTE

EQUÍVOCOS EN RELACIÓN A LA COMPETENCIA DEL JUEZ SÉRGIO MORO EN LA LLAMADA OPERACIÓN LAVA JATO

INICIALMENTE, CABE UNA ACLARACIÓN acerca del título de este breve estudio. No se trata de debatir la competencia jurisdiccional de un juez, de una persona física, sino de la competencia de la 13ª Sala Federal de Curitiba, considerando lo que se convino en llamar “Operación *Lava Jato*”.

La justificación para que todos estos procesos sean juzgados en este órgano jurisdiccional es el fenómeno procesal de la conexión entre infracciones penales. Entonces vamos a examinar la cuestión bajo el aspecto técnico, ya que enseñamos la materia durante alrededor de treinta y siete años... Intentaremos ser claros y didácticos, de modo que hasta un lego pueda entender.

Antes de ocuparnos de la alegada conexión, sin embargo, cabe aseverar que la justicia federal no tiene competencia para procesar y juzgar al expresidente Lula en el conocido caso del “departamento tríplex”, ya que no le fue imputado ningún crimen que habría sido cometido en detrimento de bienes o servicios de la Unión, sus autarquías o empresas públicas (Petrobras es una persona jurídica de Derecho Privado, sociedad empresaria de economía mixta).

Tampoco ninguna de las otras hipótesis, previstas en el art. 109 de la Constitución Federal, resulta pertinente al caso concreto. Dispone la citada Carta Magna, en su art. 5, inc. LIII, que “nadie será procesa-

do ni sentenciado sino por autoridad competente”. Se trata, pues, de nulidad absoluta.

Por esto, incluso habiendo conexión, esta no podría prorrogar la competencia de la justicia federal por dos motivos: 1) la Justicia Federal no tiene competencia que pueda “atraer” los demás crímenes eventualmente conectados; 2) vía conexión, no se puede ampliar una competencia que sería prevista en la Constitución, es decir, un artículo del Código de Proceso Penal no puede modificar, aún por la ampliación, la competencia prevista, de forma exhaustiva, en la Constitución de la República.

Sin embargo, atentos al principio de eventualidad, solo para argumentar, vamos a demostrar que, de cualquier forma, el juez Sérgio Moro no sería competente para procesar y juzgar al expresidente Lula en el caso del “tríplex”, incluso aunque nada de lo que se dijo anteriormente fuese procedente e incluso aunque existiera la conexión que el juez apunta en su sentencia, lo que negamos con vehemencia.

La conexión entre infracciones penales ocurre en las hipótesis expresamente previstas en el art. 76 del Código de Proceso Penal. La conexión puede ampliar la competencia de un determinado órgano jurisdiccional para que haya un solo proceso y para que ocurra un solo juzgamiento de dos o más crímenes conexos. Dispone el art. 79 de la mencionada normativa: “La conexión y la conexidad se considerarán unidad de proceso y juzgamiento, salvo [...]”.

Vamos a dar un ejemplo didáctico: alguien hurta un auto en la comarca “A” para robar un banco de la comarca “B”. Cada crimen, en principio, sería procesado y juzgado en su comarca. Sin embargo, para que exista unidad de proceso y juzgamiento, una de las dos comarcas va a tener su competencia prorrogada y va a procesar y juzgar los dos crímenes en conjunto (conexión teleológica). En el ejemplo presentado, el hurto del auto y el robo del banco serán objeto de proceso único de la competencia de la comarca “B”, por haber sido consumado allí el crimen más grave (art. 78, inc. II, letra “a”).

Así, lo que el legislador desea –y no siempre será posible– es que las infracciones penales (crímenes y contravenciones) sean juzgadas en conjunto, cuando fuesen conexas, evitándose juzgamientos contradictorios y también por economía procesal. Si tales infracciones fueran de competencia de tribunales o juicios diferentes, la unificación en un solo proceso llevará a la prorrogación de la competencia de uno y la sustracción de la competencia del otro. Se desea el juzgamiento en conjunto, en un solo proceso, vale la repetición.

En el caso del “*Lava Jato*”, la única conexión posible entre las infracciones, considerando los numerosos procesos, sería la llamada conexión instrumental o probatoria, regulada en inc. III del art. 76 del Código de Proceso Penal, que tiene la siguiente redacción: “cuan-

do la prueba de una infracción o de cualquiera de sus circunstancias elementales influye en la prueba de otra infracción”. No se trata aquí de prueba común a los dos crímenes, sino de una cuestión perjudicial homogénea. Por ejemplo: el hurto es conexo al recibimiento pues, si no hubiera habido hurto, jurídicamente no podrá haber recibimiento (adquirir una cosa de origen ilícito).

De esta forma, no concordamos con la interpretación elástica que la jurisprudencia minoritaria otorga a la conexión instrumental, posibilitando la ampliación de la competencia de la 13ª Sala Federal de Curitiba.

Incluso así, muchas infracciones allí procesadas y juzgadas no tienen prueba común. Apenas algunas tienen origen, muchas veces remoto, en los crímenes perpetrados contra Petrobras S.A., persona jurídica de derecho privado (fuera de la competencia de la Justicia Federal). Parece que es invocando un primer crimen de la competencia de la justicia federal, ya procesado y juzgado hace mucho. Sin embargo, esta no es nuestra cuestión central. Proseguimos.

Partiendo de lo que dispone el legislador, conforme lo mencionado, enfrentamos otra cuestión, lógica y de fácil razonamiento.

Habiendo conexión, los crímenes deben ser objeto de un solo proceso para que haya un solo juzgamiento, es decir, todos sean juzgados a través de la misma sentencia.

No obstante, si los crímenes ya fueron procesados en autos separados y ya hubo un juzgamiento de mérito, no hay por qué modificar las competencias de tribunal, de juicio o de justicia. Vale decir, ya no habrá más posibilidad de juzgamiento conjunto de los crímenes conexos. El Código de Proceso Penal trata de la cuestión, de acuerdo con la norma que transcribimos debajo:

Si, no obstante la conexión o conexidad, fueran instaurados procesos diferentes, la autoridad prevalente deberá invocarlos procesos que corran delante de otros jueces, *salvo si ya tuviesen sentencia definitiva*. En este caso, la unidad de los procesos solo se dará, ulteriormente, para el efecto de suma o de unificación de las penas (art. 82, énfasis nuestro).

La sentencia definitiva aquí es sentencia de mérito pues, luego de ella, habiendo recurso, el proceso se eleva al Tribunal, inviabilizando un nuevo juzgamiento conjunto con el eventual crimen conexo. No habiendo recurso, el primer crimen estará juzgado, no pudiendo ser juzgado nuevamente con el eventual crimen conexo. Es todo muy lógico.

De esta manera, un crimen consumado en San Pablo, en Brasilia o en Río de Janeiro, aunque tenga alguna relación con la corrupción en el ámbito de Petrobras S.A., no tiene por qué ser procesado y juzgado por el juez Dr. Sérgio Moro, en nuevo proceso. Este crimen, aun-

que fuera conexo con el primero, lo que determinó la competencia de este magistrado, ya no podrá ser procesado y juzgado en conjunto al originario. Vale decir, no cabe ampliar la competencia de la 13ª Sala Federal de Curitiba para procesar y juzgar crímenes consumados fuera de su sección judicial.

Tal ampliación de competencia no se justifica, en la medida en que no es más posible la unidad del proceso y de juzgamiento conjunto. Es hasta intuitivo.

Por último, no vengan a hablarme de prevención. Tal criterio de fijación (no modificación) de competencia solamente tiene pertinencia cuando las diversas infracciones conexas (todas ellas) ya fueron de la competencia del juicio, tribunal o justicia. Esto está expresado en el artículo 83 de la normativa procesal penal, no siendo la hipótesis del “*Lava Jato*”, en la mayoría de los casos.

Vale la pena transcribir el texto legal del art. 83 (énfasis nuestro):

Se verificará la competencia por prevención toda vez que, concurriendo dos o más jueces *igualmente competentes o con jurisdicción acumulativa*, uno de ellos hubiera antecedido a los otros en la práctica de algún acto del proceso o medida a este relativa, incluso siendo anterior al ofrecimiento de la denuncia o queja.

En el STF, habiendo conexión o conexidad entre las infracciones penales, como todos los ministros son igualmente competentes, la unificación de todos los procesos es legítima, teniendo en vista la previa distribución al Relator, o acto anterior que lo torne competente.

Nótese que, si un juez incompetente, según los criterios legales mencionados, decreta una prisión temporal o preventiva, ella no se torna por eso competente por prevención. En verdad, él sí sería incompetente para decretar tal prisión cautelar.

En resumen: si no es más posible el juzgamiento conjunto del crimen originario de la competencia del juez Sérgio Moro (pues ya fue juzgado separadamente) con los posteriores crímenes, aunque fuesen conexos, no hay más motivo para ampliar su competencia, en violación al principio constitucional del “juez natural”, pues nuestra Carta Magna dispone expresamente que “Nadie será procesado ni sentenciado sino por la autoridad competente”, (art. 5, inc. LIV, Constitución Federal), conforme ya habíamos mencionado antes. Se trata de una garantía individual y fundamental y de nulidad absoluta.

Agostinho Ramalho Marques Neto*

CUANDO EL INCONSCIENTE DEL JUEZ SE REVELA EN LA SENTENCIA

LA CONDENA DEL EXPRESIDENTE Luiz Inácio Lula da Silva por el juez Sérgio Moro, de la 13ª Sala Federal de Curitiba, no fue sorpresa, ni para los que la ansiaban ni para los que la temían o se oponían a ella. Fue el desenlace esperado e incluso anunciado de aquello que se tramaba desde hacía mucho tiempo. Los actos y declaraciones de los componentes de la denominada Operación *Lava Jato* –desde delegados de la Policía Federal, pasando por miembros del Ministerio Público Federal y llegando al juez mencionado, sin duda integrante y bajo muchos aspectos incluso el “jefe” de la referida operación, por más incompatible que esto pueda ser con la postura que se espera de un juez– apuntaban siempre en el sentido de una “convicción” de culpa que solo vislumbraba como “pruebas” aquello que la reforzase, o que evidenciaba que el proceso no pasaba de una escenificación para que la sentencia condenatoria preconcebida fuese dictada.

No es mi objetivo en este pequeño texto poner énfasis en el análisis sobre el mérito en sí de la condena, sea en lo que se refiere a su materialidad, sea en lo concerniente a la (in)observancia de las

* Psicoanalista. Profesor universitario en las áreas de Filosofía del Derecho y Filosofía Política. Miembro fundador del Núcleo de Derecho y Psicoanálisis del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Paraná.

formas, los límites y las garantías procesales. No puedo dejar de registrar, sin embargo, mi indignado razonamiento de que Lula fue condenado con base en meros indicios y presunciones, que fueron tomados como pruebas suficientes en el juzgamiento. Esto quedó claro desde el inicio y alcanzó su ápice como espectáculo en aquella patética escena en que, empleando el recurso de un *Power Point* durante la entrevista colectiva realizada en vivo en la red nacional de televisión en septiembre de 2016, procuradores federales, con Deltan Dallagnol al frente, presentaron a la población, de modo pretendidamente “didáctico”, la tesis acusatoria de que el Estado brasileño estaría tomado por una vasta y sofisticada organización criminal, cuyo líder supremo sería el expresidente Lula. Una vez establecido anticipadamente tal veredicto, restaba encontrar –y, si nada fuese efectivamente encontrado, restaba inventar– las pruebas que fundamentarían la sentencia condenatoria.

El famoso tríplex en Guarujá fue artificialmente constituido como prueba, a falta de una cosa mejor para la acusación, con la que el comportamiento del juez muchas veces se entremezclaba. Esta confusión del lugar del juez con el del acusador, esta alternancia, en la misma persona, del trabajo de producir pruebas contra el acusado y juzgarlo con base en esas mismas pruebas, llevó al juez a tomar indicios, deducciones y suposiciones como pruebas suficientes, en la medida en que le parecían ordenadas conforme un relato “verosímil” que sin embargo fue luego tomada como “verdadera” y que sedimentó la convicción de la culpa del acusado, presente desde antes incluso del inicio del proceso y ahora tornada inquebrantable. La certeza inquebrantable que entonces se instaura y determina la secuencia de los actos procesales que culminarán en la condena contiene trazos paranoicos, conforme ya examiné en otro lugar (Marques Neto, 2016: 21-25).

Otro punto que no puedo dejar de registrar es la inusitada y sospechosísima “coincidencia” de haber sido la sentencia condenatoria de Lula proferida precisamente el día siguiente al que el Senado Federal aprobó la abominable “reforma” laboral que en la práctica abolió los derechos de los trabajadores. Es preciso ser muy ingenuo para creer que tal “coincidencia” haya sido fortuita. La condena de Lula, ícono de los trabajadores y candidato más valioso para vencer en las elecciones presidenciales de 2018, oscurece, desvía hacia Lula el foco de los reflectores de las “reformas” laborales y cierra de golpe las acusaciones de delitos contra el ilegítimo presidente Michel Temer, y con esto refuerza el desmonte de la legislación del trabajo, al mismo tiempo que tiene por objetivo alejar de la disputa al único candidato con condiciones de, una vez en ejercicio del cargo, empeñarse con alguna chance de éxito en el sentido de revertir el inmenso retroceso impues-

to en el campo de las relaciones de trabajo y de los programas sociales en general. Si preguntamos a quién beneficia todo esto, veremos sin dificultad que el gran favorecido es el capital, sobre todo el rentista y financiero, dentro de las condiciones impuestas por el modelo neoliberal dominante a nivel internacional. Es él quien estuvo más decisivamente detrás del golpe de 2016 que depuso a Dilma Rousseff de la presidencia de la República precisamente para implantar autoritariamente las tales “reformas”, que jamás obtendrían el aval del voto popular. Es perfectamente coherente con este objetivo que, al mismo tiempo en que el juez Moro condenaba a Lula, era negado el seguimiento a procesos por inmoralidad dirigidos contra políticos comprometidos con las “reformas”, como la comisión de ética del Senado hizo en relación a Aécio Neves y la Cámara de Diputados en relación a Michel Temer. Estos, a propósito, son perfectamente descartables en la óptica de las elites dominantes, para quienes lo que de hecho interesa es la aprobación de las reformas que les garantizan la explotación sin restricciones de los trabajadores y el aumento desmedido de su enriquecimiento, sin importarles qué costo social pudiera acarrear. Lo que todo esto evidencia es que, por detrás de la condena de Lula, hay un objetivo inconfesado que es el verdadero objetivo de las elites económicamente dominantes: inviabilizar, desde el comienzo, la candidatura de Lula a la presidencia de la República en 2018.

Pero estas y otras consideraciones de fondo jurídico y político no son el principal objeto de interés en este trabajo. Estas fueron y siguen siendo materia de análisis y artículos muy bien fundamentados de autoría de juristas, penalistas, procesalistas y constitucionalistas renombrados, que las examinaron exhaustivamente bajo las más diversas perspectivas. Varios de estos autores tienen trabajos publicados en el presente libro.

El objetivo primordial de este trabajo es seleccionar y poner en evidencia algunos pasajes de la sentencia condenatoria en que el juez Sérgio Moro, creyendo que hablaba de Lula, o del proceso, o de sus pruebas por deducción, o que se quejaba de los abogados de defensa, o de la prensa, o que rebatía críticas dirigidas a él (todo esto compone el “contenido manifiesto” de la sentencia), hablaba también y sobre todo de sí mismo, de su posición subjetiva, de su visión de mundo, del código moral implícito en sus actos y declaraciones, de su concepción de derechos y garantías procesales y constitucionales y, por encima de todo, de lo que significa para él *hacer justicia*, y cuál es el papel del juez (o sea, de él mismo, Moro) en la persecución de este objetivo. Mi enfoque predominante será, por lo tanto, de fondo psicoanalítico, aunque no me sea posible dejar de abordar también, aquí y allá, aspectos jurídicos y políticos del caso.

Él hablaba de estas cosas sin saber, tal vez, que estaba hablando mucho más de lo que suponía. Es ahí que se sitúa el “contenido latente” de sus dichos. Así como ocurre con los sueños, todo dicho, todo discurso (y la sentencia judicial es una forma de discurso) presenta contenidos manifiestos y latentes. Estos últimos muchas veces corresponden a representaciones y deseos reprimidos e inconscientes, que no cesan de buscar expresión y satisfacción. Y se materializan como accidentes del habla, como *lapsus*, actos fallidos, actos sintomáticos, discontinuidades, titubeos, asociaciones superficiales y hasta “forzadas”. Estos accidentes, denominados por Lacan como formaciones del inconsciente, son las formas por las cuales el inconsciente se manifiesta, los deseos reprimidos afloran, haciendo emerger la verdad del sujeto, oculta tanto para los otros como para él mismo. Es en este contexto que los psicoanalistas afirman que los actos fallidos tienen función de verdad, evocando la enseñanza de Lacan según la cual la verdad, en Psicoanálisis, es la presencia del inconsciente en el habla. Jugando un poco con las palabras, puedo decir que es en la falla del habla donde el inconsciente se revela, que el sujeto es “descubierto” y se traiciona. Es ahí, también, donde los determinantes de los síntomas se manifiestan. En este sentido, las sentencias de los jueces constituyen, no en pocas veces, alusiones y referencias a los síntomas de esos jueces. Si desviamos un poco la mirada del contenido manifiesto de la sentencia, esto es, de su dimensión de *enunciado*, y nos posamos en la dimensión de la *enunciación*, o sea, el lugar simbólico a partir del cual el enunciado es emitido, podemos aprender mucho de la posición subjetiva en que se coloca el juez (aunque inconscientemente, y en este caso la cosa tiene todavía más fuerza) al dictar la sentencia. La cuestión a considerar es la siguiente: *¿qué posición de sujeto torna posible este discurso?*

Se trata, fundamentalmente, de una posición de arrogancia, propia de un sujeto que, encarnando visceralmente la función de “justiciero”, identificándose enteramente con ella, se siente autorizado a interponer su convicción –y a condenar con base en esta autorización–, sin dudar, cuando le parece necesario para la consecución de tal propósito, en pisotear los principios y garantías constitucionales y procesales, como, por ejemplo, el principio de presunción de inocencia, la observancia del debido proceso legal, el derecho a la amplia defensa y a la contradicción, que son verdaderas “cláusulas pétreas” de la ciudadanía en una sociedad democrática. En síntesis, cuando la ley le parece un obstáculo a la aplicación de aquello de cuya justicia tiene certeza, él simplemente “crea” una ley específica para aquel caso y aplica *su* justicia. Llegó incluso a crear la figura de una “propiedad de hecho”, inexistente en la legislación, pero que él vio materializada

en la circunstancia, decisiva para él, de que el departamento de Guarujá estaba “reservado desde el inicio” para Lula y su familia y que por esta razón había sido reformado por la constructora OAS, y utilizó esta creación como uno de los principales fundamentos “fácticos” de la condena. Siempre en nombre del Bien, está claro... y lo hizo respaldado en la propaganda de los grandes medios y en el macizo apoyo consecuente que él cultiva en la opinión pública, que lo mira como un héroe nacional, y también amparado en la complicidad de instancias superiores del poder Judicial, comenzando por el Supremo Tribunal Federal, que ha validado varios de sus abusos, dando la impresión, no en pocas ocasiones, de hacerlo por falta de coraje y de firmeza para asumir posiciones mayoritarias. Este apoyo al avance de juicios penales de excepción encontró uno de sus ejemplos más escandalosos cuando el Tribunal Regional Federal de la 4ª Región validó, el 22 de septiembre de 2016, con apenas un voto en contra, medidas abusivas y excepcionales tomadas por el juez Sérgio Moro, entre las que estaban la filtración ilegal para la prensa de la conversación telefónica entre la entonces presidenta Dilma y el expresidente Lula, además de la intervención de los teléfonos de los bufetes de abogados y de la admisión como pruebas de elementos obtenidos ilegalmente. En un texto publicado no mucho después de tan extravagante y peligrosa decisión del TRF de la 4ª Región, afirmé que

[...] para tal decisión, el Tribunal se basó en la premisa de que la operación *Lava Jato* no precisa seguir las reglas de los procesos comunes, y empleó, como fundamentos de tan insólito razonamiento, argumentos que no encuentran cobijo en el orden jurídico vigente, ni tampoco sustento ético consistente, como los de que vivimos una “situación inédita” que exige “soluciones inéditas”, lo que volvería admisibles “métodos especiales de investigación” y “remedios excepcionales”.¹

Se trata, evidentemente, de la convalidación de la posición perversa de un juez que confunde el acto de juzgar con el de legislar y no se avergüenza por juzgar en base a pruebas que él mismo produce o ayuda a producir. Y como ocurre en toda posición perversa, hay una imposición arbitraria de límites para los demás y al mismo tiempo una supresión de todos los límites para sus propios actos. Esto se manifiesta en el ítem 961 de la sentencia, cuando el juez afirma que prevalece, al fin, el dictum “No importa cuán alto estés, la ley siempre estará por encima de ti” (una adaptación libre de *‘be you never so high the law is above you’*). Moro parece no desconfiar de que, en este pasaje, él deja

1 Ver <<http://emporiododireito.com.br/limites-a-atuacao-do-juiz>>.

escapar, implícitamente, que “tú” es siempre el otro, el acusado, el imputado, no el juez, quien no se considera debajo de la ley por la simple razón de identificarse con ella.

En varios fragmentos de su sentencia, el juez Moro se vale de un discurso denegatorio que tiene valor de acto fallido. Freud introdujo el concepto de “denegación” (*Verneinung*) para designar las situaciones en que el sujeto intenta apartar una representación que le ocurre de repente, enunciándola bajo forma negativa, una manera de “repudio, por proyección, de una idea que acaba de ocurrir” (Freud, 1976: 295; Vol. XIX), un mecanismo de defensa que consiste en proyectar para el exterior del sujeto un contenido que le es interior. Freud dice que la denegación es una *Aufhebung* del refuerzo, que al mismo tiempo hace emerger el contenido reforzado y mantiene lo esencial del refuerzo. Uno de los ejemplos que da, y que se volvió famoso, es el de cuando un sujeto dice en análisis: “Usted pregunta quién puede ser la persona en el sueño. No es mi madre”. Freud indica que la regla técnica a realizar en tal caso es la de suprimir simplemente la negativa y quedarse simplemente con el resto de la declaración: “Entonces, es su madre” (Freud, 1976: 295; Vol. XIX).

Como el espacio que me queda para concluir es extremadamente exiguo, me limito a apuntar dos pasajes de la sentencia en que Moro, rebatiendo asociaciones que a él mismo le iban ocurriendo, utiliza un discurso visiblemente denegatorio que, en la tentativa de encubrir, acaba por abrir de par en par pensamientos y sentimientos inconscientes que revelan el “contenido latente” que sobredetermina la sentencia condenatoria.

Una entre las innumerables situaciones de este estilo ocurre cuando, en el ítem 961 de su sentencia, después de haber dedicado en el inicio largas páginas para defenderse de acusaciones de abusos y falta de imparcialidad y para intentar demostrar que no es sospechoso juzgar a Lula, Moro afirma que “Por último, regístrese que la presente condena no trae a este juzgador ninguna satisfacción personal, por el contrario”. No obstante, el hecho inusitado de que un juez sienta la necesidad de hablar de sus propios sentimientos, declarando, en la sentencia, que la decisión no le trae satisfacción personal, es un indicativo elocuente de que él primero (consciente o inconscientemente, poco importa en este contexto) admitió experimentar, sí, esta satisfacción, para en seguida negarla sin observar o importándole poco el hecho de que existe una afirmación anterior, implícita en la negación. La adición “por el contrario” es el indicador de la denegación, “un certificado de origen, como si fuera un *made in Germany*”, como dice Freud (1976: 297; Vol. XIX). Basta, en el caso, seguir la regla técnica que Freud indica y eliminar la partícula negativa, para que la satis-

facción denegada se revele como la causa oculta y determinante del resultado de la sentencia. Esta denegación es fuerte candidata a venir a componer una futura antología de actos fallidos reveladores de las verdaderas motivaciones de las sentencias judiciales...

Otra revelación de “contenido latente” de la sentencia ocurre cuando el juez, para fundamentar la sentencia condenatoria, se basa, no en actos ilícitos comprobadamente practicados por el acusado, como manda la ley, sino en valoraciones de su conducta y postura durante el desarrollo del proceso y en declaraciones públicas hechas por él. Con esto, el juez se aproxima temerariamente a un derecho penal de autor, en que el sujeto no es juzgado por lo que hace, sino por lo que es, o por lo que parece ser a los ojos de quien juzga. En el ítem 958 de la sentencia, por ejemplo, Moro afirma que, en su defensa, Lula, orientado por sus abogados, ha adoptado “tácticas bastante cuestionables, como de intimidación a quien juzga, con la proposición de una denuncia infundada, y de intimidación a otros agentes de la ley, al Procurador de la República y al Delegado con la proposición de acciones de indemnización por crímenes contra la honra. [...] Ha incluso proferido declaraciones públicas como mínimo inadecuadas sobre el proceso, por ejemplo sugiriendo que si asume en el poder apresará a los Procuradores de la República o a los Delegados de la Policía Federal. [...] Estas conductas son inapropiadas y revelan intentos de intimidación a la justicia, de los agentes de la ley y hasta de la prensa para que no cumplan con su deber”. Moro ve ahí “actos de hostilidad” contra los agentes de la Justicia. Aunque sean verdaderos los contenidos de tal afirmación, las declaraciones de Lula no son, por sí solas, delitos previa y expresamente tipificados en el ordenamiento penal, no pudiendo constituir, por esto mismo, base para una condena. Además de eso, proponer acciones en juicio es derecho inalienable del ciudadano, no pudiendo generar consecuencias penales a no ser en los casos de litigios de mala fe y otros expresamente determinados por ley. Dándose o no cuenta de esto, Moro se distanció del lugar de juez (en tanto lugar de imparcialidad) hacia el lugar de un adversario u oponente del imputado. Había un fondo de verdad en aquellas revistas de circulación nacional que estamparon en sus portadas, en la misma semana, a Moro y a Lula como boxeadores o gladiadores en plena lucha... El juez llega incluso a reprobar, en la sentencia (ítem 795), el hecho de que Lula, siendo presidente, no promovió enmienda en el sentido de desconsiderar la exigencia constitucional de tránsito en juzgado de la sentencia condenatoria para el inicio del cumplimiento de la pena, bien como de no haber intentado revertir la jurisprudencia entonces dominante en el STF sobre la materia. Estas consideraciones evidencian que la sentencia condenatoria y la fijación de la

pena (suficientemente alta para garantizar el inicio del cumplimiento en régimen cerrado) obedecieron a criterios subjetivos del juez, lo que configura un flagrante error técnico.

BIBLIOGRAFÍA

Freud, S. 1976 (1925) "A Negativa" en Freud, S. *Obras Psicológicas Completas. Edición estándar brasileña Vol. XIX* (Río de Janeiro: Imago) Trad. J. O. de Aguiar Abreu. Dirección J. Salomão.

Marques Neto, A. R. 2016 "O Juiz como Protagonista do Espetáculo: a Paranoia como Metáfora para Pensar essa Posição" en Proner, C. *et al. (orgs.) A Resistência ao Golpe de 2016* (Bauru: Canal 6).

Alberto Sampaio Júnior*

EL MITO SUPERMORO Y EL EFECTO KRYPTONITA DE LA CONSTITUCIÓN

“Por esencia todo superhéroe actúa al contrario de la ley”

Leonardo Costa de Paula

“NO IMPORTA CUÁN ALTO ESTÉS, la ley siempre estará por encima de ti”. Y fue así, citando la elocuente frase del historiador británico Thomas Fuller (1608-1661), que el juez Sérgio Moro, bajo los reflectores de un mediático discurso de combate a la corrupción a cualquier costo y, paradójicamente, de subordinación a la ley, concluyó su pretendido ascenso al puesto de héroe nacional, condenando, entre otros acusados, al expresidente Lula a nueve años y medio de prisión. Inmediatamente se crearon, con clamor popular, altos índices de audiencia, biografías, muñecos gigantes de Olinda, documentales, coreografías y algunas tapas de revistas, el “*supermoro*”, acogido por los “*caceroleros*”¹ como el nuevo salvador de la patria, al lado de Bolsonaro, Malafaia, Alexandre Frota, “pato amarillo de la FIESP”, Kim Kataguirí, “japonés de la federal”, entre otros personajes.

Observando los abusos cometidos durante el desarrollo de la denominada “Operación Lava Jato” y, lamentablemente, reflejadas en la

* Abogado

1 Con este nombre se denominó a los manifestantes opuestos al Gobierno de la expresidente Dilma Rousseff, que, en forma de protesta, golpeaban cacerolas desde lo alto de ventanas y balcones.

conducción de las respectivas acciones criminales, se cuestiona: ¿es posible, bajo el auspicio de un Estado Democrático de Derecho, alimentar la (falaz) idea de juez-héroe? Ampliando la metáfora: ¿Cuáles serían los límites a los superpoderes del “*supermoro*”, o, mejor, del Clark Kent² de la “República de Curitiba”?³

Las respuestas para tales preguntas se revelan tan complejas como los fenómenos sociales subyacentes, lo que exigiría análisis dignos de disertaciones, intención contraria de esta breve reflexión. Sin embargo, a fin de comprender el asunto propuesto, es necesario que el desarrollo de este brevísimo texto trascienda el análisis estricto de la sentencia condenatoria.

[...] MIEDO Y POPULISMO PUNITIVO: Y AHORA, ¿QUIÉN NOS PODRÁ DEFENDER?

Pese a que la esquizofrénica relación entre los aquí denominados jueces superhéroes y la Constitución representa un prejuicio evidente a los derechos y garantías fundamentales, las manifestaciones a favor de Sérgio Moro crecen a cada día entre una población que reconoce la expansión del Derecho Penal (léase: recrudescimiento de penas y creación de nuevos tipos penales) como única e inmediata herramienta de combate a enemigos forjados por el miedo que se extendió entre los ciudadanos. En este contexto, miedo y necesidad de seguridad forjan, en lo psicológico de las personas, un deseo común. Amedrentado, el individuo se diluye entre la masa que, a su vez, influenciable y acrítica, forma, en palabras de Freud, “un rebaño dócil, que no puede vivir sin un señor; ella (la masa) tiene tanta sed de obediencia, que instintivamente se somete a cualquiera que se presente como su señor” (Freud, 2011: 30).

Una vez conquistada la confianza del “rebaño”, los señores, a fin de establecerse como héroes de aquellos que reclaman seguridad, difunden los discursos retóricos de ley y orden, creando un terreno fértil a la propagación de aquello que Vera Malaguti Batista denomina como *populismo criminológico*. Aduce Malaguti Batista (2011: 101): “perdimos la rabia crítica que teníamos contra el autoritarismo en la salida de la dictadura militar y hoy aplaudimos la tortura y el exterminio de los enemigos de turno. Lo importante es traducir toda la conflictividad social en castigo”.

2 Personaje que representaba la identidad secreta de *Superman*.

3 Término utilizado por Lula y que se popularizó entre sus opositores, como algo a enorgullecerse. “En Curitiba, la expresión está en las protestas contra el gobierno y en manifestaciones a favor de Moro. Diputados defensores del impeachment dedicaron sus votos a la ‘República de Curitiba’”. Fuente: <<https://www.nexojournal.com.br>>.

Hipnotizado por el sonido de los chillidos, el “rebaño” camina en dirección al matadero –la reducción de los derechos laborales es un excelente ejemplo. La esperanza de seguridad pasa a ser depositada sobre aquellos que mejor utilizan la técnica *völkisch*, que “consiste en alimentar y reforzar los peores preconceptos para estimular públicamente la identificación del enemigo de ocasión” (Zaffaroni, 2011: 57).

De esta forma, el resultado de la ecuación, formulada por la sumatoria entre miedo, deseo de seguridad, inclinación a la influencia, propagación de discursos de odio, identificación de enemigos y aclamación de héroes, no podría ser diferente: violaciones a los derechos y garantías fundamentales y los más variados tipos de abuso de poder (*lato sensu*).

[...] ENTRE MITOS Y HÉROES, EL “SUPERMAGISTRADO”

Cualquier disertación al respecto del tema “héroes” se revela una tarea extremadamente difícil, teniendo en vista su estrecho entrelazamiento a una vasta gama de ritos y creencias religiosas, en las más variadas culturas, habitando el imaginario humano desde hace milenios. Además, innumerables estructuras mitológicas son protagonizadas por héroes, tales como *Hagbard*, en la mitología nórdica, y *Osotokansoso*, en la mitología Ioruba.

Joseph Campbell, uno de los mayores estudiosos de la mitología universal, en la obra *El héroe de las mil caras* (Campbell, 2014), busca desvelar las verdades que se presentan por medio de figuras religiosas y mitológicas, permitiendo la identificación y las semejanzas entre mitos y héroes, tanto en las culturas occidentales como en las orientales. En un solo tupiniquim, de acuerdo a las lecciones de Khaled Jr., la construcción de una *mitología nacional atribuyó identidad al país*, donde la proximidad entre héroes y santos *residía en el hecho de que ambos asumiesen el papel del paradigma* (Khaled Jr., 2014: 25). Rubens Casara, a su vez, al desarrollar su tesis respecto de la “Mitología Procesal Penal”, comprende el mito también como fenómeno social, concluyendo que “en el mito penal, se hace presente el dualismo entre el poder penal y el estado de libertad en conflicto inmanente que envuelve toda la dogmática del derecho y del derecho procesal penal” (Casara, 2015: 86).

Bajo el prisma de la *Jusfilosofía*, en lo que toca a la construcción de modelos de juez, Ronald Dworkin, idealizando al mítico Juez-Hércules, en síntesis, buscó rechazar la discrecionalidad judicial, proponiendo un método de interpretación basado en la esquematización de principios que justificarían disposiciones legislativas y constitucionales, contraponiéndose al modelo de juez positivista. Atento al tema, Lenio Streck aduce que el *Hércules dworkiano*, en cuanto a su instala-

ción de la teoría del derecho, sirvió para demostrar que “la discrecionalidad judicial es antidemocrática y que, al rechazar cualquier posición personal del juez y poner énfasis en su responsabilidad política, superó el esquema sujeto-objeto” (Streck, 2014: 394).

El tema es amplio.

Los “supermagistrados”, inmersos en narrativas míticas (“el aumento de pena reduce los índices de criminalidad”, por ejemplo), provocan la comprensión de aquello que se proponen hacer comprender —*es preciso castigar, cueste lo que cueste*, concluirán los aclamados héroes.

**[...] DE LAS HISTORIETAS AL REALISMO JURÍDICO:
¿QUIÉN NOS DEFENDERÁ DE LA BONDAD DE LOS HÉROES?**

Entre la difusión de las historietas y, respectivamente, el suceso de filmes y series vinculadas al género, la fascinación por los personajes superhéroes pasó a alimentar la imaginación de niños, adolescentes y, evidentemente, también de jueces, inspirando generaciones enteras como nunca antes.

A pesar de que existe una gran variedad de superhéroes, la trama de las historietas se desarrolla casi siempre bajo características muy comunes: el héroe, carismático y dotado de superpoderes, está al servicio del bien, combatiendo el mal, luchando contra villanos, criminales, etc. De la ficción de las historietas a la vida real, muchos jueces, como por ejemplo Sérgio Moro, se comportan como si tuvieran la identidad de los personajes de fantasía, creando una categoría de “héroes de la vida real”.

La concepción de superpoderes aquí desarrollada brevemente no se confunde con los poderes constitucionalmente conferidos a los jueces de derecho. Es verdad que, en el fondo, aquellos surgen de la expansión de los poderes contemplados en la ley. En este sentido, los poderes de los intitulados “supermagistrados”, por ejemplo el juez Sérgio Moro, se confunden con el propio derecho. Bajo la óptica del realismo jurídico, no se trata de una mera confusión conceptual entre decisión judicial y derecho, en tanto las “normas jurídicas son, pues, aquellas que los jueces aplican en el ejercicio de sus funciones, o sea, es derecho verdadero solamente aquél que es aplicado por los jueces; las normas que proceden del legislador, pero que llegan al juez, no son derecho” (Bobbio, 2006: 143-144).

A primera vista, podríamos tener dificultades en identificar la manifestación del realismo jurídico en la conducción del proceso criminal que motivó la condena del expresidente Lula. Sin embargo, atribuir la propiedad del famoso tríplex al acusado, contrariando la exigencia de anotación en registro de inmuebles, por sí solo, demues-

tra que la eficacia de los superpoderes del “*supermoro*” trasciende el derecho positivo, creando nuevas reglas.

Por lo tanto, en este escenario en que los superpoderes de los “supermagistrados” dictan las reglas del juego, dejando el derecho a merced de las buenas intenciones de los jueces-héroes, nos queda apenas la indagación propuesta por Agostinho Ramalho Marques Neto: ¿quién nos defenderá de la bondad de los buenos?

[...] CONTENIENDO LA EXPANSIÓN DEL PODER PUNITIVO: EL EFECTO KRYPTONITA DE LA CONSTITUCIÓN

De acuerdo a la ficción, los poderes del personaje Superman sucumben a la kryptonita.⁴ En la vida real, en analogía al mineral de las historietas, cabe a la Constitución interponer límites a los poderes de los “supermagistrados” –este es el “efecto kryptonita de la Constitución”: limitar el poder.

La hipótesis de superhéroes aquí desarrollada es incompatible con las aspiraciones de un Estado Democrático de Derecho, teniendo en vista que los superpoderes no están condicionados a limitaciones. Oportunamente, es preciso aclarar que creemos, sí, en héroes, como ejemplo en aquellos que, en un acto de valentía, se arriesgan en beneficio de vida ajena. Nuestras críticas no se dirigen a esos héroes, tampoco a los de las mitologías. Nuestra crítica se dirige a los jueces que creen estar al servicio de la seguridad pública, *v.g.*, decretando prisiones preventivas sin fundamentos idóneos, colocándose, irónicamente, al margen de la ley.

En el caso de la condena del expresidente Lula, la metáfora del “*supermoro*” se muestra pertinente, una vez que, bajo un pretendido discurso de combate a la corrupción y aplausos de “rebaño”, sus decisiones, en especial la sentencia condenatoria, revelan, de manera objetiva, una falta total de respeto a la Constitución.

Finalmente, parafraseando a Thomas Fuller, concluimos: no importa cuán superpoderoso creas ser, la Constitución todavía es tu límite, Moro.

REFERENCIAS

- Bobbio, N. 2006 *O positivismo jurídico; lições de filosofia do direito* (San Pablo: Ícone).
- Campbell, J. 2014 *El héroe de las mil caras* (México: Fondo de Cultura Económica).
- Casara, R. R. R. 2015 *Mitologia Processual Penal* (San Pablo: Saraiva).

4 En las historietas, la kryptonita es una especie de mineral que debilita los superpoderes del personaje Superman.

Freud, S. 2011 *Psicología das massas e análise do eu e outros textos (1920-1923)* (San Pablo: Companhia das Letras) Trad. P. C. de Souza.

Khaled Jr., S. H. 2014 *Ordem e progresso: a invenção do Brasil e gênese do autoritarismo nosso de cada dia* (Río de Janeiro: Lumen Juris).

Malaguti Batista, V. 2011 *Introdução crítica à criminologia brasileira* (Río de Janeiro: Revan).

Streck, L. 2014 *Verdade e consenso: constituição, hermenéutica e teoria discursivas* (San Pablo: Saraiva) 5° edición.

Zaffaroni, R. E. 2011 *O inimigo no Direito Penal* (Río de Janeiro: Revan).

Alexandre Araújo Costa*

ENTRE HECHOS Y CONVICCIONES

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL JUEZ SÉRGIO MORO QUE CONDENA AL EXPRESIDENTE LULA

UN ANÁLISIS CUIDADOSO de los argumentos utilizados por el juez Sérgio Moro para condenar penalmente al expresidente Lula evidencia que se trata de una decisión inconsistente. No evaluaré la sentencia de Moro a partir de sus motivaciones potenciales ni implicaciones políticas, sino desde el punto de vista de su consistencia argumentativa. Mi conclusión es que, independientemente del juicio que tengamos acerca de los actos cometidos por el expresidente, la sentencia condenatoria debe ser anulada por su propia fragilidad argumentativa, teniendo en cuenta que los hechos presentados en la decisión no justifican el informe de Sérgio Moro de que Lula habría recibido de OAS la “propiedad de hecho” del famoso triplex en función del cargo de Presidente de la República.

A pesar de que la conclusión de la sentencia sea infundada, debemos reconocer que la decisión de Sérgio Moro tiene algunas virtudes que merecen ser destacadas: la descripción de los hechos está bien hecha y los argumentos son debidamente explicados. Existe una claridad en la exposición que tiene mucho mérito, evidenciando que el juez quiere tornar la sentencia comprensible para los ciudadanos comunes que se dedicasen a leer su larga y minuciosa decisión.

* Doctor en Derecho. Profesor de la Universidad de Brasilia (UnB).

También cabe resaltar que Sérgio Moro apunta con precisión la fragilidad de los argumentos utilizados por la defensa, cuya inconsistencia sugiere que el debido esclarecimiento de los hechos sería indigerible en relación a las pretensiones políticas del expresidente. Sin embargo, precisamos observar que los demandados de procesos criminales no están obligados a comprobar su inocencia. Aunque los relatos del propio Lula no consigan explicar adecuadamente los hechos evidenciados en las investigaciones, es la acusación la que tenía la obligación de comprobar la ocurrencia y la autoría de los crímenes imputados al expresidente. La condena penal exige que el juez aclare la versión de los hechos que él entiende comprobada por la instrucción probatoria y es en este punto que la sentencia de Moro se muestra más frágil: el relato que construyó no está debidamente basado en los hechos y declaraciones que él indica y, por lo tanto, hay una incompatibilidad entre las pruebas y la condena.

¿Las pruebas indican que Lula obtuvo beneficios de OAS que no quiere admitir? Sí. ¿La constructora OAS hizo una reforma en beneficio suyo? Sí, hizo. ¿Este tipo de recibimiento le causa daños a su propia imagen? Sí, le causa. ¿Él mintió negando todo esto? Sí. ¿Es lícito que los demandados mientan en su propio beneficio? Sí, pero esta mentira puede tener impactos políticos relevantes.

Pero la pregunta central es: ¿hay comprobación de recibimiento de ventaja indebida en función del cargo de Presidente de la República? Y pienso que acá la respuesta es negativa.

Es verdad que la sentencia indica una serie de hechos que pueden haber constituido crimen de corrupción. Considero suficientemente comprobado el hecho de que el Grupo OAS mantuvo fuera del comercio el famoso triplex entre 2009 y 2010, lo que indica que el departamento estaba siendo reservado para Lula durante su ejercicio de la presidencia de la República. Además de esto, hay comprobación de que OAS promovió reformas en el departamento en 2014, sin haber recibido ninguna remuneración por eso. Entre 2009 y 2014, no hay contratos escritos, no hay ajustes explícitos y parece no haber ninguna claridad para los involucrados acerca de cómo OAS sería remunerada por el departamento y por los arreglos.

¿Existen indicios de que estas ventajas habrían sido pagadas con el dinero proveniente de la corrupción de Petrobras? En este sentido, existe apenas un indicio: la afirmación de Leo Pinheiro de que él acordó con Vaccari Neto en mayo de 2014 que OAS donaría el inmueble para Lula y debitaría eso de la cuenta de corrupción (ítem 529).

Si las palabras de Leo Pinheiro fuesen verdaderas, no habría indicios de que Lula recibió beneficios de OAS en función de su cargo, sino de que OAS sirvió como intermediaria de pagos del PT a Lula,

redistribuyendo para él parte de lo que el partido habría recibido de forma ilícita de la constructora. No hay, por lo tanto, pruebas de esta operación, más allá de las palabras de Leo Pinheiro, que son insuficientes para justificar una condena por corrupción.

Además, lo que Leo Pinheiro afirma expresamente es que, en mayo de 2014, él acordó con Vaccari que ciertos costos que tiene OAS deberían ser saldados con el dinero que le darían al PT en función de contratos de Petrobras. Esto quiere decir que primero OAS pagó las obras y solamente después acordó con Vaccari la compensación, lo que indica que hubo un momento de indefinición acerca de la forma en que la empresa sería resarcida (o incluso sobre si lo sería), por los arreglos y por el propio departamento.

Todo esto puede indicar que Lula vendría a ser beneficiado luego de su mandato por dinero originado en la corrupción, pero estos hechos no comprueban que él hubiera cometido un crimen de corrupción. No hay más indicio de corrupción en el caso del tríplex del que hay sobre el pago de OAS del depósito del patrimonio presidencial. Sin embargo, en este segundo caso, Moro absolvió a Lula, por considerar que no había pruebas de que el pago hubiese sido realizado con dinero proveniente de corrupción.

Por lo tanto, se percibe que el criterio de condena utilizado por Sérgio Moro no fue el definido por la ley (el recibimiento de ventaja indebida en función del cargo), sino un criterio bastante diverso: el recibimiento de beneficios oriundos de dinero ligado a la corrupción. Por más que sea inmoral el recibimiento de este tipo de beneficio, no configura un crimen de corrupción, como reconoció el propio juez Sérgio Moro al analizar el pago de OAS en el depósito del patrimonio presidencial.

En 2009, cuando Lula era presidente, ¿existe algún indicio de que le fue transferida la propiedad del tríplex? Lo único que existe es una afirmación de Leo Pinheiro de que João Vaccari Neto y Paulo Okamoto le dijeron en 2009 que:

El departamento tríplex, esta unidad es una unidad exclusiva, no hagas ninguna comercialización sobre ella, pertenece a la familia del presidente, la unidad tipo la puedes vender porque ellos no se van a quedar con esta unidad, la unidad sería el tríplex” (ítem 525).

Este “pertenece”, en el medio de la frase, es la palabra central del proceso, pues a partir de ella fue que Sérgio Moro concluyó que Lula detentaba la propiedad “de hecho” del departamento. Sin embargo, este “pertenece” parece haber sido usado de forma demasiado ambigua, en tanto que todo el relato indica claramente que fue arreglada

una transferencia gratuita del inmueble al expresidente. Tanto que, al continuar la declaración, Leo Pinheiro afirmó que conversó con Vaccari y Okamoto después del reportaje de *Globo* sobre el triplex y que:

[...] la orientación que se me dio en aquella época fue que “Maneja el asunto de la misma manera en que lo venías haciendo, el departamento continúa a nombre de OAS y después se verá cómo es que vamos a hacer para hacer la transferencia o lo que fuera”, y así se hizo. Volvimos a tratar este asunto en 2013, si no me falla la memoria (ítem 525).

Esta conversación evidencia que no había ninguna claridad respecto a qué debería hacerse con el inmueble, salvo que no debía ser comercializado. No había definición sobre el modo de pago, sobre las compensaciones, sobre la propiedad, sobre quién pagaría. Lo que Leo Pinheiro dijo es que le pidieron no vender el departamento y el accedió, pero no hay en ninguno de los diálogos reunidos en la sentencia una indicación clara de que él debería haber transferido el departamento gratuitamente a Lula antes de 2014.

¿La constructora OAS benefició a Lula al mantener este departamento fuera del comercio por tanto tiempo? Sí. ¿Lo hizo intencionalmente? Sí, y hay indicios fuertes al respecto, ya que el comportamiento en relación al inmueble fue muy particular durante todo el período. Sin embargo, no hay en estos hechos ningún indicio claro de que OAS habría traspasado el inmueble a Lula en 2009. La simple reserva de un departamento en construcción, manteniéndolo fuera del comercio a lo largo del año 2010, ¿resulta una ventaja concedida a Lula en función al cargo que ejercía? Creo que sí. ¿Este beneficio constituye un crimen de corrupción? Creo que esta es una cuestión difícil y que precisa ser debidamente pensado.

¿Cómo mensurar el beneficio de tal reserva? Si el inmueble estuviese listo y fuese mantenido fuera del mercado, sería razonable señalar que la reserva implicaría un perjuicio para la empresa correspondiente al alquiler que no estaría siendo cobrado. Sin embargo, como se trataba de un inmueble en construcción, la simple reserva no generaba un perjuicio para la empresa. Tal reserva podría incluso aumentar los costos de OAS, que tuvo que cargar con la construcción del inmueble, pero esto no significa que hubo perjuicio. Al depender de la valorización del inmueble en el período, esta operación puede haber sido inclusive más lucrativa para la empresa que la venta del inmueble en 2009.

Por lo tanto, aunque la reserva pueda ser considerada una ventaja, la cuantificación económica de este beneficio es muy difícil. A pe-

sar de la dificultad de tal cálculo, es cierto que se trata de un beneficio con valor escaso en comparación a la tesis de la sentencia, que es la de la transferencia gratuita y disimulada del bien, en 2009. Una ventaja tan reducida difícilmente justificaría la conclusión de que se trató de corrupción pasiva, especialmente cuando este beneficio hubiera sido concedido en retribución a las abultadas sumas investigadas por la operación *Lava Jato*.

Por lo tanto, las pruebas aportadas por Sérgio Moro en su decisión indican solamente que, entre 2009 y 2010, hubo un beneficio demasiado pequeño para caracterizarlo como corrupción: la simple reserva de un inmueble en construcción, sin ningún indicio de que hubiera habido arreglo formal o informal de transferencia gratuita ni de compensación de valores recibidos ilícitamente por el PT.

Las reformas terminadas en 2014 son ventajas más tangibles, aunque no exista prueba cabal de que Lula no pagaría por el triplex ni por los arreglos. De todas formas, en cuanto a las ventajas recibidas por Lula años después de concluido su mandato, cabría a Sérgio Moro concluir, tal como decidió en cuanto a la cuestión del pago por el depósito en el patrimonio presidencial, que “no hay pruebas suficientes de que estas irregularidades hayan sido cometidas con intención criminal o que fueran parte de un acuerdo de corrupción” (ítem 931).

La influencia política de Lula en 2014 justificó que Leo Pinheiro afirmase que OAS consideró adecuado conceder a Lula más de R\$ 1.300.000,00 reales porque tenía “mucho interés en estrechar aún más estas relaciones sobre todo por causa del mercado internacional” (ítem 934). Esta afirmación hizo que Moro entendiera que “la mención de que el pago tenía como objetivo el estrechamiento de lazos, no basta para caracterizarlo de corrupción, en tanto no involucró pago como consecuencia del cargo presidencial o de ajustes vinculados a contratos públicos” (ítem 935).

No obstante, Moro evidentemente interpretó que todos los beneficios de OAS a Lula en el caso del triplex ocurrieron en función de su cargo de presidente. Es evidente que Moro percibió que había una tensión entre las soluciones que fueron dadas en ambos casos, pues él dedicó dos ítems de la sentencia para explicar que “no hay ninguna duda en cuanto a la importancia cultural e histórica de la preservación del patrimonio presidencial” (ítem 927) y, en el caso del triplex, “los recursos del Grupo OAS fueron destinados específicamente al enriquecimiento sin causa y personal del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva” (ítem 928).

Esta diferencia incluso puede ser relevante para los electores de Lula, que podrían considerar moralmente inaceptable recibir

beneficios para costear el mantenimiento del patrimonio y considerar moralmente inaceptables los beneficios personales pagos al Presidente. Sin embargo, esta es una diferencia irrelevante para la condena penal, visto que nada impide que una empresa conceda beneficios a una persona con la que desea “estrechar sus lazos”, como dijo Leo Pinheiro. Para el juicio criminal, esta cuestión debería ser irrelevante, y la centralidad que le fue conferida solamente destaca la artificialidad con que Sérgio Moro justificó la tesis de que Lula habría recibido, en 2009, la propiedad de hecho del trípex más famoso de Brasil.

Para realizar esta proeza hermenéutica, el beneficio tuvo que ser reconstruido por Moro como un Frankenstein. La medición económica de la ventaja se hace a partir de los hechos que ocurrieron en 2014 e indican que Lula recibiría el inmueble sin tener que pagarlo. No bastaba afirmar que había indicios de que Lula recibiría, a precio nominal, un departamento con muchas mejoras. Estas elecciones hicieron que la tesis adoptada por Moro permitiese maximizar el supuesto beneficio, sumando el valor del inmueble con el valor de las reformas, aunque todos supieran que las mejoras voluptuosas no son totalmente incorporadas al valor de un bien.

Sin embargo, para caracterizarlo como corrupción, era necesario indicar que el bien habría sido recibido en función del cargo, y por lo tanto el relato judicial retrotrajo la transferencia del bien a 2009, época en que la instrucción probatoria indica que la situación del inmueble era, como mínimo, indefinida. Esta es una solución tan frágil que la propia sentencia precisa complementarla con una afirmación todavía más débil:

880. Incluso habiendo sido parte de los beneficios materiales dispuestos posteriormente, durante 2014, teniendo su origen en créditos recurrentes de contratos de la Constructora OAS celebrados el 10/12/2009, considerando aquí solamente los contratos del Consorcio CONEST/RNEST, configuran ventaja indebida disponible en razón del cargo de agente público federal, no solo para el entonces Presidente, sino para los igualmente beneficiarios exclusivos de Petrobras.

Por la construcción de Moro, la prueba de que las ventajas vinculadas al trípex fueron recibidas por Lula en función del cargo es que el PT tenía créditos ilícitos ante OAS consecuentes de los contratos celebrados en 2009. Por lo tanto, lo que la sentencia hace retrotraer a 2009 no es la recepción de las ventajas: Sérgio Moro considera que los beneficios pagados en 2014 consistieron en la ejecución de acuerdos de corrupción que fueron celebrados en 2009:

881. No importa que el acuerdo de corrupción se hubiese ultimado solamente en 2014, cuando Luiz Inácio Lula da Silva ya no ejercía el mandato presidencial, una vez que las ventajas le fueron pagadas en consecuencia de actos del período en que era Presidente de la República.

Convengamos que, si OAS hubiera pagado beneficios a Lula en 2014, en función de su influencia política y de su capacidad de abrir puertas en el mercado internacional, esto constituye una situación política desgastante para la imagen del expresidente. Sin embargo, este hecho (que fue el único comprobado en los autos), no implica crimen de corrupción pasiva.

¿Los beneficios de OAS hacia Lula pueden haber sido el pago de ajustes hechos durante el ejercicio del cargo? Sí, pueden. Sin embargo, los beneficios efectivamente concedidos hasta 2010 en el caso del triplex parecen muy pequeños para justificar esta interpretación y los beneficios concedidos después de este momento son muy compatibles con regalos de OAS para conquistar la buena voluntad del presidente.

Los hechos presentados son graves y demuestran varias irregularidades. La sentencia también evidencia que Lula mintió para intentar descalificar las acusaciones. La estrategia de la defensa fue lícita, pero su fragilidad sugiere que no había modos políticamente agradables de justificar los hechos evidenciados por las investigaciones. A fin de cuentas, las elecciones deliberadas de atacar al juez, atormentar a la audiencia y llevar el debate hacia los medios no son típicas de demandados que presentan argumentos sólidos y narrativas robustamente adheridas a los hechos.

Creo que el problema central es que se desarrollaron dos batallas al mismo tiempo. Una batalla penal, que podría haber sido ganada con el argumento de que los beneficios fueron recibidos, pero no eran criminales. Una batalla política, que era incompatible con esta estrategia y exigía construir una imagen de víctima para Lula.

A pesar de no haber pruebas de obtención por parte de Lula de ventajas pagas por OAS, Sérgio Moro instrumenta una serie de malabarismos para caracterizar como “corrupción pasiva” los actos del expresidente y para justificar su propia competencia para juzgarlos, que exigía una vinculación directa de los beneficios recibidos con los contratos investigados en el *Lava Jato*.

La tesis de Moro es que Lula era propietario “de hecho” del triplex desde 2009 y esto es necesario para justificar la condena por causa de corrupción. Pero no hay nada de claro en la afirmación de que él y Marisa eran propietarios del famoso triplex. Las pruebas

indicadas por Sérgio Moro no son plenamente compatibles con esta lectura, que fuerza los hechos para encajar de acuerdo a las pretensiones del juez.

Todos los hechos podrían reordenarse en una versión más leve: Lula pacta con João Vaccari Neto (presidente de la Cooperativa Habitacional de los Bancarios, BANCOOP) la reserva de un departamento mayor. Lula estaba pagando por un departamento menor, pero quería uno mayor. ¿Cómo va a pagarse? No se sabe. Pero no se trata de un inmueble especialmente caro. Es un inmueble compatible con la renta de Lula. ¿Él quería obtener el departamento como regalo? Quizá, pero no está claro. Y no se puede condenar a nadie por un quizá.

¿Qué muestra la sentencia? La instrucción probatoria ofrece sólidos indicios de que el interés de Lula y Marisa en uno de los dos departamentos de cobertura del predio de Guarujá se hizo de forma que la cooperativa BANCOOP, presidida por João Vaccari Neto, reservase el departamento 174 para la familia Lula da Silva. Una cooperativa quebrada deja de vender uno de sus activos para beneficiar al presidente de la república que es amigo del presidente de la cooperativa... esto ya parece bien irregular, pero nada de esto fue abordado en el proceso.

Hay varios indicios de que OAS respetó esta reserva y trató el departamento como “reservado” para Lula. Ocurre que “reservado” no es “dado”. Hay indicios de que OAS estaba dispuesta a continuar disponiendo del departamento para Lula, sin costos. Pero “disponer” no es “dar”. Prestar sería un verbo más adecuado, ya que no se trataba en ningún momento de un arreglo definitivo. Por lo tanto, es falso uno de los presupuestos básicos de la sentencia: “Luiz Inácio Lula da Silva y su esposa eran propietarios de hecho del departamento” (ítem 850).

Es evidentemente extraño que Lula no haya optado por seguir pagando, por cambiar el objeto del contrato (y pagar más por el departamento mayor) ni por recibir de vuelta lo que tenía pagado. No queda claro qué ocurriría con el dinero pago si no hubiese habido investigación. Esta rareza incomoda, pero todos los beneficios que podrían justificar una condena fueron posteriores al mandato, cuando podrían justificarse por la influencia presente de Lula, y no por acuerdos ilícitos celebrados durante su presidencia. Por lo tanto, no hay pruebas claras de corrupción pasiva.

En este punto la sentencia da otro salto lógico. Aunque el beneficio haya sido obtenido luego del mandato, la sentencia considera evidente que fue recibido “en función del mandato”. Este es el punto en que se da el salto:

852. Definido que el departamento 164-A, tríplice, era de hecho del ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva y que las reformas lo beneficiaban, no hay en la coartada del acusado Luiz Inácio Lula da Silva el aporte de una causa lícita para la concesión de tales beneficios materiales por Emprendimientos OAS, restando en los actos, como explicación única, solamente el acuerdo de corrupción derivado, en parte, de los contratos con Petrobras.

Ese es el punto más absurdo de la sentencia. Muestra que hubo un beneficio, *OK*. Muestra que las justificaciones de Lula fueron inconsistentes, *OK*. Pero dice que, si el acusado no probó su inocencia, resta una única explicación: la de que se trataba de un acuerdo de corrupción derivado, en parte, de los contratos con Petrobras.

Son demasiados agujeros en una sola frase. No resta una única explicación, puede haber otras. Puede ser incluso corrupción, pero hay otras versiones posibles, como el propio Moro indica en la decisión sobre el depósito de los bienes. La corrupción es atribuida en parte a acuerdos consecuentes de los contratos con Petrobras, pero no muestra nada en este sentido. Inclusive puede ser que los beneficios viniesen totalmente de otros acuerdos de corrupción. Hasta podría tratarse igualmente de corrupción, pero es inadmisibles condenar a alguien porque el acto “puede ser” corrupción.

En el punto 856, Moro aclara de hecho el motivo de la condena: “El expresidente Luiz Inácio Lula da Silva fue beneficiado materialmente por débitos de la cuenta general de sobornos”. No hay pruebas de que él cometió actos de corrupción, sino que fue beneficiado por el dinero de la corrupción. Pero esto también es falso. Existe la palabra de Leo Pinheiro de que él había arreglado con Vaccari que los costos serían debitados de la “cuenta general de sobornos” (ítem 529), pero no hay nada más en este sentido. Lula sabía que estaba siendo beneficiado por OAS, y OAS tenía muchos otros motivos para beneficiarlo, diferentes al dinero recurrente de la corrupción en Petrobras.

Si vamos a tomar en serio la argumentación de Moro, lo que ocurriría aquí sería el hecho de que Lula recibiera beneficios del PT, que sería quien de hecho acarrearía con los costos relacionados. La constructora OAS habría apenas actuado como ejecutora de un acuerdo entre Lula y Vaccari, a ser costado con el dinero del PT que estaba en sus manos. Pero no fue esta la narrativa judicial.

Además, si la situación se hubiera consolidado, con el aprovechamiento del departamento de manera disimulada, tal vez se consumase un crimen de lavado de dinero, pero no de corrupción. Sucede, sin embargo, que Lula está en lo cierto al afirmar que la transferencia del bien (de hecho o de derecho) nunca se operó. No parece verdad

que él era apenas un potencial comprador, pero parece razonable que había desistido del negocio cuando percibió el tamaño del problema que podría ocasionarle. Así, el ocultamiento de la propiedad no llegaría a consumarse.

De todas formas, en vez de caracterizar el acto de Lula como una recepción de beneficios pagados con dinero de corrupción, Sérgio Moro busca establecer un relato muy diferente: que Lula recibió beneficios en función de haber nombrado ciertos directores para Petrobras. La tentativa de establecer este relato generó varios problemas para la argumentación de la sentencia.

Sería razonable indicar la existencia de corrupción (por recibir valores indebidos, independientemente de la fuente) si OAS hubiese hecho las reformas en 2009 y Lula hubiese ocupado el departamento. Pero esto no sucedió y Moro hace malabares para afirmar que se trató de “un crimen de corrupción complejo y que compromete a diversos actos en momentos temporales distintos desde octubre de 2009 a junio de 2014, aproximadamente” (ítem 878). Él precisaba retrotraer el hecho a octubre de 2009 para sostener que Lula recibió el beneficio en razón del cargo ocupado, lo que hizo en el citado ítem 881, donde afirma que “las ventajas le fueron pagadas en consecuencia de actos del período en que era Presidente de la República”.

Aquí nuevamente hay un gran salto entre los hechos y la interpretación. Moro considera claro que se trata de un recibimiento consecuente a la corrupción de Petrobras, pero no hay pruebas de esto. Él retoma la idea de que el dinero sería debitado de la cuenta de corrupción, pero el único indicio en este sentido es una afirmación tangencial de Leo Pinheiro. De todas las explicaciones posibles, elige aquella que conviene a sus convicciones.

Son convicciones compatibles con los hechos, ha de reconocerse. Pero hay muchas interpretaciones posibles de las mismas situaciones, más sólidas incluso que la de Sérgio Moro. Es muy razonable describir todos los hechos como favores prestados por OAS a una persona que, a pesar de haber salido del cargo, era probablemente el político más influyente de la República.

Esta elección interpretativa resulta todavía más frágil si se verifica que Lula fue absuelto en el caso del depósito del patrimonio presidencial porque Leo Pinheiro “negó, en Juicio, que los pagos del Grupo OAS para la reserva del patrimonio presidencial estuviesen vinculados en algún acuerdo de corrupción” (ítem 934). Y continúa afirmando que “las declaraciones del acusado, de que no vislumbró ilícitos o que no hubo débito de la cuenta general de sobornos, apartan el crimen de corrupción” (ítem 935).

Se torna evidente, por lo tanto, que Lula fue condenado en el caso del triplex porque Leo Pinheiro afirmó haber arreglado con Vaccari Neto que los beneficios de OAS serían pagados a partir de la “cuenta general de sobornos” (ítem 529) y que fue absuelto en la misma sentencia porque el mismo Leo Pinheiro dijo que la intención de OAS en este caso no tenía que ver con el cargo (ítem 935).

Es absurdo este modo de lidiar con las pruebas y construir relatos despegados de los hechos. No creo que el juez obró con mala fe, pero me parece clara la operación de un marco de confirmación a partir del cual divisa “pruebas” en todos los indicios que eran simplemente “compatibles” con su narrativa personal sobre el acontecimiento. Al desconsiderar las narrativas alternativas, que él tuvo en cuenta en la evaluación del caso del depósito, las conclusiones de la sentencia se tornaron arbitrarias. Así, queda claro que la condena por corrupción se debió menos a los hechos que a las convicciones de Moro.

Y la condena por lavado de dinero es todavía más frágil. Moro afirma que la “atribución a él de un inmueble, sin abonar el precio correspondiente y con fraudes documentales en los documentos de adquisición, configuran conductas de ocultamiento y disimulo aptas de constituir crímenes de lavado de dinero” (ítem 893).

Por considerar que hubo corrupción (y, por lo tanto, infracción penal), Moro considera que la atribución del inmueble (que no ocurre de forma definitiva) se trató de ocultamiento patrimonial y de fraudes documentales (con documentos antedatados) realizados para disimular los bienes consecuentes de la infracción penal. Sin embargo, una vez que se entiende que no hay pruebas de corrupción, esta acusación se aleja.

Además, la justificación de que es posible acumular los crímenes en este caso es muy frágil. Una cosa es recibir dinero como corrupción y “lavarlo” por operaciones autónomas de disimulo u ocultamiento. Otra cosa es cuando el propio beneficio recibido es justamente la disponibilidad del bien. El diagnóstico de Moro es de que “a través de conductas de disimulo y ocultamiento, la titularidad real del inmueble fue mantenida oculta hasta por lo menos fines de 2014 o más propiamente hasta el presente” (ítem 899).

Así, la narrativa es que Lula recibió el bien en octubre de 2009 y que lo ocultó hasta 2014. Pero esta narrativa no se adecúa plenamente a las pruebas, ya que no hay indicación de que él recibió el inmueble de forma definitiva y que todos los actos posteriores fueron un disimulo del recibimiento. Por otro lado, parece razonable la lectura de que el inmueble estaba simplemente reservado para él.

Tal vez sea verdad lo que dice Leo Pinheiro, que él arregló con Vaccari en 2014 que OAS donaría el inmueble para Lula y debitaría

eso de la cuenta de corrupción. Incluso si esto hubiera ocurrido, no sería suficiente para constituir crimen de corrupción. Además, tal vez no sea verdadera esta afirmación, que no está corroborada por otros elementos probatorios. No se presentan indicios de que el dinero fue debitado de la cuenta de corrupción.

Solo hay indicios de que el bien fue reservado para Lula en 2009 y que sufrió una serie de beneficios a partir de 2010. Y está la afirmación de Leo Pinheiro de que solamente en 2014 se arregló que el pago de esos beneficios sería hecho por medio de una compensación con la cuenta de corrupción del PT.

Me parece evidente que la reserva del departamento y las obras de mejora no constituyen una “propiedad de hecho” y que, incluso de haber habido una disponibilidad de bienes de OAS a Lula en este período, no hay indicación concreta de que ocurrió en función del ejercicio de cargo de Presidente. Tal como en el caso de los depósitos, todos estos favores y regalos podrían ser caracterizados como estrategias para agradar a un expresidente que tenía gran influencia en el gobierno, en el PT y en potenciales negocios internacionales de OAS.

Por todo esto, no puedo entender que la base fáctica presentada por Sérgio Moro sea una justificación razonable para sus conclusiones jurídicas y, por lo tanto, que la condena de Lula no fue basada en las pruebas, sino en ciertas convicciones personales de Moro que no están asentadas directamente en los hechos y que no se adecúan a las leyes penales brasileñas.

Alexandre Gustavo Melo Franco
de Moraes Bahia*, Diogo Bacha e Silva**
y Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira***

EL DERECHO A LA DERIVA, LO (IN)ESPERADO

ASÍ COMO EN LOS FILMES cliché hollywoodenses, aquellos en donde el superhéroe, normalmente un individuo con poderes sobrenaturales, pero que porta valores nobles, valores que son compartidos por la mayoría de la sociedad, valores hegemónicos, hacia el final siempre derrotan al villano, normalmente retratado por sujetos con algún desvío de comportamiento, alguna anormalidad, alguna monstruosidad que llega incluso a suprimirles la condición de humanos, la bestialidad que se contrapone al soberano que, fi-

* Maestro y doctor en Derecho por la UFMG. Profesor y coordinador de la Maestría en Derecho de la UFOP y profesor de la IBMEC-BH. Becario de Productividad del CNPq.

** Doctorando en Derecho por la UFRJ. Maestro en Constitucionalismo y Democracia por la FDSM y profesor de la Facultad de San Lorenzo. Investigador del OJB-FND.

*** Profesor titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UFMG. Subcoordinador del Programa de Posgrado en Derecho (UFMG). Becario de Productividad del CNPq (1d). Magíster y doctor en Derecho (UFMG). Posdoctor en Teoría del Derecho (Università degli studi di Roma, TRE).

nalmente, se transforma en bestia,¹ el último capítulo de la saga de Lula referido a la 13ª Sala Federal de Curitiba tuvo un desenlace previsible que más bien podría haber sido escrito como el guion de una nueva película de Marvel o DC Comics.

De un lado, un sujeto que aparece frente al público representado como portador de valores nobles como honestidad, honradez, coraje, verdad, fe, determinación, laboriosidad. Del otro, un sujeto que aparece frente al público representado como portador de valores malignos como vicios mundanos, codicia, simulación, fingimiento, deshonestidad.

El portador de valores nobles tiene, en su biografía, diploma universitario, empleo formal, una familia constituida y una religión, se presenta de modo sobrio, bien vestido y con apariencia impecable desde el punto de vista del patrón estético. Al contrario, aquel que porta valores malignos tiene defectos físicos, no tiene diploma universitario, empleo formal y se presenta, la mayoría de las veces, con vestimentas simples e informales, con una apariencia reprobable de acuerdo al patrón estético.

El portador de valores nobles es oriundo de la clase media alta, cuyo principal sueño es pertenecer a la clase alta, con todas las prerrogativas y privilegios que la pertenencia social puede traerle. Mientras, el portador de valores malignos es oriundo de la clase baja, cuyo objetivo principal es sobrevivir, y vivir día a día y vencer los miles de obstáculos que se le presentan diariamente. El primero sueña en conjunto con su estrato social en tener el poder adquisitivo necesario para consumir los mejores productos y servicios disponibles por la benevolencia del mercado. El segundo sueña en conjunto con su estrato social que, en el futuro, los obstáculos y las barreras no los sofoquen aún más y puedan tener una existencia sin dificultades.

Para usar una ironía, es como si en estos “tristes trópicos” no hubiese espacio para la existencia. Acá, Lévi-Strauss no dialogaría con Sartre. La existencia *no* precedería a la esencia (*sic*), puesto que los papeles de nuestras vidas ya vendrían con el guion listo dada la pertenencia a la camada social. Como si, en Brasil, el existencialismo solo existiese en tanto fábula, como una fabulación digna de películas de ficción. Solo una ficción teórica para calmar los ánimos de aquellos que piensan en desistir de su papel. Para todo

1 La literatura y el pensamiento filosófico siempre pensaron a la bestia como los individuos que están al margen del orden, de la ley, que desafían al soberano, representado por el lobo, por el más fuerte que, al final, siempre acaban quebrantando la ley, tornándose la bestia (Derrida, 2008; 2016).

aquel que piensa en salir de su papel y modificar las estructuras existenciales predeterminadas de un orden, un poder, una violencia que se ocupa de situar a cada uno en *su debido lugar*. En efecto, tal orden porta un sentimiento de odio de la clase media en relación a la clase baja (Souza, 2016) y, quizá, la violencia podría ser ejercida en su estado más puro.

El orden que no puede ser nombrado y el poder que controla la vida del individuo solo podrán ser efectivos al imbuirse en dispositivos que controlan, a través de lo dicho o no dicho, las tres dimensiones del saber, del poder y de la subjetivación. Dispositivos que, según Foucault, entrelazarían una serie heterogénea de “discursos, instituciones, organizaciones arquitectónicas, decisiones reglamentarias, leyes, medidas administrativas, enunciados científicos, proposiciones filosóficas, morales, filantrópicas” (Foucault, 2000: 244).

No hay dispositivos más efectivos para el control del saber, del poder y de la subjetivación que el discurso judicial y el discurso de los *mass-media*. No habría mayor efectividad que cuando se entrelazan, por lo tanto, la orden del discurso judicial y de los medios de comunicación y sirven, entonces, al propósito de reubicar el papel del insurgente social en su guion *original*.

Por consiguiente, no sería una mera eventualidad que uno de los principales argumentos retóricos para la condena de Lula en la Acción Penal N° 5046512-94.2019.4.04.7000/PR, por el crimen de corrupción pasiva, determinada por el juez Moro, en trámite ante la 13ª Sala Federal de Curitiba, haya sido un material periodístico publicado por el diario *O Globo*. En cuestión, la supuesta vinculación de Lula a esquemas de corrupción con la constructora OAS, consistente en el recibimiento de la propiedad de un triplex en la ciudad de Guarujá, SP, por intercambio de favores, en razón del cargo de Presidente de la República.

Para sustentar, por lo tanto, el decreto condenatorio, el juez argumenta que el diario *O Globo* publicó material el 10 de marzo de 2010, cuyo tema principal sería que Lula y su esposa estarían en la espera para recibir su triplex en Guarujá, adquiridos mediante BANCOOP y que se encontraría en mora con el matrimonio.

Ahora bien, las palabras del juez parecerían *muy convincentes* al argüir que:

El material en cuestión es bastante relevante desde el punto de vista probatorio, ya que fue realizado el 10/03/2010, con actualización el 01/11/2011, es decir, cuando no había ninguna investigación o intención de investigación vinculada a Luiz Inácio Lula da Silva o al referido departamento triplex. No había, en evidencia, como la periodista en 2010 o 2011 entrevistó que, a finales de 2014, es decir, tres años después,

la cuestión vinculada al expresidente y el departamento tríplex sería revestida de polémica y daría causa a una investigación criminal.²

Sin embargo, hay un pequeño *silencio*, que otorga todo sentido y que corrobora la finalidad del *dispositivo foucaultiano* de la sentencia condenatoria de Lula.

En un Estado Democrático de Derecho, especialmente en un sistema acusatorio, conforme bien delimitado por la Constitución de 1988, arts. 1º, 5º, LIV, LV, LVI, y 129, I, que, hasta donde sabemos, *todavía permanecen en vigor*, las pruebas que sustentan un decreto condenatorio deben pasar por el principio contradictorio en su sentido más sustantivo, es decir, solo se adquieren la calificación de prueba y, pues, en redundancia, pueden servir al proceso, si resulta posible que tales elementos puedan pasar por el principio contradictorio y de la defensa. Fuera de tales consideraciones, los elementos no podrán adquirir la forma de prueba y, por lo tanto, el decreto condenatorio que se basaba en argumentos referidos a ellos no es jurídicamente válido y legítimo, frente a un Estado Democrático de Derecho y del proyecto constitucional que lo fundó.

Así y todo, la preocupación de la referida sentencia no parece ser ni de legitimidad, ni propiamente de corrección jurídica. Al margen de estas cuestiones, el ejercicio de la sentencia tendría como única finalidad controlar/someter al individuo y readecuarlo a *su debido lugar de origen* y a su *guion biográfico*, que jamás será el del papel de un *héroe*, sino de un insignificante *obrero*.

Pero también, siguiendo a Hannah Arendt (1994), aprendemos a diferenciar entre poder y violencia, o sea, la capacidad de iniciar algo nuevo y de obrar política y conjuntamente en libertad, por un lado, y la instrumentalización, por el otro. Así, donde está uno, el otro estaría ausente; y de tal modo que, donde uno se impone, el otro se desplaza. La violencia puede destruir el poder, pero el poder jamás nace de la violencia (Arendt, 1994).

Esta diferencia entre poder y violencia, en Arendt, tiene implicaciones para la relación entre poder y derecho en el Estado Democrático de Derecho, pues, republicanamente, “el contraste conceptual fundamental efectuado por Hannah Arendt entre *poder* y *violencia* coloca al poder político del lado del derecho”.³

En este sentido, la pregunta que surge es, pues, la de saber si una sentencia condenatoria que se basa en material periodístico, imposi-

2 Ítem 377 de la sentencia consultada en: <<https://abrilveja.files.wordpress.com/2017/07/sentenc3a7a-lula.pdf>> Acceso 19 de julio de 2017.

3 Sobre esto, ver Cattoni de Oliveira (s/f).

ble de ser contradicho, sería ejercicio de poder jurisdiccional en una república, todavía, digna de ese nombre, o de violencia.

La respuesta parece evidente incluso para los lectores legos en discurso jurídico. Además, en esta situación, ¿no parecería que el derecho, como un naufrago, quedó a la deriva, fue olvidado? Olvido y silenciamiento que pueden, finalmente, llevar a pique la nave del Estado Democrático de Derecho...

El *final*, por lo tanto, que *ya debería ser conocido*, sería el de una fábula que, para muchos, metafórica y anticipadamente debería resumir, en el horizonte de lo meramente dado de un orden supuestamente heredado como *natural*, la saga de Lula. La fábula, pues, narrada por De La Fontaine (2011):

El lobo y el cordero

Estaba el cordero bebiendo en un arroyo, cuando apareció un lobo hambriento, de aspecto horrendo.

— ¿Qué descaro es este de enturbiar el agua que vengo a beber? —dijo el monstruo enseñando sus dientes. ¡Voy a castigar tamaño atrevimiento! El corderito, rojo de miedo, respondió con inocencia:

— ¿Cómo puedo enturbiar el agua que va a beber si el agua corre desde usted hacia mí?

Aquello era verdad y el lobo se halló acorralado, pero no dio el rabo a torcer.

— Además —inventó el lobo— sé que anduviste hablando mal de mí el año pasado.

— ¿Cómo podría hablar mal de usted, si nací este año?

Nuevamente confundido por la voz de la inocencia, el lobo aseguró:

— Si no fuiste tú, fue tu hermano mayor, que es lo mismo.

— ¿Cómo podría ser mi hermano mayor, si soy hijo único?

El lobo furioso, viendo que con las razones claras no vencía al pobrecito, dijo con la razón de un lobo famélico:

— ¡Pues si no fue tu hermano, fue tu padre o tu abuelo!

Y —¡Ñam! —se comió al cordero.

Y, sin embargo, a juzgar por la capacidad *insurgente* del supuesto cordero, todavía esperamos que el final inesperado de esta saga no llegue aún. Esperemos, obstinadamente, esperemos. Y luchemos. ¡Para que el final de esta historia sea otro!

BIBLIOGRAFÍA

Arendt, H. 1994 *Sobre a Violência* (Río de Janeiro: Relume / Dumará)
Trad. A. Duarte.

Cattoni de Oliveira, M. A. s/f “A conexão constitutiva entre direito e política no Estado Democrático de Direito: um diálogo com Arendt e com Habermas” Disponible en <http://

emporiadodireito.com.br/conexao-constitutiva-entre-direito-e-politica/> Acceso 19 de julio de 2017.

De La Fontaine, J. 2011 *Fábulas* (Barcelona, Libros del Zorro Rojo) Il. M. Chagall.

Derrida, J. 2008 *Séminaire La bête et Le souverain, Vol. 1 (2001-2002)* (París: Galilee).

Derrida, J. 2016 *A besta e o soberano. Seminário, Vol. 1 (2001-2002)* (Río de Janeiro: Via Verita). Trad. M. Casanova.

Foucault, M. 2000 *Microfísica del poder* (Río de Janeiro: Graal).

Souza, J. 2016 *A radiografia do golpe: entenda como e por que você foi enganado* (San Pablo: Leya).

Álvaro de Azevedo Gonzaga*

**CUANDO EL DEBIDO
PROCESO LEGAL NO ES CUMPLIDO,
LA DEMOCRACIA PIERDE**

LA CREACIÓN DE LEYES aplicables a todas las personas es uno de los principales elementos que caracterizan el pasaje del poder absoluto, centrado en la figura de un monarca, hacia una sociedad que se pretende igualitaria.

En líneas bien generales y rápidas, hablamos de la consolidación de la idea de normas y principios vinculantes para todos. Si ocurren desvíos, todos deben ser juzgados de acuerdo con tales normas y principios universalmente aplicables.

Bien. El mundo de las ideas es uno. El mundo de la realidad es otro. Lamentablemente, muchas veces, el segundo no pasa de ser una caricatura mal terminada del primero.

* Docente libre en Filosofía del Derecho por la PUC-SP. Posdoctor por la Facultad de Derecho de la Universidad Clásica de Lisboa y en la Universidad de Coimbra. Doctor, Maestro y graduado en Derecho por la PUC-SP. Graduado en Filosofía por la Universidad de San Pablo (USP). Profesor concursado de la Facultad de Derecho de la PUC-SP, tanto de grado como del Programa de Posgrado *Stricto Sensu*. Profesor y coordinador de la OAB en el Curso Fórum. Miembro del Instituto Euro Americano de Derecho Constitucional, en la condición de Miembro Internacional. Expresidente del Instituto de Investigación, Formación y Difusión en Políticas Públicas y Sociales. Coordinador, autor y coautor de innumerables obras y artículos. Abogado.

Hablamos del caso vinculado al juicio del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, el juez federal Sérgio Moro y el Ministerio Público Federal.

La relación entre estos tres elementos adquirió contornos, informes y episodios que, en muchos casos, sobrepasaron el campo al que debían limitarse: el debido proceso legal.

La preocupación por la existencia de las leyes –tan importantes a nuestra sociedad–, se tornó secundaria. No hay búsqueda de la “verdad de los hechos”, que sería alcanzada a través y gracias a la aplicación y observación del proceso legal. Tenemos, al contrario, una verdad que precisa ser probada, aunque para eso la ley sea dejada de lado.

Tal vez, por una cuestión de perspectiva, o preconcepción de nuestro tiempo, vemos como absurdo y sin sentido el excesivo poder y autoridad que los monarcas tenían en el pasado. ¿Cuál es el sentido de naciones, países, miles de personas obedeciendo ciegamente a una sola persona que se colocaba como superior a todas ellas?

Bien, esa es la imagen que hoy tenemos. No obstante, una mirada menos prepotente del presente llevaría a cuenta de que el poder de los reyes tenía como fuente la legitimación de cuestiones de orden divino, histórico familiares, tradición e identidad, elementos esenciales en aquellos tiempos. Factores tan fuertes, de tanta relevancia, que para esos pueblos justificaban y fundamentaban todo el poder concentrado en la figura de los monarcas. Era de ahí que provenía el bienestar de la nación.

Obviamente, no eran tiempos mejores. Pero la organización social tenía estos elementos que le daban cohesión. Hoy día, tal cohesión debería tener como fundamento la Constitución y otros elementos vinculados a ella. Es a partir de la observación y del cumplimiento de este acuerdo que esperamos obtener el bien común.

Sin embargo, lo que parece, hoy en día, es que hemos retrocedido en algunas cuestiones. La sociedad brasileña –quizá sin haberlo notado– ha optado por creer en una visión particular de justicia (con jota minúscula), a la inversa del respeto a las leyes, las cuales, por excelencia, son lo que define lo que es la Justicia (con jota mayúscula).

Dejemos en claro lo que defendemos aquí y el porqué del breve rescate histórico de la formación de los Estados modernos. La ley como reguladora de la vida social existe para garantizar la impersonalidad y para determinar que la sociedad funcione, según su propia voluntad. *Ok*. Está claro que hay distorsiones, y que la reforma política es una necesidad. Pero es un modelo (en perfeccionamiento constante) más avanzado en relación a otras formas de gobierno.

Cuestionamos: si en una sociedad que observa las leyes y juzga los desvíos de acuerdo a ella ya existen tantas distorsiones y problemas,

¿qué decir de una en donde la ley, que debería ser el paradigma principal, se torna algo accesorio?

¿Cambiaremos la ley que, con sus imperfecciones, es fruto de un esfuerzo colectivo y social, por la creencia en el buen carácter, en el ideal mesiánico que algunos personajes aducen para sí? ¿Volveremos a someternos a ideas subjetivas, así como hacían los súbditos de las monarquías?

Creemos que ya son claras las críticas y las preocupaciones que traemos aquí. La observación del proceso legal no puede ser vista como un impedimento para que la ley sea cumplida. Su observación es lo que garantiza el cumplimiento de la ley.

La condena no es garantía de que se hizo Justicia. ¿La justicia reside en el hecho de haber juzgamiento o entendemos que todo acusado será siempre culpado? ¿No existen más inocentes?

No podemos sustituir la defensa de la Ley, que es la defensa del Estado Democrático de Derecho, por el combate a la corrupción, como si combatir la segunda fuese posible sin respetar lo primero.

No se trata de relativizar y mucho menos de defender la corrupción. Al contrario, el combate a la corrupción precisa ser tan firme y decidido a punto de no permitirnos que se corrompan las leyes para combatir la corrupción política.

[...]

Cuando Moro y Lula se encontraron en mayo del 2017, el evento fue tratado como una confrontación, una pelea, una disputa. Si esto resulta positivo al garantizar emoción, páginas de periódicos, *clicks* en internet o, incluso, movilizar grupos políticos interesados en el caso, vislumbrar una declaración judicial de tal forma es una señal de un proceso judicial y de una democracia enferma.

Que el presidente Lula utilice el encuentro como un documento político, que use jergas o chicanas políticas le es lícito, natural y un derecho. Lo que no puede hacer es faltar el respeto, no atender al decoro exigido en una sesión. Al ser juzgado en un proceso, la ley establece cuáles son sus obligaciones y –según consta– todas fueron cumplidas.

Por otro lado, el juez Sérgio Moro, al asumir la postura de quien está del otro lado del ring, listo para encarar al acusado, se aparta de sus atribuciones y, con esto, no solo perjudica al proceso, o al acusado, sino que perjudica y atropella a toda la democracia. Es un juez, no un luchador.

No faltan ejemplos de una actuación que traspasa su atribución. Antes de una de las manifestaciones de los indignados vestidos con la camiseta de la selección brasileña, Moro lanzó una nota dicién-

do sentirse “tocado y emocionado” por ser homenajeado por los manifestantes. Existe una página de Facebook llamada “*Eu Moro com ele*”.¹ Peor que el juego de palabras, es el hecho de que esa página sea mantenida por su esposa y alimentada con videos protagonizados por el propio juez.

Todavía es muy importante la idea de que “al juez le cabe manifestarse en los actos”. ¿Tiene esto alguna relevancia? ¿O es apenas una observación, sin motivación, sin razón de ser? ¿Vamos a ignorar la Ley Orgánica de la Magistratura?

De un político no se espera impersonalidad. Si quisiera ser impersonal, que lo sea. Tiene la facultad y la posibilidad de actuar como le interese. En el límite de la ley, por supuesto. Sin embargo, a un magistrado no le es posible obrar de tal manera.

Un juez no es y no puede ser un héroe. Un paladín de la Justicia. Un combatiente de la corrupción. No existe para eso. Esa no es su atribución. El juez es un servidor de la ley, un funcionario, alguien que actúa en obediencia a la ley, jamás al contrario.

Para ser directos, si la decisión de un proceso significa el avance de la sociedad, este avance es fruto de la ley que fue observada. No del juez, que tan solo la cumplió. ¿Distinguimos cómo es y cómo debe ser?

No se trata acá de restarle importancia al juez, al ministerio público, o inclusive a la defensa. Sin embargo, es preciso ver las cosas como son exactamente.

Desgraciadamente, el juez Sérgio Moro entiende este proceso de otra manera. Fan declarado de la operación manos limpias de Italia, Moro vio la oportunidad de usar su función pública para combatir la corrupción y moralizar al país. Sea de manera declarada, sea indirectamente, el magistrado obra de acuerdo con esa misión que reservó para sí.

El protagonismo y la personalidad son peligrosos y van contra la democracia. La ley es impersonal porque no es víctima de intereses y disputas. Ella solo tiene compromiso consigo misma.

Cuando Moro resuelve dialogar, entra en sintonía con los manifestantes, con vehículos de comunicación (que reciben despachos y decisiones suyas antes de los actos y de los abogados), su compromiso, que debería restringirse a la ley, pasa a ser con estos grupos. De ahí las cosas se tornan confusas y dañinas.

Para los exasperados, para aquellos que vistieron la camiseta de la selección brasileña y fueron a las calles, el presidente Lula es culpa-

1 “Yo Vivo con él”. Juego de palabras entre morar y el apellido del juez en cuestión [N. del T.].

ble. Listo. Tales personas desean verlo preso. Deseos, sueños, voluntades, cuando se limitan a esferas personales, *ok*, sin problemas. Los deseos no tienen el poder de condenar al expresidente.

Abrimos paréntesis. El problema no es la condena hacia él, sino el deseo de condenarlo. La condena no tiene que ver con el deseo, tiene que ver con un crimen que ha sido o no cometido. Cerramos paréntesis.

Sin embargo, cuando aquellos que tienen el poder de condenar se tornan socios o se sitúan en la posición de símbolo de quienes tienen el deseo, tenemos un problema de difícil solución. La decisión se vincula a la expectativa de los que la apoyan, y el apoyo se dio porque hubo expectativa de decisión. Lo que debería ser técnico e impersonal se volvió político y personal.

Cuando analizamos la fragilidad de las pruebas, se confunde el obrar político con una acción que, por naturaleza, sería criminal... y a esto se le atribuye responsabilidad y culpabilidad. La situación se torna todavía más trágica. La Justicia es apartada y, de esta manera, el juzgador y el juzgado pierden. Y, de esta manera, pierde la democracia.

Antônio Eduardo Ramires Santoro*

**DEL LEVANTAMIENTO DE LA
CONFIDENCIALIDAD DE LAS
INTERVENCIONES TELEFÓNICAS
A LA PÉRDIDA DE LA
IMPARCIALIDAD OBJETIVA**

AGRADEZCO DESDE YA la invitación hecha por Carol Proner, Gisele Cittadino, João Ricardo Dornelles y Juarez Tavares, a quien dejé último para dedicar una reverencia especial por el ejemplo intelectual que significa para mí.

Dado el poco espacio para trazar las consideraciones que volcaré aquí, se hará objetivamente el análisis de un pasaje de la sentencia condenatoria dictada por el juez Sérgio Moro en los autos de la Acción Penal N° 5046512-94.2016.4.04.7000/PR que elimina el alegato de violación de la imparcialidad, en particular del pasaje donde el magistrado se refirió a la ruptura de la confidencialidad de las comunicaciones telefónicas.

En efecto, las defensas de los acusados cuestionaron la imparcialidad del juez en declaraciones finales, lo que el juez Sérgio Moro

* Profesor titular del IBMEC-RJ, profesor adjunto de Derecho Procesal Penal de la FND-UFRJ, profesor adjunto del PPGD-UCP. Posdoctor por la Universidad Nacional de La Matanza, Argentina; doctor y maestro por la UFRJ; maestro por la Universidad de Granada, España. Coordinador del Grupo de Investigación “El sistema penal bajo mirada crítica” UFRJ-UCP. Abogado.

rechazó por considerarla mera “cortina de humo”¹ (término al parecer muy frecuente en el magistrado),² fundamentándose en las decisiones pronunciadas por el Tribunal que rechazan las excepciones de sospecha.

La defensa de Lula fundamenta su pretensión, entre otros argumentos, en los diversos actos cometidos por el juez Sérgio Moro durante la investigación, a saber: conducción coercitiva, escuchas telefónicas, registros e incautaciones.

Por lo tanto, defino claramente el problema que se tratará aquí: frente a la decisión que divulgó las conversaciones entre Lula y Dilma, interceptadas por orden del juez que sentencia, y del nuevo abordaje del hecho en la sentencia, ¿fue respetado el derecho a ser juzgado por un juez imparcial?

1. EL LEVANTAMIENTO DE LA CONFIDENCIALIDAD DE LAS CONVERSACIONES ENTRE LULA Y DILMA

El día 16 de marzo Brasil fue sorprendido con la divulgación pública y masivamente repetidas por la prensa, de conversaciones realizadas entre Lula y diversas personas, en especial su diálogo con la entonces presidente Dilma Rousseff, originados en una medida de intervención de las comunicaciones telefónicas realizadas en el ámbito de la Operación *Lava Jato*, cuya confidencialidad fue anulada por la decisión del juez Sérgio Moro a las 16: 19 hs de aquel mismo día, en los autos del proceso N° 5006205-98.2016.4.04.7000/PR.

1 La palabra utilizada en portugués por el magistrado es “*diversionismo*”, que no posee una traducción ajustada al español, y debe entenderse como un tipo de maniobra en el ámbito judicial o político que tiene por objetivo desviar el centro de atención del asunto a tratar, hacia otros aspectos o detalles que no hacen al eje del debate. Se mantendrá la expresión “cortina de humo” en los capítulos sucesivos [N. del T.].

2 Hay que observar que “cortina de humo” [*diversionismo*] significa básicamente una estrategia para intentar escapar del asunto. No en vano la palabra se usó cuatro veces para rechazar preliminares diversos, lo que revela un desprecio por las garantías procesales. Quizá la palabra haya sido lanzada por su inconsciente (Lacan, 1999: 488) para reducir la disonancia entre el asunto que le interesa al juez (el mérito o la condena) y los obstáculos que las garantías procesales representan a sus decisiones frente al apoyo en masa que recibe la creencia del juzgador (Festinger, 1975: 214). Tal posibilidad se verifica cuando en el ítem 65, al tratar la acusación de ruptura de parcialidad, afirma: “*Una vez más, se repite, se trata de mera “cortina de humo” adoptado por la estrategia de defensa. En vez de discutirse el mérito de las acusaciones, se reclama al juez de la misma forma que los responsables por la Acusación*”. Se sabe que ser juzgado por un juez imparcial es un derecho fundamental, por lo que argüir su violación no es un reclamo, tampoco *diversionismo*, sino respeto a un proceso de garantías.

En la decisión de anular el carácter secreto, el juez presentó los siguientes fundamentos: (1) propiciar la amplia defensa por los investigados; (2) interés público en determinar los crímenes contra la Administración Pública; (3) sumisión al “saludable escrutinio público” sobre la actuación de la Administración Pública y de la Justicia Criminal; (4) la democracia exige que los gobernados sepan lo que hacen los gobernantes; (5) la defensa de la intimidad o el interés social no prevalecen sobre la publicidad de los actos, en términos de la Constitución.

No es coincidencia que Lula asumiera ese mismo día como ministro jefe de la Casa Civil, pero la difusión del diálogo mencionado, que se hizo luego de decidir la interrupción de las escuchas de las comunicaciones telefónicas del expresidente, terminó dando lugar a una serie de decisiones judiciales que impidieron la asunción, culminando con la decisión proferida por el Ministro Gilmar Mendes en las órdenes de seguridad solicitadas por el Partido Popular Socialista (MS 34.070) y el Partido de la Social Democracia Brasileña (MS 34.071).

Basado en las grabaciones difundidas, Gilmar Mendes, el 18 de marzo de 2016, a pesar de declararse informado del argumento de que aquella conversación había sido grabada fuera del período de autorización judicial, suspendió la nominación de Lula para el cargo y determinó el mantenimiento de los procedimientos criminales de primera instancia en su perjuicio.

El 22 de marzo, el Relator, ministro Teori Zavascki, en la Solicitud 23.457 MC, PR presentada por la Presidencia de la República, concedió la liminar para determinar la suspensión y el envío al Supremo Tribunal Federal del pedido de ruptura de la confidencialidad telefónica y demás procedimientos relacionados, determinando que la autoridad reclamada prestase informaciones en 10 días y afirmó que sería posible que hubiera responsabilidad civil, disciplinar o incluso criminal del magistrado.

En la decisión, Teori Zavascki señaló los siguientes fundamentos: (1) la decisión del levantamiento de la confidencia viola el derecho fundamental a la confidencialidad de las comunicaciones, previsto en el art. 5º, inc. XII, de la Constitución; (2) la Ley Nº 9.296/96 garantiza expresamente la confidencialidad en sus art. 1º y 8º; (3) las autoridades públicas no pierden su intimidad y privacidad en razón de ocupar el cargo; (4) en el momento del pronunciamiento de la decisión que autorizó la divulgación de las conversaciones el magistrado ya tenía conocimiento de su incompetencia por tratarse de interlocutor cuya competencia era especial por prerrogativa de función por tratarse de una conversación del Presidente de la República; (5) la decisión de divulgación de las conversaciones se dio de forma inmediata, sin tener en cuenta su única finalidad constitucionalmente legítima (“*finis de*

investigación criminal o instrucción procesal penal”, como consta de la Ley N° 9.296/96); (6) la decisión de divulgar las conversaciones se hizo sin establecer principio contradictorio.

2. EL ABORDAJE DE LA SENTENCIA DEL LEVANTAMIENTO DE LA CONFIDENCIALIDAD DE LAS CONVERSACIONES ENTRE LULA Y DILMA

En la sentencia, Sérgio Moro afirma que, a pesar de la parcial censura del ministro Teori Zavascki, la decisión final la Solicitud proferida el 13 de junio de 2016 le devuelve la investigación, no reconociendo la competencia del STF. Completó Moro que

De acuerdo al entendimiento de este juez [...], el problema en los diálogos interceptados no fue el levantamiento de la confidencialidad, sino su contenido, que revelaba intentos del expresidente Luis Inácio Lula da Silva de obstruir investigaciones y su intención de, en cuanto asumiese el cargo de ministro jefe de la Casa Civil, actuar contra ellas con todo su poder político (“ellos tienen que tener miedo”).

Aún más, Moro determina en su sentencia cómo debe actuar el Poder Judicial y cómo debería haber actuado el STF, al afirmar que “No debe el Poder Judicial ser guardián de secretos sombríos de los Gobernantes del momento y el levantamiento de la confidencialidad era obligatorio, si no por el Juicio, entonces por el Supremo Tribunal Federal”.

Apenas con el objetivo de no dejar al lector sin análisis respecto de la corrección técnica acerca del razonamiento de que el levantamiento de la confidencialidad era obligatorio, cabe observar que el razonamiento enhebrado por Moro se trata de un irritante activismo judicial (Streck, 2012: 75).

En efecto, el inciso LX del art. 5° de la Constitución realmente establece como parámetro rechazar la publicidad de los actos procesales a la intimidad y/o de interés social. Sin embargo, esta tarea de ponderación no fue atribuida, por el texto constitucional al juez, sino al legislador, en tanto que dispone claramente que “la ley solo podrá restringir la publicidad de los actos procesales cuando lo exija la defensa de la intimidad o el interés social”. Así, es la ley la que puede restringir, siendo cierto que en los casos en que la ley lo dispone, no cabe al juez contrariarla.

Además, como bien señaló el ministro Teori Zavascki, hay otro derecho fundamental que debe ser respetado y fue ignorado por el juez: el derecho a la confidencialidad de las comunicaciones previsto en el artículo 5°, inciso XII, de la Constitución.

La Ley N° 9.296/96 reglamentó la intervención telefónica en la forma prevista en la parte final del inciso XII del artículo 5° de la Constitución y ponderó entre la publicidad de los actos procesales, la intimidad y el interés social, a la que se refirió el inciso LX del mismo artículo. En los artículos 1°, 8° y 10 de la Ley de regencia de la intervención telefónica, se prevén claramente la confidencia y su extensión a los métodos, grabaciones y transcripciones, así como criminaliza su violación.

Por lo tanto, bajo el punto de vista jurídico constitucional y procesal penal, el magistrado en función está equivocado. Sin embargo, lo que se pretende aquí no es discutir lo adecuado o no del levantamiento, sino en qué medida su fundamentación revela el quiebre de la imparcialidad objetiva.

CONSIDERACIONES FINALES: EL QUIEBRE DE LA IMPARCIALIDAD OBJETIVA A PARTIR DE SUS PROPIOS FUNDAMENTOS

A pesar de que no esté previsto expresamente en la Constitución, el derecho a ser juzgado por un juez imparcial es un derecho fundamental, indisociable del debido proceso legal (Giacomolli, 2014: 232), previsto en diversas declaraciones y tratados de derechos humanos,³ siendo condición de legitimidad de la decisión judicial (Maya, 2011: 115).

El TEDH (desde el caso *Piersack vs. Bélgica*, en 1982) y la CIDH (desde el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, en 2004) comprenden que la imparcialidad debe ser entendida no solo bajo el aspecto subjetivo (la inexistencia de relaciones entre el juez y todos aquellos interesados en el resultado de su acto), sino también objetivo, según lo cual el juez debe poner a disposición de los interesados todas las informaciones posibles que garanticen la inexistencia de un prejuizamiento (Guerrero Palomares, 2009: 36).

Los mecanismos procedimentales incidentales existentes en Brasil, léase la excepción de la sospecha, contemplan apenas el aspecto subjetivo del control de la imparcialidad. Sin embargo, la inexistencia de reglas para el control de la imparcialidad objetiva no elimina la existencia y obligatoria observancia del derecho fundamental.

En las sentencias dictadas en los casos *Padovani vs. Italia* y *Delcourt vs. Bélgica*, el TEDH adoptó la “teoría de la apariencia general de imparcialidad”, definiendo que la pérdida de imparcialidad objeti-

3 Artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, en el artículo 26.2 de la Declaración Americana de los Derechos Humanos, en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de Europa.

va está en la verificación de hechos que puedan manchar la confianza que las partes depositan legítimamente en él.

En el caso *De Cubber vs. Bélgica*, el TEDH consideró violada la imparcialidad objetiva porque el juzgamiento fue dictado por un colegiado cuya composición contaba con un juez que había conducido la investigación. En el caso *Hauschild vs. Dinamarca*, a pesar de que el TEDH hubiese entendido que el hecho de que el juez tomó decisiones en la fase de investigaciones por sí solo no mancha la imparcialidad, en el caso concreto fue considerada violada por que el juez había dictado 15 decisiones sobre prisión, confiscación de documentos y acceso a informes policiales. En el caso *Tierce and others vs. San Marino*, fue considerada violada la imparcialidad por que el juez había determinado la producción de prueba parcial en los documentos de la empresa y secuestro de bienes durante la fase de investigación.

La CIDH además de haber validado los precedentes del TEDH, dejó claro en el caso *Usón Ramirez vs. Venezuela* que la imparcialidad puede ser ligada conforme datos objetivos que pueden hacer que las partes dudasen de la legitimidad del órgano juzgador.

En el caso concreto Moro no actuó simplemente de manera activa en la investigación, resolviendo muchas más medidas que en el caso *Hauschild vs. Dinamarca*, como tales medidas involucraban, en la inmensa mayoría medios de obtención de prueba, es decir, medidas de recolección de informaciones que vulneran algún derecho fundamental, de forma oculta, sin la participación de la defensa y que imposibilitan la réplica directa.

Sin embargo, y esto es lo más relevante para el presente trabajo, los propios fundamentos arrojados por el magistrado en función para sustentar la legalidad del levantamiento de la confidencialidad de los diálogos interceptados demuestran que el juez perdió la imparcialidad objetiva.

En efecto, al afirmar que “el problema de los diálogos interceptados no fue el levantamiento de la confidencialidad, sino su contenido”, Moro demostró que no solo había autorizado la intervención telefónica, sino que venía siguiendo los diálogos personalmente. Es más, Moro no solo acompañaba los diálogos telefónicos sino que también valoraba su contenido, inclusive hasta el punto de afirmar que “revelaba los intentos del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva de obstruir investigaciones”.

Importa aclarar que este trabajo no realiza un juicio de valor sobre la existencia o no de intentos por parte de Lula de obstruir la investigación, sino apenas verificar que el magistrado, según sus propias palabras, acompañaba y valoraba las acciones del investigado, tomando prevenciones activas contra el mismo, lo que retira la nece-

saría condición de imparcial y revela, en verdad, una postura propia del investigador.

Rematando el análisis, Moro concluye con la postura moral que debe asumir el Poder Judicial, afirmando que el levantamiento de la confidencialidad de las escuchas telefónicas era necesario porque “[...] no debe el Poder Judicial ser el guardián de secretos sombríos de los Gobernantes del momento”, no pudiendo quedar duda de si él, juez, durante la investigación, realizó la valoración sobre los diálogos telefónicos captados y los consideró “*sombríos*”, y porque ya adhirió, en un momento anterior a la producción de prueba en juicio, por lo tanto *a priori*, a una de las explicaciones que las partes irían a contraponer durante el proceso.

De esta forma, el hecho de ya haber sido rechazada cualquier excepción de sospecha (mecanismo inadecuado del derecho brasileño para argüir la pérdida de la imparcialidad objetiva, al tiempo que contempla simplemente hipótesis de pérdida de imparcialidad subjetiva) no es fundamento para rechazar la invalidez del proceso juzgado por un juez objetivamente parcial. El magistrado, con su postura activa a lo largo de la investigación, acompañando y valorando el contenido de las grabaciones telefónicas que resolvió divulgar para que la opinión pública legitimase su actuación, creó condiciones objetivas para manchar la confianza de las partes en la existencia de una previa adhesión a la tesis acusatoria (Prado, 2005: 109), poniendo en evidencia la pérdida de la imparcialidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Festinger, L. 1975 *Teoria da disonancia cognitiva* (Río de Janeiro: Zahar) Trad. E. Almeida.
- Giacomolli, N. J. 2014 *O debido proceso penal: abordagem conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica* (San Pablo: Atlas).
- Guerrero Palomares, S. 2009 *La imparcialidad objetiva del juez penal: Análisis jurisprudencial y valoración crítica* (Navarra: Aranzadi).
- Lacan, J. 1999 *As formações do inconsciente* (Río de Janeiro: Zahar) Trad. V. Ribeiro.
- Maya, A. M. 2011 *Imparcialidade e processo penal: Da prevenção da competência ao juiz de garantías* (Río de Janeiro: Lumen Juris).
- Prado, G. 2005 *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais* (Río de Janeiro: Lumen Juris) 3ª edición.

Antônio Martins*

¿CULPABILIDAD POR EL CONTEXTO?

DE LOS RIESGOS DEL ABANDONO DEL DERECHO PENAL DE HECHO

I. INTRODUCCIÓN

Son muchos los aspectos que merecen un análisis técnico detallado en la sentencia aplicada en el ámbito de la Acción Penal N° 5046512-94.2016.4.04.7000/PR –entre ellos, está ciertamente la lógica de la argumentación, cuando, por ejemplo, el juicio dedujo, de la no revelación de una parte de los diálogos grabados en escucha telefónica, la legitimidad de la revelación de otros (N° 93); la utilización, a contrapelo de la técnica, de la palabra *ofensa* para designar manifestaciones de la defensa que se aferran a los hechos, aunque hubiesen ocurrido en situaciones conflictivas (N° 142); la relación entre los delitos de corrupción pasiva y lavado de dinero, así como la posibilidad de su prueba en las circunstancias concretas narradas, más allá de las características propias de la tipicidad de estos delitos.

Voy a atenerme aquí, sin embargo, a una cuestión más general, que me parece que trasciende al interés meramente circunstancial de este proceso –lo que por supuesto no le quita, al proceso, el carácter de excepcionalidad.

En el N° 948 se puede leer, con referencia al cometimiento de crimen de corrupción pasiva:

* Maestro y doctor en derecho por la Goethe-Universität, Frankfurt.

La culpabilidad es alta. El condenado recibió ventaja indebida en relación a su cargo de Presidente de la República, o sea, de mandatario mayor. La responsabilidad de un Presidente de la República es enorme y, por consiguiente, también su culpabilidad cuando comete delitos. Esto sin olvidar que el delito se inserta en un contexto más amplio, de un esquema de corrupción sistémica en Petrobras y de una relación espuria entre él y el Grupo OAS. Obró, por lo tanto, con culpabilidad extrema, lo que también debe ser valorado negativamente.

Más abajo, todavía en el mismo número, se repiten los mismos argumentos, variando apenas la conexión entre el crimen cometido y el cargo de Presidente de la República, en un pasaje que evito transcribir por economía del espacio.

En el pasaje mencionado, se encuentran dos elementos que parecen apuntar en la dirección del abandono del paradigma del derecho penal de hecho. Esto parece tener, considerándose muchas declaraciones relacionadas a este y a otros procesos, un significado programático. No entraré en la cuestión de cuánto del paradigma del derecho penal de hecho es violentado, cotidianamente, en procesos criminales de menor perfil mediático –sobre todo, en procesos de tráfico de estupefacientes.¹ La extensión de este tan viejo paradigma de atribución de culpabilidad por una posición social o un contexto criminal a la criminalidad económica (de escenario político), es algo nuevo y preocupante. El abandono del derecho penal de hecho se universaliza, en la práctica y en la teoría. Un retorno a él, medida de urgente racionalización del sistema penal, se revela cada vez más lejano.

II. DERECHO PENAL DE HECHO Y PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

La culpabilidad penal es la categoría por la que se atribuye un hecho a un agente como resultado de un proceso de imputación.² Ella no puede ser observada, si no es resultado, como afirmamos, de un proceso de imputación, que debe incorporar las garantías de orden jurídico y respetar los estándares sociales de justicia y los principios de limitación de la intervención penal estatal, optimizando, al máximo, la libertad individual.³ En un proceso de imputación *jurídica*, un individuo es reconocido como *jurídicamente* capaz de obrar (así como en

1 Sobre la lógica de construcción de los discursos de criminalización y su implementación en estos contextos, *cf.* Malaguti Batista (2003).

2 *Cf.*, entre muchos, el trabajo didáctico de Hassemmer (2009: 205 y ss.).

3 *Cf.* Tavares (2015: 96).

el proceso de imputación moral se le reconoce la capacidad de acción moral) y se le atribuye un hecho como obra suya.⁴

Por lo tanto, en la vinculación de un autor a un hecho delictivo reside la esencia misma del proceso de imputación y atribución de la responsabilidad penal. Pero esto no es todo. El derecho penal moderno es derecho penal de hecho en el sentido de que la gravedad del juicio de reprobación –o, como prefiero decir, de conducta indeseable– se mide por el hecho cometido, y no por características que refieren a la personalidad del autor o su posición social.⁵

Los riesgos del derecho penal de autor son muchos. Como bien reparan Zaffaroni, Nilo Batista y sus coautores, tal paradigma necesariamente concibe al criminalizado como un ser inferior –y lo excluye, por definición, del contexto de los ciudadanos responsables por y en el ámbito del derecho penal.⁶

La ilustración va a determinar el camino del derecho penal moderno como derecho penal de hecho.⁷ En este, sea la violación de derechos subjetivos, sea la lesión de bienes jurídicos individuales se deberá pautar la finalidad y los límites de la intervención del Estado que criminaliza. Los derechos, bienes e intereses individuales están en el centro del sistema penal como criterio orientador.⁸ Sería natural, por lo tanto, que el mismo énfasis se produjese en el marco del concepto de culpabilidad, manteniendo, inequívocamente, la vinculación entre el hecho y el individuo que lo cometió.

No es este el camino que la ciencia penal va a recorrer desde el fin del siglo XIX. El derecho penal de hecho va sufriendo un proceso continuo de erosión.⁹ En primer lugar y paradigmáticamente, en el derecho penal orientado al autor de la nueva escuela de Von Liszt; posteriormente, con las doctrinas penales vinculadas al nacional socialismo.¹⁰ En el caso de Von Liszt, es la propia reestructuración de

4 Para una reconstrucción de la teoría de la imputación a partir del siglo XVII, *cf.* Hruschka (2004: 17 y *ss.*).

5 Para una exposición detallada del antagonismo entre derecho penal de hecho y derecho penal del autor, así como para una reconstrucción histórica de ambas tendencias, *cf.* Roxin (2006: 178 y *ss.*).

6 Ver Zaffaroni et al. (2011: 132 y *ss.*).

7 *Cf.* Fernández Carrasquilla (2013: 174): “Se trata, pues, de la más cara conquista del derecho penal liberal, piedra angular del edificio jurídico del delito y piedra de toque de toda la política criminal que pueda hoy ser compatibilizada con los requerimientos del Estado democrático de Derecho”.

8 *Cf.* Stratenwerth y Kuhlen (2004: 38).

9 *Cf.* Vormbaum (2011: 123).

10 Es especialmente relevante la doctrina de culpabilidad por la conducta de vida de Edmund Mezger. Para los antecedentes del concepto de culpabilidad en la República

todo el derecho penal a partir de la idea de prevención y protección de bienes individuales que va a trasladar la mirada hacia el autor –y es a partir del autor que se pretende prevenir la práctica delictiva; es a partir de su resocialización o neutralización que se podrá evitar la lesión de intereses individuales.¹¹ Sobre esta base se edifica la mencionada contradicción.

De todo modo, incluso donde se reconoce la prevalencia del derecho penal de hecho en detrimento del derecho penal del autor, esta prevalencia siempre fue más o menos mitigada. Así es que, por ejemplo, tipos penales que criminalizan la conducta de vida fueron mantenidos en sucesivas legislaciones alrededor del mundo, en contextos políticos distintos, así como se admitía que la conducta de vida podía constituir el propio hecho delictivo.¹² El mantenimiento de características de la personalidad como fundamento para la aplicación de la pena vinculadas a la culpabilidad es otra marca del derecho penal del autor que permanece en el derecho penal contemporáneo.¹³ Finalmente, las teorías de la prevención especial de la pena siguen garantizando el espacio teórico dogmático para construcciones sujetas al derecho penal del autor.

Pero es sobre todo en la presencia recurrente de un enemigo a ser combatido, como sombra del derecho penal liberal, que la lógica del derecho penal de autor sigue actual.¹⁴ Esta sombra va adquiriendo formas diversas, dependiendo del momento y, sobre todo, del área y de la estrategia de intervención penal.¹⁵ La supresión de garantías como forma de combate no es solo común a los discursos, sino también y sobre todo, su estructura: la identificación del enemigo a partir de características personales, de posiciones sociales y de contextos difusos de acción.

Esta estructura contamina el discurso penal también cuando retorna hacia formas de criminalidad distintas de las tradicionalmen-

de Weimar y la contextualización de la teoría y del autor en el momento político alemán *cf.* Muñoz Conde (2002: 48 ss., 68 ss.).

11 Ver Von Listz (1905: 126 ss.; T. 1). Una crítica detallada en Naucke (2000: 223 y ss.). *Cf.*, además sobre la doctrina de Von Listz, Zaffaroni (2011: 90 y ss.).

12 *Cf.*, por ejemplo, Mayer (1953: 61).

13 Sobre este problema, con detallada discusión, ver: Fernandez Carrasquilla (2013.: 175 y ss.).

14 Ver en este sentido Stegemann Dieter (2013: 205 y ss.).

15 Se amplía el panorama en Zaffaroni (2011). La literatura crítica sobre el derecho penal del enemigo se tornó vasta. Son fundamentales Muñoz Conde (2008) y Greco (2010); como también los sucesivos estudios de Aponte Cardona (2014: 130-216).

te vinculadas al concepto de enemigo. Así es que el derecho penal sobre todo económico –y, en el caso brasileño, político económico, si se puede utilizar la expresión– termina por deparar con una transformación paradigmática en la construcción de sus categorías. Esta transformación se da en las estrategias y los discursos de criminalización, reflejándose directamente en la estructuración de figuras dogmáticas. El ámbito más inmediatamente afectado es el de la participación criminal –y en él se demuestra, claramente, como los nuevos ejes de criminalización provocan, como reacción, tentativas de rediseñar categorías ya establecidas.¹⁶

En la tercera y conclusiva parte de este artículo, intentaré demostrar cómo la sentencia analizada promueve algo similar, al rediseñar el concepto de culpabilidad de modo de desvincularlo de la culpabilidad por el hecho.

III. CULPABILIDAD POR EL CONTEXTO Y POR CONTAMINACIÓN –Y SUS RIESGOS

La tendencia de separación de la relación autor-hecho para un cargo o posición social –tan cara al llamado derecho penal de empresa– está inscrita, literalmente, en el pasaje seleccionado de la sentencia aquí analizada. Es que la culpabilidad agravada se deduce de la propia condición de presidente de la República. O sea, la culpabilidad pasa a ser determinada, de antemano, por el lugar social y jerárquico ocupado por el supuesto autor. Antes incluso de haber cometido el crimen, sea cual sea, la culpabilidad estará agravada. Siendo así, es innecesario señalar que ella se desprende del hecho delictivo para adoptar sustancia propia y que le es ajena.

En segundo lugar, la culpabilidad está marcada por el “contexto de corrupción sistémica”. Aquí, el procedimiento de redimensionamiento de la culpabilidad opera según una lógica, en sí, opuesta a la del derecho penal del hecho. La culpabilidad tiene por medida el contexto de la práctica de otros crímenes, y no el hecho que se imputa al autor. De un lado, la vaguedad del contexto tiende a sustituir la concreción del hecho individual. Del otro, se impone a la categoría de la culpabilidad una lógica de contaminación: la culpabilidad será determinada y agravada por la contaminación de un hecho por la existencia contigua de otros. Se trata, por lo tanto, de una especie de culpabilidad transdelictiva. Finalmente, si la intención está en atribuir una culpabilidad por el

¹⁶ Ejemplo evidente fue la utilización extravagante, para decir lo mínimo, de lo que se consideró la teoría del dominio del hecho en la Acción Penal 470 por parte del STF. Ver, al respecto, Leite (2014: 123).

conjunto de los crímenes, se viola, de manera enorme, el principio de la legalidad.

Los riesgos de este nuevo concepto de culpabilidad penal son evidentes. Renovado según las pretendidas necesidades de prevención y combate a la criminalidad político económica, el concepto se desvirtúa en cuanto supone la erosión de su significado de garantía. Otro paso más en la dirección de un derecho penal sin garantías, mero instrumento de la política estatal.

REFERENCIAS

- Aponte Cardona, A. 2014 *Derecho Penal y Filosofía. Textos Escogidos*, Vol. 1 (Bogotá: Ibáñez).
- Fernández Carrasquilla, J. 2013 *Derecho Penal. Parte General: Principio y Categorías Dogmáticas* (Bogotá: Ibáñez).
- Greco, L. 2010 *Feindstrafrecht* (Baden-Baden: Nomos).
- Hassemer, W. 2009 *Warum Strafe sein muss* (Berlín: Ullstein).
- Hruschka, J. 2004 “Zurechnung seit Pufendorf. Insbesondere die Unterscheidungen des 18. Jahrhunderts” en Kafman, M. y Renzikowski, J. *Zurechnung als Operationalisierung Von Verantwortung* (Frankfurt: Lang).
- Leite, A. 2014 “Dominio de hecho, dominio de organización y responsabilidad penal por hechos de terceros. Los conceptos de autor y partícipe en la AP 470 del STF” en Greco, L. *et al.* (org.) *Autoría como dominio de hecho* (San Pablo: Pons).
- Malaguti Batista, V. 2003 *Difíceis Ganhos Fáceis. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro* (Río de Janeiro: Revan).
- Mayer, H. 1953 *Strafrecht* (Stuttgart / Colonia: Kohlhammer).
- Muñoz Conde, F. 2002 *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo* (Valencia: Tirant lo Blanch) 3ª edición.
- Muñoz Conde, F. 2008 *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”* (Buenos Aires: Hammurabi) 2ª edición.
- Naucke, W. 2000 “Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882” en *Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts*, (s/d).
- Roxin, C. 2006 *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Múnich: Beck) Tomo I. 4ª edición.
- Stegemann Dieter, M. 2013 *Política Criminal Atuarial* (Río de Janeiro: Revan).
- Stratenwerth, G. y Kuhlen, L. 2004 *Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat* (Colonia: Heymanns) 5ª edición.
- Tavares, J. 2015 *Teoria do Delito* (San Pablo: Estúdio Editores.com).

- Von Listz, F. 1905 “Der Zweckgedanke im Strafrecht” en
Strafrechliche Ausätze und Vorträge (s/d) Tomo 1.
- Vormbaum, T. 2011 *Einführung in die modern Strafrechtsgeschichte*
(Berlín: s/d) 2ª edición.
- Zaffaroni, E. R. 2011 *O inimigo no direito penal* (Río de Janeiro:
Revan) 3ª edición.
- Zaffaroni, E. R. *et al.* 2011 *Direito Penal Brasileiro. Primeiro
volumen: Teoria Geral do Direito Penal* (Río de Janeiro: Revan)
4ª edición.

Augusto Jobim de Amaral*
y Fernanda Martins**

¿QUÉ DEL CINISMO JURÍDICO “VIENE AL CASO”?

1. LA FARSA Y EL RIDÍCULO tal vez tengan algo en común: el ejercicio cínico. Sobre ella nada cabe de (auto)crítica, pues saben muy bien lo que hacen, pero incluso así lo hacen. Contra esto, probemos la ironía o incluso el sarcasmo, apenas como un esfuerzo de exponer sus frases ideológicas al ridículo, poniendo de manifiesto su violencia y sus pretensiones brutales de poder. Que sobre la capa de la imparcialidad universal puesta como ideología oficial se exponga la perversión nada ingenua de sus razones particulares.

Delante de la contumaz expresión cínica “no viene al caso”, ¿qué podría decirse sobre la coyuntura actual político criminal reflejada en la sentencia que condena a un expresidente de la República de manera insensata? Otro instante triste del profundo caldo cultural autoritario que experimentamos por tradición en Brasil se dio el día 12 de julio de 2017, reactualizado por un racismo de clase, pero que nada dista

* Profesor del Programa de Posgrado (Maestría y Doctorado) en Ciencias Criminales de la PUCRS. Doctor en Altos Estudios Contemporáneos (Ciencia Política, Historia de las Ideas y Estudios Internacionales Comparados) por la Universidad de Coimbra (Portugal). Doctor, maestro y especialista en Ciencias Criminales.

** Profesora de Derecho Penal, Proceso Penal y Criminología de la UNIVALI. Doctoranda en Ciencias Criminales por la PUCRS.

de la rutina naturalizada de violencias selectivas, institucionalizadas y amparadas categóricamente, no solo por el largo espectro mediático, sino por actores del Estado que ganaron protagonismo inédito y que acabaron por orientar la persecución criminal.

La dinámica de las megaoperaciones policíacas y sus megaprocesos nada menos arbitrarios, vertidos bajo el eslogan del “combate a la corrupción” –que la justicia criminal brasileña aprendió a importar tardíamente, importándole poco siquiera cuestionar lo que tales prácticas acarrearán de concreto en las experiencias de los países que las ejercen, a saber, nada de reducción en las prácticas de corrupción, aunque un sensible perfeccionamiento en sus performances–, construyen algo parecido a un andamiaje narrativo de inicio sobre el cual se irá apilando toda y cualquier hipótesis en el proceso penal, sea ella acusatoria o defensiva, y orientará todos sus movimientos y estrategias. Llamamos eso, en algún momento, como “presunción dilatoria”. Si la lucha entablada a través del proceso penal debería representar una presunción deflagrada desde un movimiento acusatorio mínimo que precisará ser comprobado, el actual estado del arte procesal penal en Brasil no dista de poseer como epicentro, o como polo de atracción, el propio contenido de las delaciones o de sus desdoblamientos conexos. En sentido obscuro, aquello sobre lo que se deberá esgrimir sobre el curso de las delaciones exhibidas, consideradas ahora como verdaderas hasta que (nunca) se demuestre lo contrario.

Pasando de largo cualquier *preocupación de inocencia* democráticamente concebida, se producen subjetividades jurídicas (actores político criminales) que, forjadas oportunamente sin perder tiempo, y angustiados por la *eficiencia* punitiva, se amparan en el cinismo de los “juegos procesales” y destilan el miedo como estrategia. Cinismo y miedo constituyen los afectos político-criminales centrales en estos contextos.

Siendo así, el camino de una *criminología mediática*, instrumento de un *populismo punitivo*, dinamiza un autoritarismo *cool*. La *pornografía penal* tendrá una dupla y complementa el escenario: para la plebe, habitual clientela del sistema penal, un gran menú de programación televisiva en la rutina policíaca “en acción”, aunque para la casta privilegiada, la oda punitiva deberá vestir otro ropaje, al final debe ser retratado a través de capítulos diarios como cualquier enredo de novela y finalmente rodeado de “delaciones” filtradas y transportadas por los vehículos de los grandes medios anémicos de democracia. Todo amparado, en fin, por decisiones judiciales “imparciales”. Por lo tanto, la *governabilidad de un dispositivo judicial inquisitivo* no cesará en demostrar sus reconfiguraciones. Que el discurso crítico, por su

parte, tampoco ignore su responsabilidad en prever ambas implicaciones además de su arrogancia desastrosa.

2. No obstante la dimensión reducida de esta crónica, vale señalar algunos contornos del núcleo de la sentencia condenatoria en cuestión que nos trajo aquí. No sin antes indicar que no será extraña a una sociedad de control hacer uso intensivo de la transparencia informacional, en los términos en que todo se transforma en producto, en datos listos para servir como escándalo. No olvidemos, incluso así pueden funcionar las contiendas judiciales. Aquí cualquier juicio crítico se esfuma en favor de un espectador afecto solo al escándalo, en una especie de escenificación democrática sin densidad. Tal vez en un esfuerzo de resistencia dentro de este contexto, en que el atavismo del pensamiento gana fuerza como odio difuso, ¿qué espacio le quedaría a una conciencia crítica para indagar la condena del presidente Lula?

Aunque de forma rápida, sumergirse en las cuestiones técnicas de la sentencia debe tener sentido. Comenzando por la amplia base que inicialmente configuró la llamada “Operación *Lava Jato*”: ¿Qué, de hecho, no es conexo teniendo en vista la línea (retorcida) que englobó todo como materia de la 13^a Sala de Justicia Federal de Curitiba, competencia completamente impropia teniendo en vista lo dispuesto en el art. 109 de la CRFB? ¿Qué no diría respecto a Petrobras, según la lógica del “mayor esquema de corrupción del mundo”, eslogan listo para servir en cualquier momento? Tan frágil es el malabarismo que más tarde en respuesta a los “embargos de declaración” defensivos, será el propio juez el que escriba que “jamás afirmó que los valores obtenidos por la Constructora OAS en los contratos con Petrobras fueron usados para el pago de ventaja indebida para el expresidente”, o sea, faltó apenas que el imparcial juez de Curitiba se declarase incompetente para siempre.

Desde otro punto: ¿Qué especie de imputación se sustenta al expresidente Lula sino la conjugada con un explícito *lawfare*? No precisaremos ir a las innumerables representaciones en el CNJ contra este magistrado, la divulgación ilegal de audios por los medios masivos de comunicación, o incluso su “notable” actuación desde el caso “*Banestado*” (en la década de los noventa) hasta su actual cruzada a través de la nebulosa y oportuna relación con Alberto Youssef, para señalar cómo vinieron a desdoblarse las estrategias de persecución exactamente por figuras que deberían ser la primera barrera al abuso de poder. Saña que no cesó ni después de pronunciarse la condena a Lula: secuestran sus bienes dos días después, avanzando sobre cláusulas como enredos explícitos para dificultar el recurso –todo movimiento como respuesta a un pedido del 4 de octubre de 2016 del MPF mucho

antes de la sentencia dictada y aún a despecho de reconocer en la decisión que no hubo ningún prejuicio a Petrobras.

Interesante, aunque sea por fuerza de aclaración, directamente preguntar: ¿Cómo se desdoblán las cadenas alucinatorias de la condena a Lula, de forma sucinta, a través de dos crímenes de corrupción pasiva y lavado de dinero? Es notable que, todas las condenas, de alguna manera, hablan acerca de (la falta de) controversia relativa al departamento triplex. “Cuestión crucial” dirá el juez imparcial de Curitiba, aunque no presente ninguna comprobación de que Lula sea el propietario del inmueble, mismo departamento que aún hoy consta en el RGI en nombre de OAS, inclusive con garantía de hipoteca en la CEF.

Además de innovar en el tipo del art. 317 del CP, crea una nueva modalidad del delito de “lavado de dinero”, ahora sin dinero. “Lavado”, según su informe, porque el imputado visitó un inmueble que podría ser adquirido en el futuro, pero no sin antes cometer “corrupción pasiva”, incluso estando ausente cualquier comprobación de que haya solicitado, recibido o aceptado ninguna ventaja indebida. Sobre tal atributo “indebidamente”, todavía permaneció mudo el juez sobre esta necesaria correlación, que debería ser producto de responsabilidad del imputado en los contratos vinculados a Petrobras firmados por OAS. Con aires para chocar cualquier inteligencia rastrera, se lo condena, por un lado, aunque no recibiera ningún beneficio patrimonial y, por otro aún, se señala el encubrimiento del origen ilícito de aquello que no existió. En conclusión: se sugiere convenientemente a un corrupto por recibir un inmueble que nunca fue suyo y que, principalmente, su verdadero dueño siquiera podría entregarlo a alguien.

En suma, si sobre la hipótesis de la corrupción, como presupuesto mínimo, tendría que comprobarse el recibimiento de una ventaja (la propiedad del inmueble) como contrapartida sobre el contrato (CONEST/RNEST) con Petrobras, ¿por qué no se argumenta nada al respecto en la larga sentencia? Y si, en función a la destellante elucubración judicial, el crimen de corrupción “no depende de la práctica de oficio” y “que no hay necesidad de una determinación precisa de él”, ¿qué queda de la legalidad penal para una autoridad judicial como esta? Y si la condena de “lavado”, a través del “ocultamiento y disimulo de la titularidad del departamento [...] y de las reformas realizadas”, o sea, dotar al capital ilícito de aparente licitud, ¿cómo comprobarla sin que haya habido incorporación de los bienes al patrimonio de Lula? Incluso, aun, bajo cierto punto hasta risible: ¿Qué sentido tendría concebir el lavado de algo que permanece oculto? Obviamente, cuanto menos esto se recordó mejor, quizás por eso los cinco párrafos resguardados al análisis de la tesis defensiva.

Hasta contradiciéndose en respuesta a los “Embargos de Declaración” al aducir que Lula no fue condenado por ser titular oculto del tríplex sino porque el valor de las obras realizadas en el departamento habría sido “deducido” de una caja virtual que Leo Pinheiro (delator o coimputado, no puede afirmarse precisamente) afirma haber mantenido en nombre del PT (acumulando R\$ 16 millones), sería necesario una vez más alguna prueba de esta deducción para beneficiar al imputado. No fue el caso, pero ¿quién pudiera retirar de su nefasta “libre apreciación de la prueba”, quizás de alguno de los 73 testimonios oídos a lo largo de 23 audiencias algo sustentable, más allá del dicho “nada influenciable” (dos años preso, antes de testimoniar en acusación a Lula) del expresidente de OAS?

Guárdese, en esta dirección, una línea privilegiada acerca de la primera delación premiada informal de la historia –otro factor inédito traído por el espectáculo– de Leo Pinheiro, algo fundamental y casi único para condenar a Lula. De manera trivial, además de la mayor paciencia en el trato que este tipo de escracho jurídico implica éticamente (técnica sofisticada por dinámicas de tortura), es necesario decir que ni aún dentro de la fragilísima lógica esgrimida por el juez, ella se sustenta: directamente, se sabe que tal “acuerdo” fue primeramente cancelado, después rehecho y aún hoy siquiera fue homologado.

3. El problema no es decir que la decisión judicial es “política”, todas lo son en alguna medida, a no ser que queramos asumir un purismo en el trato de la cuestión jurídica acostumbrada a las falsas inmunidades de ideologías autoritarias. ¿Pero qué política es esta? ¿Cuál es su adherencia a la democracia? ¿Y qué es lo que implica a una decisión penal mayor o menor permeabilidad a las reglas democráticas? Al menos bajo esta interfaz político-epistemológica caben algunas referencias.

Estamos hablando, en sede de proceso penal, de la tentativa de resguardarse este ambiente de posturas paranoicas –y no olvidemos que ellas nunca son inofensivas, mucho menos cuando tratan de doctrinas, policías y tribunales. Epistemológicamente hablando, nos referimos a operadores que alargan la porosidad de la *convicción a la evidencia* por cierto, donde un *supuesto juez*, investido en su imaginario, podrá investir su deseo en la labor de persecutor como *máquina* de guerra. La arena política (y aquí es entendida bajo las preconstituciones que colman el horizonte de expectativas constitucionalmente puestas) es violada cuando reina el régimen de opinión que, en esencia, cristaliza la *aclamación* punitiva. Recordemos la conducción del argumento condenatorio a través de reportajes periodísticos que, además de su dudosa parcialidad, son regidos por otras variables.

Es del *modo de ejercicio de la prueba* que se habla, inclinada por una *aceptación* precoz en que se instala el registro de la *evidencia*. Dejando de ser destinatario de la prueba y tomando partido en una especie de autodonación, así el magistrado se aproximó a una *convicción apresada*. Quiere decir que queda innecesariamente más próximo el magistrado del componente natural *alucinatorio de la evidencia* cuando pasa por encima de las *condiciones de apoyo* y se coloca rápidamente en el polo de la *aceptación* –acomete en su *saber* en vez de decidir sobre la *prueba*. Más que un “primado de las hipótesis sobre los hechos”, es la asunción acelerada de la decisión anulada por la convicción. Acomete en lo que entiende como fáctico (entendido como transparente y opuesto al argumento probatorio, como si fuese evidente), dado por vectores externos como materiales periodísticos o internos como las delaciones que ni de largo sirven para completar cualquier lastre condenatorio adecuadamente.

Lo que tenemos es un goce sensible dado por la *justificación de la inducción* que realiza, sea (a) en las innumerables laudas que resguarda para decir lo que no hace (o sea, expone su nada creíble imparcialidad por los 152 ítems iniciales de la decisión acerca de las “excepcionales” prácticas de conducción coercitiva, examina incautaciones domiciliarias e intercepciones telefónicas inclusive de los defensores –60 páginas a lo largo de las extensas 218), en un falso giro performativo que solo confiesa tácticamente su itinerario y un patético ejercicio invertido durante el procedimiento, sea, sobre todo, (b) en la *deducción enmascarada* que produce, en la medida que en momento alguno aduce vinculación, en cualquier dimensión, a la *pre-ocupación de inocencia*.

Tal como en la prueba legal medieval, la postura transfigurada por la sentencia trae en su centro la autoridad inquisitiva de *generalización de una norma de conclusión*. Una supresión de cualquier límite inductivo a la imaginación persecutoria reinante. Aquello que aparentemente se construiría bajo apariencia de inducción probatoria esconde una inexpugnable conclusión fáctica previa gracias a la conjunción de premisas dadas como verdaderas. En el caso del procedimiento inquisitivo premoderno, eran las tarifas de pruebas que determinaban valores distintos a cada tipo. Gracias a este artificio, la *inducción* se transformaba en simple *deducción*, cuya premisa universal venía puesta en la prueba legal. Actualmente lo que se coloca por prácticas inquisitivas en terreno democrático, en especial en el escándalo de la sentencia examinada, es que la decisión judicial se ha tornado un pleno ejercicio de *formación de signos normativos de conclusión deducida*.

Valiéndonos de la misma táctica que respalda todo este escenario, “para evitar ciertos traumas”, de nuestra parte que se afirme al fin: sin duda no podemos negar en este escándalo procesal penal alguna coherencia. Nada más evidente que la cualidad encontrada en la completa correlación de la acusación con la sentencia articulada: para un infantil esquema informático inicial reductor de complejidad (sea por falta de elementos hábiles amparar la pretensión acusatoria, que por falta de preparación técnico intelectual), nada mejor que una sentencia que cínicamente lo replica.

Beatriz Vargas Ramos*

EL JUEZ, EL COLABORADOR Y LAS LAGUNAS DEL RELATO CONDENATORIO

¿QUIÉN CONOCE LA ACCIÓN PENAL N° 5046512-94.2016.4.04.7000/PR? Este es el registro oficial, discreto y banal, del proceso que nació con estruendo y un *Power Point* de la “fuerza de operaciones” de Curitiba. Deltan Dallagnol, procurador de la República, líder de la iglesia Bautista de Bacacheri y admirador de deportes extremos, comandó, el 14 de septiembre de 2016, la presentación mediática de la denuncia contra Luis Inácio Lula da Silva, por corrupción y lavado de dinero –versión *Lava Jato* sobre un departamento triplex en Guarujá. Según Dallagnol, el expresidente sería el “comandante máximo del esquema de corrupción en Petrobras”.

Otra versión acusatoria se había presentado anteriormente. El 09 de marzo de 2016, los representantes Cássio Conserino, Fernando Henrique Araújo y José Carlos Blat, del ministerio público de San Pablo, le imputaban al expresidente de la República la acusación de lavado de dinero y falsedad ideológica y pedían su prisión preventiva. En la disputa judicial que siguió, venció la segunda versión, la del ministerio público federal. El juez Sérgio Moro ya tenía una interpretación del caso: “los ilustres representantes de la Justicia autores de

* Profesora adjunta de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Brasilia (UnB).

la denuncia relacionaron equivocadamente la concesión del departamento en cuestión” a fraudes en la cooperativa de los bancarios.¹ Desde entonces, quedó establecida una supuesta conexión del caso con el objeto de la operación *Lava Jato*.

El día 12 de julio de 2017, Sérgio Moro condenó al expresidente Luiz Inácio Lula da Silva a 9 años y 6 meses de reclusión, además de la multa, decretando también la prohibición, por 19 años, del ejercicio de cargo o función pública o de “director, miembro de consejo o de gerencia de las personas jurídicas”, indicadas en el art. 9º, de la Ley Nº 9.613/98. Determinó incluso la confiscación y el secuestro del departamento 164-A del condominio Solaris, en Guarujá, considerado producto de corrupción y lavado de dinero, y fijó en 16 millones de reales el valor de “reparación de los daños relativos a los crímenes”. El juez entendió que no había pruebas suficientes para caracterizar como crimen de corrupción el fondo, aunque “irregular”, de los bienes del patrimonio presidencial. En lo tocante a esta imputación, afirmó no haber “mucha controversia sobre los hechos, sino solamente sobre su interpretación” (ítem 926 de la sentencia).

Para considerar, en lo principal, el informe de la acusación, el juez encontró sustento en las declaraciones de uno de los dos coacusados, José Aldemario Pinheira Filho, o Leo Pinheiro, expresidente del grupo OAS. Y de él los dichos que respaldan la versión acusatoria. Todos los demás elementos, una colección de fragmentos esparcidos, impresiones subjetivas y pequeñeces sobre detalles que, por sí solos, no indicarían una vía única y conclusiva entre otros caminos posibles, pasan a tener sentido bajo la luz de la verdad de Leo Pinheiro. Su “confesión” es el eje que orienta a toda la trama. La prueba “pre-existente” y dicha “independientemente” de la colaboración del coacusado, es “prueba documental recogida en operativos de registros e incautaciones” (ítem 246 de la sentencia), no es mucho más que un conjunto de pensamientos confusos e imprecisos, sin mayor expresión probatoria –que no fuesen las declaraciones del coacusado. La verdad de Leo Pinheiro fue fundamental no solo para condenar al expresidente Lula, sino también para absolverlo de la práctica de otro delito de corrupción, el que el ministerio público divisó en cuanto a las existencias del patrimonio presidencial. Otros dos coacusados, empleados de OAS, el ingeniero Paulo Roberto Valente Gordilho y el arquitecto Roberto Moreira Ferreira, también fueron absueltos en base a las declaraciones de Pinheiro –ambos denunciados solamente por el crimen de lavado de dinero.

1 Ver <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-30/ministro-stj-volta-aprovar-fatiamento-denuncia-lula>>.

Ningún otro colaborador –o delator– fue tan claro e incisivo al afirmar el conocimiento y la participación del expresidente Lula en relación al “esquema de corrupción en Petrobras”. Es Pinheiro quien dice que hubo un “acuerdo de corrupción, teniendo por beneficiario específico” a Luiz Inácio Lula da Silva. Este acuerdo no sería hecho en dinero, pero estaría “materializado” en el triplex y sus reformas. De qué forma sería este departamento destinado al acusado y en qué exactamente consistiría esta supuesta ventaja (sin el ingreso efectivo del bien en el patrimonio del acusado) son cuestiones importantes para la caracterización del crimen de corrupción que no llegaron a ser consideradas por el juez y mucho menos por el colaborador.

Ninguna de estas indagaciones tiene utilidad frente a la versión de que el departamento fue “concedido” de forma “subrepticia”, mantenida “la titularidad formal del bien con el grupo OAS”. Así, es justamente por el hecho de no ser el inmueble propiedad del acusado que habría que comprobar el objetivo de “ocultamiento” y “disimulo” del crimen. Extraña ventaja consistente en una “concesión” –jamás concretada– de alguna cosa diferente (¿qué cosa sería?) de la propiedad de un inmueble que nunca llegó a ser ni siquiera ocupado por el acusado.

El crédito conferido a las declaraciones de Pinheiro viene, según Sérgio Moro, de su correspondencia con la “amplia prueba documental” reunida –aquél conjunto de confusos pensamientos antes mencionados. El coacusado es tratado en la sentencia como colaborador:

Considerando su manifiesta intención de colaborar, no se vislumbra por cuál motivo admitiría haber cometido un crimen de corrupción y negaría el otro. En caso de que su intención fuese mentir en el juicio en favor propio y del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, negaría ambos crímenes. En caso de que la intención fuese mentir en el juicio solamente para obtener beneficios legales, afirmaría los dos crímenes (ítem 936).

A pesar de las fuertes convicciones del juez Moro, solo una cosa es cierta: Luiz Inácio Lula da Silva no es y nunca fue propietario, poseedor o usufructuario de ningún departamento del condominio Solaris de Guarujá. La sentencia está repleta de expresiones orientadas a definir la relación entre el expresidente de la República y el inmueble de Guarujá, tales como “propietario de hecho”, “beneficiario”, “destinatario”, inclusive la expresión “propietario” se utiliza muchas veces, asimismo, pura y simplemente, como si esa condición dispensase el mínimo efecto probatorio. La corrupción pasiva, conducta descrita en el tipo del art. 317 del Código Penal brasileño, solo se atribuye si el servidor público “solicita”, incluso por interpósita persona, “reci-

be” o “acepta” en su propio beneficio o de terceros, ventaja indebida, para cometer u omitir un acto inherente a su función. De las tres hipótesis, una es descartada –aunque no expresamente– por la propia sentencia, la del “recibimiento”. Si es evidente que no recibió –no hay prueba de la propiedad, de la tenencia o del usufructo del bien–, ¿cuál es la demostración de que el expresidente Lula habría “solicitado” o “aceptado”? La respuesta está en los dichos de Leo Pinheiro (entre lo dicho y lo no dicho, el inmueble habría sido solicitado de forma indirecta). ¿Entonces cuál sería la contrapartida por la indebida ventaja solicitada? Otra vez, la respuesta de Pinheiro: el Grupo OAS pagaba porque esa era la “regla de mercado”. El juez, sin embargo, encontró una explicación mejor: “a partir de 2006 o 2007”, la empresa entró al “club” de aquellas que “arreglaban fraudulentamente las licitaciones” (ítem 861 de la sentencia). Entre el ingreso de la empresa al “club” de las licitaciones y la “concesión” jamás efectivizada de un inmueble en favor del acusado faltaba apenas un puente, un nexo, una ligación. Este puente se construyó con elementos que van mucho más allá de lo que el análisis de las pruebas podría autorizar: Luiz Inácio Lula da Silva estaría, para el juez Moro, involucrado directamente en el aludido “esquema de corrupción de Petrobras”. Y más, consta en la sentencia que hubo práctica efectiva de “actos de oficio con infracción del deber funcional” –lo que incide contra el expresidente de la República a causa del aumento de la pena correspondiente. El ítem 890 de la sentencia es uno de los que mejor expresa el razonamiento del juez federal de Curitiba:

Incluso desde la perspectiva del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, su sugerencia de los directores de Petrobras que se vieron involucrados en los actos de corrupción, como Paulo Roberto Costa y Renato de Souza Duque y a su mantenimiento en el cargo, mismo entiende de su vinculación en la recaudación de sobornos, lo que es conclusión natural por ser también uno de los beneficiarios de los acuerdos de corrupción, representa la práctica de actos de oficios en infracción de la ley. Es cierto que, probablemente, el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva no tenga conocimiento de los detalles ni se vinculaba directamente en los acuerdos de recaudación de valores, pues tenía subordinados para tal motivo, pero habiéndose beneficiado materialmente de parte de sobornos provenientes (*sic*) de acuerdos de corrupción en contratos de Petrobras, aunque a través de una cuenta general de sobornos, no tiene cómo negar el conocimiento del esquema criminal.

Salta a la vista, frente a este relato decisivo, que la conclusión se apoya en una secuencia de suposiciones para completar las muchas lagunas no rellenas por el *corpus* probatorio (“es conclusión natural”, “es cier-

to que”, “probablemente”, etc.). Cuanto mayor la cantidad de lagunas en el discurso condenatorio, menor la certeza sobre los hechos. Así, si una pregunta puede tener más de una respuesta igualmente lógica o verosímil, ninguna de estas respuestas podrá considerarse suficiente para afirmar la certeza necesaria a la condena –es exactamente esto lo que orienta la norma de oro de *in dubio pro reo*.

En fin, la versión de los hechos acogida en la sentencia –la misma contenida en la denuncia– tiene sentido en el contexto de una hipotética participación directa del expresidente Lula en un “esquema complejo”, cuya ejecución sería repartida entre varios agentes. El juez hizo muchas referencias a esa hipótesis, a pesar de no existir acusación formal sobre un eventual concurso de agentes, participación del acusado en un “grupo criminal organizado” o “asociación criminal”. El hecho de la participación, sin embargo, está en la sentencia y algunas de las conclusiones judiciales quedan en dependencia directa de esta premisa, situación que impone a la defensa el deber de enfrentarla – un ejemplo es el ítem 890, antes mencionado.

Estas son apenas algunas impresiones iniciales, a partir de la lectura del documento decisorio. El juez transmite la impresión de que tiene una causa a ganar. Tal vez realmente crea que el sistema de justicia sea el más capacitado para lidiar con el control de la corrupción –con el apoyo de los grandes medios, intervino en la escena pública para demostrar esta idea. Se tornó una especie de héroe en el “combate a la corrupción”, expresión originaria del glosario del populismo penal, arma política de la eficiencia punitiva. Ciertamente cree que el expresidente Lula es el “comandante máximo del esquema de corrupción en Petrobras”, tal como afirmó en aquel *Power Point* de 2016. Es cierto que la justicia tiene una tarea importante a cumplir en el ámbito de la represión criminal, como también es cierto que esta misión no puede y no debe realizarse a cualquier costo. Una de las conquistas más importantes de la civilización occidental está en la racionalidad de las normas y principios que orientan la actividad decisoria de un juez y limitan el poder punitivo estatal. Atravesamos un momento político grave y delicado en que el sistema de normas y principios del Estado Democrático de Derecho son puestos a prueba y, por lo mismo, es deseable y esperado que las autoridades judiciales no sucumban a la tentación de hacer justicia con el sacrificio de este sistema. A partir de ahora, la palabra está con el Tribunal a quien le competirá decidir los recursos de acusación y de defensa.

Carlos Marés*

¿POR QUÉ CONDENAR A LULA?

DEBE HABER GRANDES RAZONES para condenar al Presidente Lula, pero no están escritas en las 283 páginas de la sentencia del juez Sérgio Moro, además, si las razones pudiesen ser escritas probablemente el juez no necesitaría más 283 páginas, siendo muy prolijo le bastarían unas 28,3. Si no hubiese razones, sin embargo, él no habría sido condenado. ¿Es posible conocer a ciencia cierta estas razones o es algo secreto, bien guardado pero que todos saben? Cada brasileño conoce o intuye la respuesta.

Todos saben, sin embargo, que el objetivo del juez Moro era encarcelar al Presidente Lula. Esto quedó explícito en el episodio de la conducción coercitiva y en el propio recibimiento de la denuncia. Todo Brasil sabía que el objetivo del movimiento que culminó en el proceso y denuncia contra el presidente era dar un alto a las políticas implementadas por el PT y por el Presidente Lula, por lo que toda la acción política y judicial, desde el golpe contra la Presidenta Dilma a esta condena y otras que todavía vendrán, fue hecha en el sentido de asfaltar el camino para la recomposición de un neoliberalismo explíci-

* Carlos Frederico Marés de Souza Filho es doctor en Derecho del Estado y profesor del Programa de Maestría y Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Paraná.

to y entreguista desde el punto de vista internacional. Personalmente considero que el eje principal de esta destrucción era justamente la política internacional desplegada en el Brasil pregolpe (2003-2016). No se puede olvidar que la primera manifestación explícita del golpe fue el rechazo por el Senado Federal del nombramiento de Guillermo Patriota para la OEA. Brasil y su política externa incomodaban.

Una razón más cercana a la condena es la satisfacción de la platea. Después de todos los titulares espectaculares producidos antes de cada acto, siempre con una pequeña distorsión hacia los grandes efectos, ¿cómo podría haber absolución? Sería la desmoralización del juez, de los Representantes y de los medios. Sería una traición. Por eso, de las 283 páginas, más las explicaciones a los embargos declaratorios, apenas dos frases fueron intensamente informadas: “Lula condenado” y “Juez compara a Lula con Eduardo Cunha”. Esto bastaba para los titulares del día. El juez Moro cumplía con su obligación frente a sus pares y a los espectadores. La absolución de Lula sería un balde de agua fría a la razón primaria de su persecución, su alejamiento de la política. Si todo fue hecho para convencer al electorado de que Lula no puede volver, su absolución potenciaría sus pretensiones. Absuelto en este proceso, todos los demás que viniesen a ser informados y propuestos sonarían como una nueva tentativa de represalia. Moro no tenía alternativa, era necesaria esta condena. ¿Qué tiene esto de jurídico? ¡Nada! Pero, ¿qué tiene de jurídico el proceso más allá de la forma? ¡Nada! Como no eran jurídicos los encarcelamientos en los sótanos de la dictadura.

Lo más curioso en este proceso y que más desacreditaría una decisión por la absolución es que no se trata de falta de pruebas, se trata de falta de acto, ni siquiera existe un acto lícito, no se insiste en un simple acto. El Presidente Lula fue condenado por corrupción y lavado de dinero. Y no hay un solo acto cometido por él relatado en las 283 páginas de la sentencia. No hay una sola referencia de que el Presidente Lula hubiera tal día hecho o mandado a hacer alguna cosa similar a lavado de dinero o corrupción.

Ni en la denuncia, ni en la sentencia hay indicación alguna de que Lula abrió una cuenta, contrató o incluso habló con un vendedor, compró un objeto subfacturado, ganó ilegítimamente la lotería, nada, ni pidió, ni recibió o mandó a alguien a buscar una valija en algún estacionamiento o restaurante. ¡Nada! Por lo tanto no podría haber pruebas simplemente porque no hubo acto.

La denuncia y la sentencia se basan en el hecho de que el Presidente Lula habría recibido un departamento, conocido nacionalmente como el trípex, gratis. Más aún, adquirió el trípex y la reforma del trípex. Aquí hay una curiosidad más, si él adquirió el trípex y la re-

forma, significa que la reforma habría sido hecha después de adquirir el departamento, obviamente, sino adquiriría un triplex reformado. En los negocios inmobiliarios el costo de la reforma se incorpora al precio del bien, pero el Ministerio Público y el juez insisten en que hay dos adquisiciones, lo que solo puede significar que primero se entregó el departamento y que luego se lo reformó. Entonces hay un hecho existente, la reforma, pero no la entrega. Nuevamente, hay un hecho de dos denunciados, pero no hay un acto que lo relacione al Presidente Lula. No hay siquiera indicación de que el Presidente hubiese dicho que el triplex simple no servía y, por lo tanto, tendrían que reformarlo. No existe el hecho. ¿Cómo probar una cosa que no existe? No es un problema de pruebas, por lo tanto, es un problema de hechos y actos.

El juez, para explicar la falta de necesidad de actos y hechos compara con la situación del Diputado Eduardo Cunha y explica la comparación en la decisión de los embargos declaratorios: “

[...] dado que él también afirmaba como coartada que no era titular de las cuentas en el exterior que habían recibido depositarios de ventaja indebida, sino solamente “usufructuario en vida” [...]. Por lo tanto, la corrupción se perfeccionó con la rebaja del precio del departamento y del costo de las reformas de la cuenta general de sobornos, no siendo necesario por lo tanto la transferencia de la titularidad formal del inmueble.

La diferencia es que Cunha y su mujer, que fue absuelta por Moro, retiraban dinero de la cuenta, la gastaban en provecho propio y no rendían cuenta al titular, mientras que Lula no usaba el departamento, ni fue encontrado allí ninguna pertenencia suya, como una sandalia, bermuda o anteojos. En esta explicación el juez demuestra que cree que había una cuenta general de sobornos y que el dueño del departamento habría deducido del monto de la deuda de los sobornos el valor del departamento triplex y de su reforma. Aquí hay un hecho. Pero habiendo tal cuenta general de sobornos, ¿quién la manejaría? ¿Quién tenía el poder de aceptar la deducción del departamento y de la reforma? Según la declaración del dueño del departamento, él tendría reservada esa unidad para el Presidente y por eso lo dedujo del monto general. Para estos hechos faltan pruebas. ¿Pero existen hechos cometidos por el dueño del departamento y por alguien más que aceptó la deducción por el departamento que le sería dado a Lula? ¿Cuál es la acción del Presidente Lula en estos hechos? Ninguno, él no recibió en propiedad el departamento ni tampoco lo utilizó. ¡No faltan pruebas, faltan actos!

Existen hechos, muchos sin pruebas de existencia, pero hay hechos relacionados. Para que se atribuyan crímenes estos hechos tie-

nen que tener autores, es decir, agentes que los cometieran, por lo que es preciso que existan actos de personas culpables. Y la prueba de todo esto. Es verdad que el acto puede ser omisivo, pero está fuera de cualquier razón imaginar que el acto del Presidente Lula fue omisivo, esto es, no aceptar o no recibir el tríplex y su reforma. No hay prueba incluso de que le fue ofrecido por donación. La delación afirma solamente que había reservado el tríplex para el Presidente. Puede no habérselo siquiera ofrecido o puede habérselo ofrecido y no haber aceptado. Ni estas ni ninguna otra cosa suponen crimen de corrupción o de lavado de dinero.

Esta reflexión me recuerda a los procesos de la dictadura, bajo el amparo o no de la Ley de Seguridad Nacional. En aquel tiempo también había actos altamente perseguidos, los actos subversivos. Recuerdo bien de una acción penal cuya sentencia se parece mucho a esta. Había un hecho, la existencia del Partido Comunista Brasileño Revolucionario (PCBR) actuando en Brasil. Pertenecer al PCBR o actuar en él era considerado crimen y todo el peso de la represión política caía sobre el ciudadano. Era muy difícil, sin embargo, probar esa participación o militancia, por lo que no siempre eran abiertos procesos judiciales, pero en este caso hubo una denuncia a partir de un preso que, luego de ser torturado bárbaramente, delató haber tenido una reunión en Pontal do Sul, actual Pontal do Paraná. El delator no sabía, sin embargo, quién había participado de aquella reunión porque era carioca y no conocía a los paranaenses ni por el nombre y muy poco por la fisonomía y, aunque hubiera recorrido las calles de Curitiba acompañado por policías no conseguía identificar a las personas en las calles. La tortura continuó y la policía política lo obligó a delatar el nombre de todos aquellos que la policía creía que podrían haber estado en tal reunión o que quería ver preso con un proceso penal adecuado. El pobre hombre, después de muchos días de tortura delató todos los nombres que la policía quería, estuvieran o no en la reunión. Todos los delatados fueron debidamente procesados y condenados, incluso aquellos que consiguieron probar que nunca estuvieron en Pontal do Sul y que no podrían haber estado en aquel condenado día. Las pruebas presentadas, consideradas coartadas de que estaban en otro lugar, fueron consideradas confesión de que realmente estuvieron en la reunión porque tenían las pruebas y porque habían sido precavidos para engañar a la Justicia. En este caso también había un hecho, pero el acto de cada acusado, inexistente, era fruto de la delación de un torturado largamente preso. En aquel caso, el delator también fue liberado y no se le imputó nada. Esta es la semejanza.

Esta sentencia y la proferida durante la dictadura tienen otras dos finas semejanzas. Una enmienda en la Ley de Seguridad Nacional exi-

gía que los condenados en primer grado se reconociesen presos para entonces poder recurrir; de forma tal que si no se presentaban en la prisión no comenzaba a correr el plazo del recurso, lo que significaba alterar todos los plazos prescriptos.

Concluye el juez Moro que a pesar de haber cabido la prisión preventiva, no la hará porque la prisión de un expresidente “no deja de envolver ciertos traumas”, por esto, con magnanimidad permite que el Presidente Lula continúe libre, mientras aguarda el juicio de apelación expresándose de la siguiente forma: “Así, el expresidente Luiz podrá presentar su apelación en libertad”. ¡Es la única vez que llama al presidente solo de expresidente Luiz! Interpreta la ley actual como si fuese la de la dictadura. En realidad justifica para la platea. ¿Hubiera determinado la prisión preventiva, como dijo que debería haber hecho pero no lo hizo solo por temor a traumas? Cabría *hábeas corpus* y, por lo tanto, habría una decisión rápida que mancharía el titular LULA CONDENADO. Prefirió permitir que el presidente Lula recurriese en libertad.

La otra semejanza es que, al terminar, como en la sentencia de la dictadura, el juez Moro afirma que no le agrada, personalmente, condenar al acusado, pero lo hace por obligación. Algunos jueces de la dictadura también sabían que aquellas condenas eran injustas, contra la ley y el Derecho y, entonces, también se recriminaban.

Con esto, y por las razones ocultas de la condena, es de esperar que el Tribunal no juzgue la apelación en el año 2018 manteniendo el titular durante todo el año electoral. La dictadura de los militares era más eficiente, aunque menos sutil.

Carmen da Costa Barros*

EL JUEZ QUE ELIGIÓ EL PROCESO

“El proceso no es solo un instrumento técnico, sino sobre todo ético”

Ada Pellegrini Grinover¹

EL PRESENTE ARTÍCULO PRETENDE realizar un breve análisis sobre la prorrogación de la competencia del juicio de la 13ª Sala Federal en la Acción Penal N° 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, en la que el expresidente de Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva fue condenado a nueve años y seis meses de reclusión, y multa por haber cometido (i) corrupción pasiva por supuesto recibimiento de ventaja indebida del Grupo OAS en consecuencia de un contrato con Petrobras, y (ii) lavado de dinero, en razón de supuesto ocultamiento y disimulo de titularidad de inmueble localizado en Guarujá, en SP.

La sentencia que condenó al expresidente Lula decidió, en su ítem II.5 (pp. 33-34), acerca de las cuestiones de competencia argüidas por las defensas. En síntesis, el juez reafirmó la competencia de la 13ª Sala Federal de Curitiba para el juzgamiento de aquella acción penal, bajo los siguientes argumentos:

- a) Por ser Petrobras una sociedad de economía mixta, la competencia sería de la Justicia Federal;
- b) Por no ejercer más el cargo de presidente de la República, Luis Inácio Lula da Silva no podría ser juzgado por el Supremo Tribunal Federal;
- c) Por haber todo un “contexto”, ya reconocido por el “Tribunal de Apelación y por los Tribunales Superiores de que estos casos son conexos

* Abogada.

1 En Silva Jardim (2002: 310).

y demandan un análisis conjunto, por un mismo Juicio, bajo riesgo de dispersión de prueba” y, finalmente,

d) El Juicio de la 13ª Sala Federal, del cual el juez que sentencia es titular, se tornó competente para estos casos, puesto que la investigación se inició a partir del crimen de lavado de dinero consumado en Londrina, PR y que, subsecuentemente, fue objeto de la Acción Penal N° 5047229-77.2014.404.7000.

El proceso N° 5047229-77.2014.404.7000,² utilizado por el juez de la 13ª Sala Federal para prorrogar su competencia para procesar y juzgar la Acción Penal N° 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (Caso Lula), se inició de la investigación instaurada en 2006, para la averiguación de crímenes de lavado de dinero cometidos por Alberto Yousseff, Carlos Habib Chater, Carlos Alberto Pereira da Costa, Ediel Viana da Silva y el fallecido ex diputado José Janene.

El referido proceso N° 5047229-77.2014.404.7000 guarda, aún, elementos de estrecha conexión de hechos averiguados en el proceso mediático diverso, la Acción Penal 470, denominada *Mensalão*, juzgada por el Supremo Tribunal Federal, en el año 2012.³

Tal conexión es recurrentemente corroborada en los autos del proceso N° 5047229-77.2014.404.7000, destacándose la representación de la Autoridad Policial⁴ y la denuncia⁵ que dio inicio a la instrucción criminal.

2 Anteriormente, investigación N° 2006.7000018662-8.

3 Remontándose al año 2012 –ocasión del juzgamiento de la Acción Penal 470, se recuerda que además de liderar todos los índices de audiencia, incluso de la Tv Justicia, dio origen a la figura del héroe de tipo justiciero vestido con toga.

4 Representación de la Autoridad Policial. “Es un hecho que Alberto Youssef poseyó acuerdo de delación premiada con el Ministerio Público Federal de solo decir la verdad. Indagado por esta autoridad policial, se dijo amigo de José Mouhamed Janene, el Diputado Federal esposo de Stael, Fernanda [...] inclusive él (YOUSSEFF) fue interrogado por M. M. Juez Sérgio Moro, por el hecho de haber sido visto por la prensa en el Aeropuerto de Congonhas, en compañía del Diputado y su asesor José Genu, respondiendo que no poseía ningún negocio con él.

Frente a CPMI de los Correos, en el año de 2005, dijo bajo juramento, que TONINHO DA BARCELONA mintió, puesto que no presentó JOSE JANENE a la Correctora de valores Bonus Banval en San Pablo, acusada de haber servido de puente para que el Diputado pudiese recibir, por intermedio de interpósitas personas, los recursos oriundos de Marcos Valério, en el escándalo del *Mensalão*”.

Sin embargo, dentro de las investigaciones contenidas en el IPL *supra*, fueron encontrados algunos indicios de que ALBERTO YOUSSEF tendría contactos comerciales con la Correctora Bonus Banval la cual es apuntada por el informe de la CPMI de los CORREOS, por arrastrar recursos desviados por MARCOS VALERIO para las personas indicadas por JOSE JANENE, entre ellas [...], [...] y [...] que estarían “lavando” dinero del diputado JOSE JANENE” (énfasis nuestro).

5 Denuncia del Ministerio Público Federal. “A los denunciados encima referenciados es imputada, entre otras, conductas ilícitas, la práctica de crimen de lavado de

En suma, este es el proceso que determina, en la concepción del magistrado Sérgio Moro, la competencia, por la prevención, de cientos de otros interrogatorios y acciones penales de la denominada *Lava Jato*.

Esta relación intrínseca, que se hace entre la Acción Penal 470 y el proceso crimen N° 5047229-77.2014.404.7000 utilizada, precisamente, para establecer la competencia para procesar y juzgar la Acción Penal N° 5046512-94.2016.4.04.7000/PR - Caso Lula, es de extrema relevancia y merece una reflexión.

El equivocado prisma utilizado para afirmar la competencia del juez de la 13ª Sala Federal de Curitiba, que, posteriormente, condenó al expresidente Luis Inácio Lula da Silva, no parece haber sido elegido al azar. Se hace necesario recordar el año 2012, así como los eventos que antecedieron el juzgamiento de la Acción Penal 470/DF.

Para la preparación del mediático juzgamiento, con el análisis de las pruebas producidas por cuarenta acusados y su subsecuente valoración para la elaboración de los votos a ser proferidos por aquella Suprema Corte, fueron convocados algunos Jueces Federales de primera instancia.

Uno de estos magistrados convocados fue el Excmo. Sérgio Fernando Moro, actual juez titular de la 13ª Sala Federal de Curitiba, y encargado de auxiliar a la ministra Rosa Weber en aquella ocasión.

En 2013, luego de concluir su función en el Supremo Tribunal Federal, el juez Sérgio Moro retornó a Paraná.

Coincidentemente, el proceso N° 5047229-77.2014.404.7000 (investigación N° 2006.700018662-8) resurge de las cenizas aquel mismo año. Sin embargo, véase que en vez de enviarlo al Supremo Tribunal Federal –por la conexión con los hechos ahí juzgados, AP 470– resolvió por sí solo el futuro de aquella investigación que comenzó a adquirir vida independiente.

En el devenir de las investigaciones, realizadas en el proceso N° 5047229-77.2014.404.7000, que al principio buscaban identificar esquemas de lavado de dinero, fueron autorizadas, por el juez de la 13ª Sala Federal, innumerables cautelares, tales como intervenciones telefónicas –que tuvieron como eje inclusive a diputados que detentaban foro privilegiado, rupturas de confidencialidad bancaria y fiscal, además de registros e incautaciones en diversos puntos del país. En fin, la investigación no se limitaba ya a la circunscripción del Estado de Paraná.

dinero por el movimiento, disimulo y conversión en activos lícitos de recursos originarios, de entre otras fuentes, del denominado esquema '*Mensalão*', objeto de la Acción Penal N° 470/DF",

Tal vez el juez Sérgio Moro, en aquella ocasión, no hubo vislumbrado la totalidad de lo que estaba por venir, pero tenía una visión muy nítida de lo que se había tornado la Acción Penal 470 y, que este proceso N° 5047229-77.2014.404.7000, por cierto, podría constituir su extensión.

A partir de un determinado momento, sin un rumbo cierto o sin un parámetro razonable de límite, aumentaron las investigaciones bajo su dominio y, al ser descubiertos otros hechos supuestamente criminales, fueron llamados por el juez de la 13ª Sala Federal de Curitiba simplemente como “encuentro fortuito de pruebas”.⁶

Varias averiguaciones fueron instauradas a partir de desmembramientos de la Indagatoria Inicial que originó la Acción Penal N° 5047229-77.2014.404.7000 y, todavía, que los hechos hubiesen sido practicados en otro Estado de la Federación, todos los procedimientos fueron distribuidos, por determinación del juez Sérgio Moro, por competencia, a la 13ª Sala Federal.

En esta perspectiva, de forma kafkiana, eventos incidentales y aleatorios ligaron la anterior distribución del proceso N° 5047229-77.2014.404.7000 a la 13ª Sala Federal de Curitiba y la Acción Penal N° 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, que llevaría a la primera condena de un expresidente de la República en la historia del país.

Más extraño se torna la fijación de la competencia del juez de la 13ª Sala Federal cuando se analiza que esta se dio en total violación a las normas procesales y constitucionales.

Nuestra legislación procesal penal impone como norma la competencia territorial, definida por el lugar de la consumación del

6 Decide el juez Sérgio Moro –en los autos del pedido de ruptura de confidencialidad telefónica de datos y/o telefónico autos N° 5048111-73.2013.404.7000/PR - IPL 1.041/2013– Averiguación instaurada [...] por indicios de actuación paralela en el mercado paralelo de cambio y ocultamiento de bienes y valores identificados en los autos del IPL 714/2009 “[...] A partir del inicio de la intervención, fueron recolectadas más pruebas de vinculación de Carlos y asociados en actividades ilícitas. Hay indicios de vinculación de Carlos en actividades que involucran gran flujo financiero, aparentemente cambio ilegal y lavado de dinero, valiéndose para tantas empresas de fachada y personas interpuestas.

En el curso de la intervención, surgieron indicios de la práctica de crímenes de terceros que no componen el grupo criminal dirigido por Calos Chaer, en especie de encuentro fortuito de pruebas [...]. El presente hecho separado tendría por objeto a las actividades del supuesto operador de cambio negro Alberto Youssef, personaje notoriamente actuante en el mercado paralelo de cambio, cuyas actividades se hicieron conocidas en el así denominado “Caso *Banestado*”. Difiero, por lo tanto, el desmembramiento requerido.

Aclaro que decidí sin la audiencia previa del MPF en vista de la urgencia alegada por la autoridad policial”.

delito. Esto está absolutamente claro en el artículo 70 del Código de Proceso Penal:

“Art. 70 - La competencia será, de norma, determinada por el lugar en que se consumó la infracción, o, en caso de tentativa, por el último hecho de ejecución”.

La falta de observación de estas normas elementales de competencia lleva a la violación de principios constitucionales del juez natural establecidos en el art. 5°. Inciso LIII “Nadie será procesado ni sentenciado sino por autoridad competente” de la Constitución Federal.

Señala con gran acierto Luigi Ferrajoli (2010: 543) sobre la garantía del juez natural:

Ella significa, precisamente, tres cosas diferentes aunque conexas entre sí: la necesidad de que el juez sea preconstituido por la ley y no constituido *post factum*; la imposibilidad de derogación y la indisponibilidad de las competencias; la prohibición de jueces extraordinarios y especiales.

El principio del juez natural asegura, por consiguiente, la indispensable imparcialidad del juez que es presupuesto para que la relación procesal se instaure válidamente. En este sentido, el juez debe *ser preconstituido por ley* para el ejercicio de su función jurisdiccional.

Por consiguiente, las violaciones en relación a las normas de competencia llevan a la evidente nulidad prevista en el art. 564, inciso I del Código de Proceso Penal.

Como bien señaló la defensa de Luiz Inácio Lula da Silva, en sus alegatos finales, los hechos bajo escrutinio habrían ocurrido en dos localidades distintas, San Pablo y Brasilia, lo que debería separar la competencia de la 13ª Sala Federal de Curitiba. En este sentido el Supremo Tribunal Federal ya se manifestó en la Cuestión de Orden en la Investigación 4.130,⁷ en uno de los procesos de la misma operación de la siguiente manera:

7 Decisión proferida por el Supremo Tribunal Federal al juzgar la Cuestión de Orden en la Investigación 4.130 – Paraná de la cual fue Relator el Min. Dias Toffoli:

“[...] Imbricando de la materia con el desmembramiento del hecho y sus resultados. Necesidad de su examen para la determinación del juicio de primer grado competente para procesar y juzgar el hecho desmembrado. Crímenes de organización criminal, lavado de dinero, falsedad ideológica y corrupción pasiva. Colaboración premiada. Delación de crímenes no conexos con la investigación

La competencia para procesar y juzgar los crímenes delatados por el colaborador que no sean conexos con los hechos objeto de la investigación matriz dependerá de la localidad en que sean consumados, de su naturaleza y de la condición de las personas inculcadas (prerrogativa de foro).

[...]

La prevención, esencialmente, no es un criterio primario de determinación de la competencia, sino de su concentración, razón por la que, inicialmente, deben ser observadas las normas ordinarias de determinación de la competencia, tanto *ratione loci* (art. 70, CPP) como *ratione materiae*.

Se desprende, por lo tanto, que la prolongación de la competencia de la 13ª Sala Federal de Curitiba, determinada por el juez Sérgio Moro, ocurrió en total desacuerdo con las normas de definición de competencia resueltas en la legislación procesal.

Al dejar de obedecer a las reglas de competencia de la legislación vigente, para interponer su indudable voluntad de procesar y juzgar determinado proceso, por sí solo, ya caracteriza ausencia de imparcialidad necesaria para que un magistrado ejerza su función jurisdiccional. Característica esta ampliada por el modo en que condujo tanto el proceso N° 5047229-77.2014.404.7000, como la Acción Penal a la que se refiere este artículo.

Se concluye que la imposición e insistencia de la prorrogación de su competencia por parte del juez de la 13ª Sala Federal, con base en la alegada prevención generada por las averiguaciones que generó el proceso crimen N° 5047229-77.2014.404.7000 y con recurrentes referencias a la Acción Penal 470 lleva a creer que la denominada Operación *Lava Jato* habría sido concebida e inaugurada como extensión de la AP 470 y, en este sentido, se muestra patente sospecha del juez sentenciante.

primaria. Equiparación al encuentro fortuito de prueba. Aplicación de las normas de determinación, de modificación y desconcentración de la competencia. Inexistencia de prevención, por las mismas razones, tanto del Ministro de la Corte como del juicio de origen. Crímenes que, en su mayoría, se consumaron en San Pablo. Circunstancia que justifica a su atracción para la Sección Judicial de aquel estado. Resuelva en cuanto a la posterior averiguación de otras infracciones conexas que, por fuerza de las normas del art. 78 del Código de Proceso Penal, justifiquen conclusión diversa en cuanto al foro competente. Envíe el hecho desmembrado a la Sección Judicial de San Pablo para libre distribución, independientemente de la publicación del acuerdo. Intangibilidad de hechos practicados en el origen, teniendo en vista la aplicación de la teoría del juicio aparente. Precedente. [...]”.

BIBLIOGRAFÍA

Ferrajoli, L. 2010 *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal* (San Pablo: Revista dos Tribunais) 3ª edición.

Silva Jardim, A. 2002 *Direito Procesual Penal* (Río de Janeiro: Forense).

Carol Proner* y Gisele Ricobom**

EL DEBIDO PROCESO LEGAL EN RIESGO EN BRASIL

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL ANÁLISIS DE LA SENTENCIA CONDENATORIA DE LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA Y OTROS

I. EL INSUPERABLE DEBIDO PROCESO LEGAL

El derecho internacional de los derechos humanos está repleto de normas que garantizan el llamado debido proceso legal / *due process of law*, entendido como un límite al Estado frente a la necesidad de asegurar un proceso justo como garantía de derechos humanos. Se trata de un principio estructurante, principio - presupuesto contenido de otros igualmente necesarios para asegurar al acusado la amplia defensa y el principio contradictorio frente a la legítima violencia estatal y del poder punitivo.

Antes de analizar el debido proceso a la luz de la jurisprudencia del Sistema Interamericano, objeto del presente texto, destacamos algo que precisa ser comprendido previamente a efectos de conectar el sistema supranacional a la sentencia que condenó al expresidente Luis Inácio Lula da Silva en el caso que se conoció como el tríplice de Guarujá: el reiterado incumplimiento de los principios constitutivos más elementales de lo que puede ser considerado un juicio justo.

* Doctora en Derecho. Profesora de la Facultad Nacional de Derecho de la Universidad Federal de Río de Janeiro. Directora del Instituto Joaquín Herrera Flores.

** Doctora en Derecho. Profesora del curso de Relaciones Internacionales de la Universidad Federal de la Integración Latinoamericana.

Es transversal al proceso contra el expresidente la inobservancia de las garantías del *due process of law* en prácticamente todas las fases hasta el momento de la sentencia, siendo este especialmente sorprendente cuando el magistrado asume la conducta excepcional justificando el combate a un mal mayor, el “combate a la corrupción”, “el combate a la corrupción sistémica”, “el combate a la práctica sistemática de corrupción y lavado de dinero en contratos de Petrobras”.

En este sentido, se revela aquí un gran problema de la justicia penal de nuestra época, como destaca el ex juez de COIDH, Sergio García Ramírez (2012: 7),¹ en las contiendas que vinculan los derechos humanos y la criminalidad surge un falso dilema entre el debido proceso (*due process*) y la contención del crimen (*crime control*). Se enfrenta, de un lado, la eficacia del sistema penal entendido como un sistema de control de la criminalidad y, del otro, las garantías procesales, individuales, el derecho a la amplia defensa, el estado de inocencia, el principio contradictorio y tantos otros instrumentos de garantía considerados como obstáculo a la eficacia en la investigación de las infracciones y de sus autores.

En la sentencia, resulta evidente que la falsa polarización entre el derecho del individuo y los derechos de la sociedad –corrupción como mal sistémico que afecta a todos– hace nacer la torpe justificativa para el uso excepcional del derecho, en ocasiones suscitando la suspensión o simple incumplimiento de la ley y, otras veces, cruzando legislación amplia, medidas poco usuales para los fines pretendidos, o, en las palabras del magistrado, “justificando medidas de investigación siempre fundadas en ley, más amplias” (ítem 81 de la sentencia).

Dicho de otro modo, y haciendo referencia a una categoría de la filosofía de los derechos humanos trabajada por Franz Hinkelammert, se realiza una inversión ideológica de los derechos: estaría permitido violar derechos y garantías individuales de aquellas que –potencialmente– violan derechos humanos (ya que son, probablemente, corruptos). Para esto, el juez autocráticamente decide lo que es el mal mayor y cuáles derechos serán violados *in dubio pro societatis* y exceptúa lo que está ampliamente revelado en otros artículos de este compilado. Ocurre una modalidad de *lawfare*, conforme lo demostrado exhaustivamente por la defensa del acusado, en nombre del combate a la corrupción sistémica.

El caso va más allá de la persona del expresidente, aunque sea imprescindible la influencia que la personalidad política y biográfica del acusado ejerce sobre el juzgador y los acusadores miembros del

1 Jurista mexicano que fue presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Ministerio Público. El caso va más allá y representa un gran peligro al fundamento último del debido proceso, la *ultima ratio* de legitimidad del propio Estado de Derecho. La doctrina alemana considera al justo proceso / *fair trial* / *fairen Verfahren* como el principio supremo, y como tal inseparable del principio de Estado de Derecho / *Rechtstaatprinzip*, de naturaleza constitucional informador del derecho procesal penal (Bustamante Alarcón, 2001: 183).

La imposición de límites al Estado, por el cuidado con el debido proceso es un medio de controlar la razonabilidad de las leyes y garantizar la tutela de los derechos esenciales del individuo frente a la arbitrariedad del poder público. Se trata de la defensa contra los actos de autoridad en el uso de la legalidad. Se desprende fácilmente, hasta en la percepción lega del derecho, que no basta aplicar las leyes para que el juicio sea considerado justo, sino que antes es necesario abarcar una serie de elementos y criterios materiales, además del indispensable respaldo legal, y que implican cuestiones procedimentales, la debida forma, la amplia defensa, la prueba lícita, el estado de inocencia, el principio contradictorio, la ausencia de límites, características de calidad en el juicio fundadas en el sentido de “justo”, de “debido”, de aquello que es debido y que se aproxima a criterios de justicia, humanidad, dignidad, verdad y razón.

El conjunto principio lógico no puede ser exceptuado, bajo pena de invalidar el juicio y perjudicar la producción de una sentencia válida y justa. Jamás valdrá lo opuesto, como parece preferir el juez Sérgio Moro, jamás los fines justificarán los medios. El magistrado, que se afirma imparcial y desinteresado, utiliza el 20% de la sentencia para defenderse de las acusaciones de imparcialidad suscitadas por todos los acusados, lo que hace de esta sentencia un caso excéntrico. Este juez mutante, en ocasiones parecido a un juez acusador, en otra confundiendo con un acusado que se siente culpado por la mala conducción del proceso, debería haber sido cuidadoso y garantizar la legitimidad de los medios, de los procedimientos, a la integridad del proceso los detalles, dado el potencial de repercusión del caso y la responsabilidad pública y social consecuentes del proceso contra un gran líder popular y que, como se ha visto, mueve multitudes que creen en su inocencia.

En tiempos de polarización política, crisis económica y fragilidad de las instituciones estatales, es fundamental reforzar, con vehemencia, la necesidad de preservación de la serenidad procesal en casos como este, que necesariamente tendrán impacto en el futuro político del país y en el destino jurisprudencial de situaciones análogas y otras que no tanto. Si es verdad que el castigo, la excepcionalidad y la selectividad son la norma para millones de personas en lo cotidiano, abar-

cando en particular a jóvenes, negros y de baja escolaridad,² también es verdad que el efecto de la excepción institucionalizada no traerá mejor destino a estos mismos excluidos. Más vale el incremento de la igualdad jurídica de tantos desfavorecidos y discriminados.

Transcurridos más de tres años, la operación *Lava Jato* fue paulatinamente perdiendo el propósito altruista inicial para convertirse en prestación jurisdiccional politizada y marcada por una disputa maniquea y por la instrumentalización política y mediática con un extraño protagonismo “mesianico” de los acusadores y del juicio movidos por una necesidad de legitimar y respaldar acciones en la opinión pública en perjuicio absoluto del debido proceso legal, como puede verificarse en la sentencia condenatoria, especialmente en lo que se refiere a la imparcialidad del juzgador y al derecho penal del espectáculo.

II. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE EN EL ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

El análisis del referido principio está en gran número de casos contenciosos y consultivos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El *due process of law*, en su sentido sustancial, se refiere a la razonabilidad y justicia de las leyes, como forma de contener la arbitrariedad del poder legislativo y ejecutivo. Ya en sentido adjetivo, el debido proceso legal “que constituye un límite a la actividad estatal, se refiere a un conjunto de requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que las personas estén en condiciones de defender sus derechos frente a cualquier acto de Estado que pueda afectarlas”.³ En resumen, como ya se dijo, se traduce en el derecho a un juicio justo.

La Convención Americana de los Derechos Humanos hace prever esa garantía en el artículo 8º, derechos de defensa, de recurso, de presunción de inocencia, entre otros y más específicamente, para lo que interesa en el presente análisis, dice que “Toda persona tiene derecho a ser escuchada, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido anteriormente por ley, en la indagatoria de cualquier acusación penal formulada contra ella”.

2 Son 40% de los detenidos brasileños que cumplen prisión preventiva, en absoluto incumplimiento de los principios básicos del debido proceso legal. Según datos del Levantamiento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), 55% tiene entre 18 y 29 años, 61,6% son negros y 75,08% tienen hasta el ciclo primario completo (DEPEN: 2014).

3 También conocido como debido proceso material o sustancial y formal o procesal, respectivamente (*Ibidem*: 22) [De la traducción libre de las autoras al portugués. N. de la Ed.].

La imparcialidad fue objeto de decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Palamara Iribarne vs. Chile*:

La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Asimismo, la independencia del Poder Judicial frente a los demás poderes estatales es esencial para el ejercicio de la función judicial. La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia. El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.⁴

En el mismo sentido, en el caso *Apitz Barbera y Otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela*, la Corte consideró que

[...] la imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad.⁵

Y todavía, citando a la Corte Europea de Derechos Humanos, considera que la imparcialidad personal y subjetiva es presumida, a menos que exista prueba contraria. Para la Corte,

[...] la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a –y movido por– el Derecho.⁶

4 Disponible en <http://www.corteldh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf> Acceso 18 de julio de 2017.

5 Disponible en <http://www.corteldh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf> Acceso 18 de julio de 2017.

6 Ídem.

Lo que se observa de la lectura de la sentencia condenatoria en análisis es un relato previamente defensivo sobre la propia parcialidad del juez. La construcción retórica que intenta descalificar el comportamiento de la defensa, por los supuestos ataques al juez, aunque hubiesen ocurrido, debería haber sido desarrollada en el juicio de la forma más objetiva posible, lo que no fue el caso. El reiterado argumento de “cortina de humo” es irrespetuoso y no se condice con la calidad de la decisión que era esperada, como puede observarse en el ejemplo abajo (referencia numérica a los ítems de la sentencia):

Ítem 57. Los cuestionamientos sobre la imparcialidad de este juzgador constituyen mera “cortina de humo” y, aunque sean comprensibles como estrategia de la Defensa, no dejan de ser lamentables ya que no encuentran ninguna base fáctica y tampoco tienen base en argumentos mínimamente consistentes, como ya decidido, por lo visto, por el egregio Tribunal Regional Federal de la 4ª Región.⁷

Además, hay un apego en demostrar la falta de afabilidad de la defensa, tanto como la supuesta ofensa de la misma al magistrado. Se observa que todo el capítulo II de la sentencia está destinado a demostrar, con destaques, los momentos considerados ofensivos e irrespetuosos de los abogados del acusado. De esta forma, si al juez “150. Cabe decidir la responsabilidad de los acusados solamente con base en la ley y en las pruebas, siendo irrelevante el comportamiento procesal de sus defensores”, como reconoce el propio magistrado, la extensa descripción del comportamiento descubre exactamente que el juez se involucró en la controversia, perdiendo la capacidad objetiva de juzgamiento imparcial.

En otro momento de la sentencia, queda todavía más patente la parcialidad del Juicio cuando describe su opinión sobre la gestión del gobierno del expresidente:

Ítem 793. Es forzoso reconocer el mérito del Gobierno del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva en el fortalecimiento de los mecanismos de control, abarcando la prevención de la represión, del crimen de corrupción, especialmente en los efectuados por la Policía Federal durante el primer mandato, en el fortalecimiento del Control General de la Unión y en la preservación de la independencia del Ministerio Público Federal mediante la elección, para el cargo de Procurador General de la República, de un integrante de la lista votada entre los miembros de la institución.

7 Disponible en <<http://conteudo.imguol.com.br/c/noticias/pdf/sentenca-lula.pdf>> Acceso 18 de julio de 2017.

Ítem 794. Es cierto que no se trata de exclusiva iniciativa presidencial, ya que el enfrentamiento a la corrupción es una demanda consecuente al endurecimiento de las democracias, pero el mérito del liderazgo político no puede ser ignorado.

Ítem 795. Algunas medidas cruciales, sin embargo, fueron dejadas de lado, como la necesaria alteración de la exigencia del tránsito en juzgado de la condena criminal para el inicio de la ejecución de la pena, algo fundamental para la efectividad de la Justicia Criminal y que solo provino, más recientemente, de la alteración de la jurisprudencia del Egregio Supremo Tribunal Federal (en el HC 126.292, juzgado el 17/02/2016, y en las ADC 43 y 44, juzgadas el 05/10/2016). Esto podría haber sido evidenciado por el Gobierno Federal por enmienda a la Constitución o podría haber obrado para intentar revertir antes la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal.⁸

Y todavía:

Ítem 959. Juntando este comportamiento con los episodios de orientación a terceros para la destrucción de pruebas, hasta cabría pensar el decreto de la prisión preventiva del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Ítem 960. Sin embargo, considerando que la prisión cautelar de un expresidente de la República no deja de involucrar ciertos traumas, la prudencia recomienda que se aguarde el juzgamiento por la Corte de Apelación antes de extraerse las consecuencias propias de la condena. Así, el expresidente Luiz podrá presentar su apelación en libertad.

Se observa en estos pasajes que, una vez más, la índole objetiva del juzgador no fue preservada. ¿Cuál es el propósito de opinar en el curso del proceso criminal sobre las políticas públicas que no contribuyen para el desenlace del caso, indicando inclusive medidas adicionales que podrían haber sido objeto de enmienda constitucional?

De la misma forma, la motivación sobre la prisión cautelar pautada en la prudencia y en la vaga concepción de “ciertos traumas” es sintomática de una decisión no motivada solo por el derecho, así como indicada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Finalmente, las innumerables manifestaciones públicas en los medios que revelan una verdadera partidización del juicio en temas de la política nacional que se encuentran en diversos pronunciamientos y entrevistas fuera de los autos del proceso criminal, en una verdadera espectacularización de la prestación jurisdiccional que refuerza, amplía y potencia todos los temores y sospechas fundados en la parcia-

⁸ Disponible en <http://conteudo.imguol.com.br/c/noticias/pdf/sentenca_lula.pdf> Acceso 18 de julio de 2017.

lidad de su comportamiento. Ciertamente, en una operación de esta magnitud, que alteró el curso de la historia política y jurídica del país, el protagonismo del magistrado es decisivo.

Acaso, algún día, este y otros procesos en los que figura como acusado el expresidente, se amparen en la jurisprudencia consolidada en el sistema interamericano para que se haga justicia. Esperemos, sin embargo, que no sea necesario y que la corrección se haga en breve, en instancia de réplica, absuelto el acusado y restablecido el Poder Judicial en el papel de administrador y distribuidor dentro de los parámetros democráticos y del Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Bustamante Alarcón, R. 2001 *Derechos fundamentales y proceso justo* (Lima: ARA Editores).

Ministerio de Justicia 2014 “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)” (Brasilia: DEPEN), junio. En <<http://www.justica.fov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acceso 18 de julio de 2017.

García Ramírez, S. 2012 *El debido proceso* (México: Porrúa).

Cecilia Caballero Lois*

NADA, ADEMÁS DE FALACIAS

UN ANÁLISIS ARGUMENTATIVO DE LA SENTENCIA CONDENATORIA CONTRA EL EXPRESIDENTE LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

INTRODUCCIÓN

Este artículo intenta discutir algunos puntos específicos de la sentencia condenatoria contra el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva dictada por la 1ª Instancia de la Justicia Federal (TRF) de la 4ª Región. Para demostrar que la referida decisión vulnera puntos cruciales del Estado Democrático de Derecho, el trabajo se valdrá de las contribuciones de la teoría del derecho y de la teoría de la argumentación jurídica.¹ No hay, evidentemente, ninguna pretensión de agotar el tema, solo se busca ofrecer al lector herramientas para que pueda hacer su propio análisis de la decisión en los comentarios.

BREVES APUNTES SOBRE LA TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN

Una de las demandas históricas de aquellos que nos hemos dedicado al estudio de las estructuras y del funcionamiento del Poder Judicial es la necesidad de que este fundamente sus decisiones, de modo de

* Doctora en derecho. Profesora de los Cursos de Grado y Posgrado de la Facultad Nacional de Derecho (FND) de la Universidad Federal de Río de Janeiro (UFRJ).

1 Es importante aclarar que, debido a las características de este texto, no se utilizará la obra de un autor en particular, sino apenas las definiciones principales y conceptos de la teoría de la argumentación jurídica relevantes para este trabajo.

informar los motivos (no siempre claros) que formaron la convicción de un juez. Siendo este un poder de Estado cuya legitimidad no viene del sufragio, tiene, por lo tanto, la obligación y la necesidad imperiosa de justificar, *a través de argumentos racionales*, sus conclusiones que presenta sean las que fueren.

Hay, así, una vasta literatura en un ámbito específico de la teoría del derecho, denominada teoría de la argumentación jurídica que se dedica justamente a proveer elementos sobre lo que sería (o no) un *argumento racional*. Un argumento racional es aquel capaz de satisfacer las exigencias democráticas que constituyen el centro de la actuación de un *poder contramayoritario*, o sea, aquel poder que tiene por función fundamental limitar la voluntad de la mayoría y garantizar la supremacía de la Constitución,² como es el caso del Poder Judicial.

Inicialmente, podemos afirmar que la argumentación se constituye en un conjunto de elementos que son, básicamente, los razonamientos utilizados para componer una *red argumentativa*. Tenemos, de esta forma, que los razonamientos –argumentos– son las razones que sustentan una decisión. Conforme a la teoría de la argumentación jurídica, hay dos tipos de razonamientos: el inductivo y el deductivo. Ambos *están compuestos por un conjunto de frases que denominamos premisas, por una frase que llamamos conclusión y por una expresión que representa la relación que se exige que haya entre las premisas y la conclusión* (Branquinho, Murcho y Gomes, 2006: 43-44). Cuando estamos, entonces, en el campo de la argumentación, expresiones vagas, tales como *luego, entonces, por lo tanto* son habituales y usadas en muchas ocasiones. Estas locuciones tienen la simple finalidad de guiar al lector y asumir las conclusiones del emisor sin que este precise justificar claramente sus premisas.

Con relación a los argumentos propiamente dichos, es común que estos se dividan en fuertes o débiles, convincentes y no convincentes (cuando hablamos de los inductivos) y válidos e inválidos (cuando hablamos de los deductivos). Sin embargo, la evaluación de todos los argumentos depende de la validez de las *premisas*. Una premisa, a su vez, solo puede ser considerada verdadera o falsa. De aquí resulta, por lo tanto, que la conclusión de un razonamiento, para la teoría de la argumentación jurídica, siempre se sustentará en la fuerza de un argumento. Un argumento inductivo fuerte es aquel en que la conclusión tiene una alta probabilidad de ser verdadera, un argumento inductivo débil aparece cuando la conclusión tiene poca probabilidad

2 Un poder contramayoritario es aquel que tiene por función enfrentar a las voluntades transitorias de las mayorías, asegurando un equilibrio democrático entre el cambio y la estabilidad de los derechos.

de ser verdadera (siempre considerando las premisas).

Ocurre que para llevar al receptor al convencimiento de las razones vinculadas por el uso de un determinado argumento, es preciso: (i) que este se encuentre ligado al valor de las verdades de las proposiciones; (ii) que las premisas sean comprobadamente verdaderas; y (iii) que la conclusión resulte de una consecuencia racional de las partes antes mencionadas. En caso de que esto no se verifique, no hay que hablar de decisión racional, sino de su opuesto, de aquello que se acostumbra denominar *falacias*.

Una falacia es un argumento que presenta graves deficiencias y estas (las deficiencias) se identifican fácilmente en un razonamiento que se pretende interponer al destinatario como verdadero. Sin embargo, para detectar una falacia resulta necesario hacer un análisis del contenido de los argumentos utilizados. En efecto, sin un análisis más pormenorizado resulta difícil, en la mayoría de las veces, separar un argumento verdadero (y racional) de uno falaz (y falso). Este es el trabajo que haremos a continuación, a partir de dos estrategias utilizadas recurrentemente por el juez en la sentencia condenatoria.

NADA ADEMÁS DE FALACIAS O SOBRE LO QUE LA DECISIÓN NOS DICE

Aunque sea posible afirmar que la sentencia condenatoria dictada contra el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva sea una suma de falacias, es preciso elegir algunos puntos para demostrar esta afirmación. Así, elegimos dos puntos para debatir con el lector. Ambos se vinculan a lo que denominamos *esquizofrenia justificadora* y aparecen del comienzo al fin de la decisión. Esto porque, para cada abuso de poder cometido a lo largo del proceso, presenta, el juzgador, un justificativo (casi esquizofrénico) falaz.

Veamos entonces el primer ejemplo. Dice la decisión en el ítem 57 (p. 12):

Los cuestionamientos sobre la imparcialidad de este juzgador constituyen mera “cortina de humo” y, aunque sean comprensibles como estrategia de la Defensa, no dejan de ser lamentables ya que no suponen ninguna base fáctica ni tampoco tienen base en argumentos mínimamente consistentes, como ya decidió, como se vio, el Egregio Tribunal Regional Federal de la 4ª Región.

Decodificando este primer *argumento* (?) tenemos ya una clara descalificación al interlocutor. Nada más falaz, por ejemplo, que afirmar que se trata (i) de mera “cortina de humo” el derecho de defensa; (ii) llamar lamentables los cuestionamientos amparados en libertades básicas; y, por último, (iii) reducir al interlocutor al mero demandante,

deslegitimando todos los presupuestos del Estado de Derecho. Hay aquí una clara inversión de la argumentación que no pasará desapercibida a un lector más atento. Esto porque, pese a que el juez afirme que la defensa descalifica al juzgador, percibimos claramente que es justamente este quien descalifica a la defensa para justificar las arbitrariedades. Ahora, si la defensa no tiene legitimidad (premisa) para el ejercicio de su actividad, *luego* la conclusión es que sus actos son inválidos. Tenemos aquí un claro ejemplo de la sustitución de la verdad por las falacias. Y esto se repite (de forma similar) en los párrafos 65, 138 y 148. Vemos entonces que, en la decisión, siempre que se interpela al juzgador con razón de algún acto parcial o injusto, la respuesta es *descalificada*.

En efecto, al hacer esto repetidamente, tal como denuncia la teoría de la argumentación jurídica, aquel que expone las premisas *intenta ganar o reforzar la adhesión de las mentes a las tesis que les presentan al asentimiento* (Perelman, 1999). A través del refuerzo constante de sus premisas, el juzgador (cree que) va consiguiendo la adhesión de su *auditorio*.³ Al final de su decisión lo que el juez espera es que todos consideren cierta la veracidad de sus argumentos, pues habría convertido, por repetición, las falacias en verdades.

Aunque en el intento de exponer las falacias que atraviesan la decisión, merece destacarse un segundo punto. Se trata nuevamente de la narrativa justificativa de sus arbitrariedades durante el proceso, en especial, en lo que dice respecto a la conducción coercitiva del expresidente. La decisión, cuando aborda este hecho gravísimo de violación de derechos, busca ser sintética con el objetivo claro, nuevamente, de atenuar la repercusión del abuso. Dice simplemente que la “conducción coercitiva fue una medida que se justificaba en el contexto y el tiempo le dio aún más la razón” (§ 76), y sigue diciendo que “aunque se pueda eventualmente estar en desacuerdo con la medida, se ha de convenir que conducir a alguien, por algunas horas, para prestar declaración, con la presencia del abogado, el resguardo absoluto a la integridad física y al derecho al silencio, no es equivalente a la prisión cautelar, ni convirtió al expresidente en un ‘preso político’. Nada equivalente a una ‘guerra jurídica’” (§ 77).

En efecto, en este caso específico tenemos, por un lado, que el expresidente obedeció a la ilegalidad del acto del juez, algo que aparentemente habría “legitimado” otro acto parcial. Este, a su vez, justificó la arbitrariedad alegando que era para preservar al expresidente. Pero, si esto fuese verdad, ¿por qué Luiz Inácio Lula da Silva no fue aten-

3 Auditorio es la forma a la que en la teoría de la argumentación se refiere a los destinatarios de una determinada interlocución.

dido discretamente, como merece un expresidente? Es más, ¿por qué vuelve el juez a justificarlo? ¿Por qué tantas palabras si apenas buenos argumentos serían suficientes?

El juzgador sabe muy bien que no hay discusión posible sin la carga probatoria y para hacerlo recurre nuevamente a descalificarla por violenta (violencia que él mismo emplea). No deja de ser significativo que él mismo recurra todo el tiempo a una *guerra jurídica* que dice no reconocer, pero que constantemente patrocina.

CONSIDERACIONES FINALES

Sabemos que son innumerables las arbitrariedades que atraviesan esta decisión. Ellas van desde la condena sin materialidad hasta la corrupción sin contrapartida, sin embargo aquí tuvimos como objetivo aportar algunas herramientas para que, prescindiendo del juez, el lector pueda construir sus premisas y llegar a sus propias conclusiones. No es preciso ir más allá, al decir y, paradójicamente, no decir, que el juzgador habla por sí.

BIBLIOGRAFÍA

- Atienza Rodríguez, M. 1997 *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales) 2ª reimpresión.
- Branquinho, J.; Murcho, D. y Gomes, N. G. (orgs.) 2006 *Enciclopédia nos termos lógico/filosóficos* (San Pablo: Martins Fontes).
- Ferraz Sampaio Jr., T. 2001 *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação filosóficos* (San Pablo: Atlas) 3ª edición.
- Perelman, C. 1999 *Retóricas* (San Pablo: Martins Fontes) Trad. M. E. de Almeida Prado Galvão. 2ª edición.

Cesar Britto*

PLEGARIAS PARA *THEMIS*

LA DIOSA GRIEGA *Themis*, también llamada de la *Justicia* por los romanos, era hija de Urano y Gaia, y era considerada la personificación del Orden y de los Derechos divinos, ratificados por la Costumbre y por la Ley. En el Olimpo, ocupaba el destacado cargo de consejera de todos los dioses, se sentaba al lado del poderoso Zeus, sellaba el destino de la sociedad, determinaba las reglas morales, sociales y religiosas y, al fin, juzgaba a todos con la gracia de la infalibilidad. Se tornó, con este currículo, la Diosa de la Justicia, más aún cuando impresionaba su austero ejemplo divino, bien representado en el hecho de que se mostraba con los ojos vendados, sosteniendo una balanza y una tabla de leyes.

Y para quien no está familiarizado con la forma de ser de la abalada diosa, se aclara que ella no vendaba sus propios ojos por capricho, *marketing* religioso o asumido placer masoquista. Al contrario, obraba así por deliberada voluntad, pues, sin divisar el poder económico, la apariencia física o el aspecto intelectual de los suplicantes, podría juzgar mejor y aplicar la justicia requerida. Las tablas de leyes que

* Abogado y escritor, autor de libros jurídicos, novelas y crónicas. Fue presidente de la Orden de Abogados de Brasil y de la Unión de Abogados de Lengua Portuguesa. Es miembro vitalicio del Consejo Federal de la OAB y de la Academia Sergipana de Letras Jurídicas.

acompañan a su indumentaria significan que todos deben seguir, universalmente, las mismas normas y los mismos principios preestablecidos, independientemente de la condición humana o divina del juzgado. La balanza que porta simboliza el equilibrio que debería marcar al mundo, observándose que los dioses cuantifican igualitariamente a las personas y el peso de sus actos, tanto en sus errores y aciertos como en los premios y castigos. Es escribir en otras palabras: no mirando “a quien” suplicaba, sería más justa y sensible para escuchar y juzgar “lo que” se investigaba.

Así, no podría sorprender la constatación de que la diosa *Themis* se hubiera tornado una verdadera *pop-star* entre griegos, troyanos, romanos y todos aquellos que creían en la divinidad de los que habitaban el Olimpo. Ella era invocada por todos aquellos que se sentían sin justicia, oprimidos o indefensos frente a los poderosos dioses, a las personas que se decían dioses y a los que endiosaban la arbitrariedad. Sus devotos sabían que podrían contar con su voz defensiva en las reuniones de los dioses, especialmente cuando se transgrediesen los ordenamientos impuestos inscriptos en sus famosas tablas, desequilibrando la balanza de la vida. Y según consta en los libros sagrados divulgados por las sacerdotisas de sus templos, ella siempre atendía las súplicas más justas.

Sobreviviendo a los caprichos impecables del tiempo, mirando desde la cabina la caída de la propia mitología griega que la proyectó hacia el mundo, el encanto deslumbrante de *Themis* continuó conquistando la atención de todos los puntos del planeta, incluso de los ateos y los que profesan el monoteísmo, fundamentalista o no. Basta constatar que *Themis* fue presencia cautiva en varios episodios que dejaron marcas profundas en la Historia, porque no puede hablarse de igualdad, libertad y fraternidad sin clamar por *Justicia*. Y no puede olvidarse que su imagen, desde el inicio de su culto, está edificada en varios predios públicos, bufetes privados de abogacía y museos, además de impresa en incommensurables carteles, invitaciones, papeles, diplomas, tarjetas profesionales y miles de documentos publicitarios que abordan la práctica de la igualdad, de la ética, del derecho y de la justicia entre todos y para todos.

Y toda esta inmortal popularidad de *Themis* se ha adaptado al mundo contemporáneo en su andanza por el tiempo. Es que, no contando más con los dioses del Olimpo para exigir el cumplimiento de sus deliberaciones, adoptó nuevas prácticas, abrió incontables templos y ubicó a sacerdotes en varios puntos del planeta. Además de la tabla de leyes y de su venda impenetrable, la eterna diosa pasó a portar en su traje una espada reluciente, símbolo mayor de la fuerza del Estado y de su poder de policía para exigir el cumplimiento de las

leyes y de las decisiones judiciales. También pasó a compartir con los seres humanos la tarea de escribir en la tabla de las leyes el ordenamiento jurídico que entraría en vigor en cada país. De la misma forma, descentralizó para el mismo grupo de mortales la tarea de juzgar, permitiendo que los propios seres humanos cuidasen de las acusaciones, de las defensas y de las decisiones judiciales.

La virtud de la democratización legislativa y judicial que permitió la inmortalidad de *Themis*, paradójicamente, provocó un gran riesgo para la supervivencia de la propia humanidad. Es que los seres humanos no fueron favorecidos con los dones de ser omniscientes u omnipresentes. No pudiendo saber del todo lo que ocurre, no teniendo el poder de hacer todo y de estar sin condiciones en todos los lugares los seres humanos pueden errar en sus determinaciones, desconocer las circunstancias en que ocurrieron los hechos, ignorar las razones de los actos cometidos, no sentir el sentimiento en debate o incluso no comprender por no haber vivido nunca la situación. Además, los seres humanos no están exentos de los defectos que pueden viciar los actos decisorios y judiciales, así como no están inmunes a la corrupción, a las pasiones políticas, a las vanidades, a las ventajas y a los preconceptos sociales. De ahí la razón de la necesidad de observar, como antídoto a la posibilidad de la falla humana, el equilibrio democrático en la representatividad parlamentaria y el rígido cumplimiento de una norma procesual que impide una mirada parcial del juzgador.

Brasil vive un momento en donde la acción estratégica de *Themis* es cuestionada como legítima y eficaz. Al final, las palabras esculpidas en las tablas de las leyes brasileñas reflejan el contenido deliberado de protección al poder económico, a los defensores de la propiedad como valor absoluto y a los nacidos en tierras y lechos espléndidos. Y este furor que atenta contra el país creció en los días comandados por el personaje no mitológico Temer-Eunício-Maia. El fervor fanático de su legislación destructora de los derechos sociales no encuentra ningún paradigma en la Historia de Brasil. Y no se detuvo con la transformación de la clase trabajadora en servidora eterna de Señor Capital, pretende transformar al brasileño en extranjero en su propia tierra natal. Se entrega a la explotación del petróleo y gas en los yacimientos del presal para el capital extranjero, vende los aeropuertos, los lotes de tierra, las compañías aéreas y todo lo que pueda relucir como oro. Y todo esto bajo el manto de sospecha bautizado por Chico Buarque y Francis Hime como “tenebrosas transacciones”.

Confiscado el carácter de equilibrio de la tabla de las leyes, restaría la imparcialidad de los seres humanos que recibiesen la delegación de acusar, defender y juzgar a sus semejantes. En este campo de actuación *Themis* sería una experiencia impecable, no permitiendo que los

juzgamientos fuesen fundamentados según criterios de clase social y poder económico. Pero súbitamente, de las tintas de las sentencias judiciales se prohíbe el derecho de manifestación, la presunción de inocencia, el principio de contradictorio, la amplia publicidad de los actos procesales y la igualdad de armas entre la acusación y la defensa. Todo practicado bajo la lógica de que “quien recibe la delegación divina también es divino”, especialmente en lo que se refiere al dominio de la infalibilidad, jamás podrá cometer errores graves o fallas procesales aberrantes.

El juzgamiento del expresidente Lula refleja la equivocada lógica de la sacralidad en la delegación implementada por *Themis*. Inicialmente, cuando fue transgredida la Tabla Constitucional en la parte que se refiere al principio de la seguridad como derecho fundamental, expresamente previsto en el *caput* del art. 5° y en el *caput* del art. 6°. La Tabla brasileña Republicana invirtió la lógica represiva de la investigación, sustituyendo el concepto de seguridad nacional destinado a proteger el régimen militar por el de seguridad como derecho fundamental protector del ciudadano contra el poder de policía ejercido de forma abusiva por el Estado. Exactamente por esto creó competencias específicas para los diversos actores de la investigación, indicando un sistema que conjuga autonomía y control en cada fase depurativa, desde la interrogación policial hasta el acatamiento de la denuncia. El objetivo era impedir que el Estado (policía, Ministerio Público y magistrado), controlase de forma uniforme todas las fases de la indagatoria criminal, no permitiendo la fiscalización de los actos cometidos.

La llamada Fuerza de Operaciones del *Lava Jato* mezcló todos en un solo paquete, sin saber más quién era policía, procurador de la República o magistrado. Los tres, obrando como una única y orquestada voz, impidieron que los frenos y los contrapesos constitucionales fuesen disparados, comprometiendo la necesaria imparcialidad de lo que sería después juzgado. En este campo, como se sabe, todo era decidido colectivamente, desde la filtración estratégica de grabaciones ilegales, pasando por grupos de prensa sensacionalista, ejecutándose las conducciones coercitivas abusivas, forzándose las prisiones para la obtención de liberatorias delaciones premiadas o mismo por la inducción como reales de hechos que ni siquiera constaban en los autos.

Lo que realmente importaba era que la estrategia tuviese el apoyo de la opinión publicada para convencer a la opinión pública, importando poco la verdad real o procesal. Era como si estuviesen recitando como “grito de guerra” el famoso coro del célebre libro *Los Tres Mosqueteros*, escrito por el francés Alejandro Dumas (1957): ¡Uno para todos y todos para uno!

No cuesta recordar que la acusación, centralizada en la “omnisciente convicción que dispensa la prueba”, hizo del proceso un debate que atrajo reflectores, autógrafos, conferencias millonarias, libros autobiográficos o de biografía autorizada. Y en este paquete popular, el propio juzgador hacía del proceso una emocionante novela especial, comunicando en el Facebook familiar las escenas de los próximos capítulos, algunas de ellas anunciadas en concurridas conferencias, en viajes internacionales, en audiencias parlamentarias o en prestigiosas entrevistas en las redes televisivas. Todo sin mencionar la autorización para que fuesen producidos filmes comerciales sobre el propio proceso, cuando pasarían a ser “figuras históricas” de la pasarela brasileña. Y, bajo las luces de los reflectores, presentaron una innovación en la indumentaria milenaria de *Themis*, ahora ella se exhibía sonriente, vanidosa y, sobre todo, sin la venda que le impedía mirar “a quien”.

¿Y cómo no esperar otro resultado más allá de la condena? ¿Cómo creer que la acusación, repentinamente, perdería el apoyo del juzgador? ¿Cómo se podría pensar en juzgamiento imparcial cuando el acusador y el juzgador abandonan los autos para abrazar, juntos, la escalera de la fama? ¿Cómo esperar que dijese que todo el proceso fue un grave error, que eran falsos los fundamentos de los libros publicados, que deberían ser rasgados los autógrafos concedidos y que no serían más invitados a las conferencias, entrevistas y viajes internacionales? ¿Cómo extraer del acusador y del juzgador su naturaleza humana, sus vanidades, pasiones políticas o comprensiones ideológicas? Las respuestas fueron dadas en forma de una sentencia inconsistente, no fundamentada en los autos y destinada a desaparecer del currículo de *Themis*.

¿Se podría concluir entonces que la diosa *Themis* resolvió abandonar Brasil en esta época? Algún estudioso del tema tal vez llegue a la conclusión de que los templos brasileños trabajan mucho, pero los problemas son mayores que la capacidad organizacional que tiene el Estado para resolverlos. Se podría afirmar, aún, que la diosa *Themis* nunca habitó o construyó templos en tierras tupiniquis, también ellas víctimas del exterminio. Es posible, también, que esta apunte a los feroces enemigos de la *Justicia* como responsables directos por la tentativa diaria de decretar su muerte definitiva y sin derecho a la resurrección. Ella dirá, quién sabe, que los vándalos atacaron su culto, corrompieron a los sacerdotes, desmoralizaron los templos, amenazaron a los devotos y los dispersaron en tanto ella desistió de su propia santidad. Se puede hasta decir que ella fue “curada” de la venda que le impedía divisar “a quién”, tornándose una simple mortal que, sin cualquier remordimiento alguno, juzga inaudible “lo que” se postula.

Independientemente de la respuesta, es necesario decir que la ciudadanía brasileña solamente se tornará una de las grandes adoradoras de la diosa *Themis* cuando la *Justicia* sea efectivamente destinada a todos. En este día, ciertamente por ella velarían los trabajadores, los desempleados y los jubilados, suplicando que se torne victoriosa la comprensión de que nacieron para vivir con dignidad, y no solo considerados costos de producción, estadísticas sociales o dispendios ornamentales. Orarían también los campesinos, los excluidos, los abandonados y los que no tienen vivienda ni tierra, todos esperanzados de que sus veneraciones sean escuchadas y así, podrían ser considerados detentores de derechos. Rezarían los pobres, los “negros” y las prostitutas –las desgastadas 3 P–¹ para no volverse más los “visitantes obligados” de las delegaciones y los presidios brasileños. También por ella clamarían las mujeres, pidiendo no ser más víctimas del machismo que mata, violenta y anula toda posibilidad de ser tratadas con dignidad, igualdad y respeto. Rezaríamos todos nosotros, los brasileños y las brasileñas que no se cansan de luchar.

BIBLIOGRAFÍA

Dumas, A. 1957 *Los Tres Mosqueteros* (Buenos Aires: TOR).

1 Las desgastadas 3 P según el original “*os pobres, os 'pretos' e as prostitutas*” [N. de la Ed.].

Charloth Back*

DERECHO PENAL DEL ENEMIGO (POLÍTICO)

LA SENTENCIA DEL JUEZ Sérgio Moro, que condenó al expresidente Lula a nueve años y seis meses de reclusión por un supuesto (y no comprobado) enriquecimiento ilícito, fruto de una alegada práctica de corrupción, es un ejemplo claro de la doctrina del Derecho Penal del Enemigo, con la finalidad de “combatir la corrupción en Brasil”. Esta doctrina fue creada en la década de los ochenta por el jurista alemán Günter Jakobs, pero cobró fuerza en el gobierno de George W. Bush, luego del ataque a las Torres Gemelas de 2001 y, principalmente, en las invasiones americanas a Afganistán e Iraq.

Bajo el argumento de seguridad nacional, de legítima defensa o de combate al terrorismo –el proclamado mal del siglo XXI– ciertas personas, por ser consideradas enemigas de la sociedad o del Estado, no detentarían todas las garantías y protecciones penales, y procesales penales, que se aseguran para los demás individuos. En nombre de la defensa de la sociedad, las garantías penales mínimas consagradas por las constituciones y por los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos, como la presunción de inocencia,

* Investigadora invitada del Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coimbra (Portugal). Doctoranda en Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Pablo de Olavide (España).

la prohibición de la condena sin pruebas, el principio de la legalidad, la neutralidad de quien juzga, la prohibición de la tortura, así como el impedimento de la obtención de pruebas por medios ilícitos, no se aplican a los proclamados “enemigos de la sociedad”.

Jakobs (2007) propone la distinción entre un Derecho Penal del Ciudadano, que se caracteriza por el mantenimiento de las normas, de las garantías penales y de los límites al poder de castigo e investigación del Estado, y un Derecho Penal del Enemigo, totalmente orientado hacia el combate de los “peligros” sociales, y que permite que cualquier medio disponible, lícito o no, sea utilizado para castigar a estos no ciudadanos. De acuerdo con Jakobs (2007), no se trata de contraponer dos esferas aisladas del Derecho Penal, sino de describir dos polos de un solo mundo y de visibilizar dos tendencias opuestas en un único contexto jurídico penal.

En este contexto, tenemos el Derecho Penal del Ciudadano, cuya tarea es garantizar la vigencia de la norma como expresión de una determinada sociedad y el Derecho Penal del Enemigo, al que le cabe la misión de eliminar peligros. Además, en el Derecho Penal del Enemigo, hay una verdadera cacería al autor de un pretendido delito, puesto que el agente es castigado por su identidad, por sus características y por su personalidad. Se castiga al autor, y no a la conducta delictiva en sí. De esta manera, se reprueba la peligrosidad del agente y no su culpabilidad. La aplicación de este Derecho Penal del Enemigo significa la suspensión de “ciertas normas” para “ciertas personas”, lo que siempre se justifica por la necesidad de proteger a los “hombres de bien”, a la sociedad o al Estado contra determinadas amenazas colectivas.

Posterior al 11 de septiembre, el terrorismo pasa a ser procesado con leyes de guerra, y sus acusados considerados prisioneros de guerra. El sentido garantista y limitador de los poderes punitivos del Estado, asegurado por el Derecho penal, da lugar a una persecución, en la que las leyes pasan a ser leyes de combate, situación análoga a lo que ocurre en los regímenes fascistas. Las personas procesadas criminalmente ya no están más protegidas por la Constitución o por los principios mínimos de los Derechos Humanos. A los considerados infractores o contrarios al orden no se les aplica el Derecho –se los combate con el Derecho. La aplicación del Derecho pasa a ser, en lugar de protectora, combativa y con el objetivo de vencer al “enemigo de la sociedad”.

A pesar que esta doctrina sea controvertida y sujeta a críticas, la realidad nos muestra que, de hecho, el Derecho Penal del Enemigo ha sido aplicado de manera sistemática en contextos de guerra –como la guerra de Iraq– y bajo el justificativo de la seguridad nacional –como

en las instalaciones carcelarias de Guantánamo. Esta prisión es un ejemplo inequívoco de jurisdicción para “combatientes irregulares” – sospechosos de terrorismo– que permite toda suerte de excepciones a los principios de persecución penal constitucional. En este sentido, se da la suspensión de derechos humanos mínimos en nombre del combate al terrorismo y la protección de la seguridad nacional.

En los Estados latinoamericanos, no alcanzados por el terrorismo, la creación del enemigo pasa por el retorno de la demonización de las izquierdas y por la criminalización de los movimientos sociales. Los nuevos golpes contra la democracia, ahora travestidos de golpe jurídico parlamentario, son un síntoma de que hay una nueva ofensiva contra las conquistas sociales. En ambos casos, hay una inversión ideológica del Derecho que pasa a mancillar los derechos humanos en vez de protegerlos.

En el contexto brasileño, el Derecho Penal del Enemigo ha sido utilizado en la autoproclamada misión del Poder Judicial de “combate a la corrupción”. Lula y demás políticos de la izquierda están siendo tratados como verdaderos enemigos y no como ciudadanos acusados en un proceso-crímen; o sea, los acusados aquí no son sujetos de derecho, o incluso objetos de protección jurídica. Son, en verdad, objetos de coacción, desprovistos de derechos y de la protección jurídica mínima a la que todos los seres humanos tienen derecho, incluso aquellos investigados por crímenes. Cabe recordar que la utilización del Derecho Penal del Enemigo en Brasil no es una innovación del juez Moro, en tanto que, en las operaciones policiales en las comunidades más pobres y en las periferias, la norma es tratar tanto a los criminales como a la población en general de manera equiparada a enemigos sociales.

La franca utilización del Derecho Penal del Enemigo en la sentencia del juez Moro queda en evidencia en distintos momentos. En primer lugar, falta de razonabilidad en la instauración del interrogatorio contra Lula. Lo que parece aquí es que Lula está siendo investigado por su identidad política y su pasado. Se pretende castigar la posible peligrosidad del agente, y no su culpabilidad en sí. En la parte final de la sentencia, en la que Moro considera el cargo de Lula como agravante y, por lo tanto, justificativo para la ampliación de su pena, el juez, una vez más, recurre a la persona del agente, y no a las circunstancias de la conducta, para aplicar el Derecho Penal. Se debe recordar que esto no es un agravante posible o incluso considerable en el Derecho Penal brasileño.

En segundo lugar, el juzgamiento de Sérgio Moro se muestra totalmente parcial y pendiente a la condena del acusado, independientemente de cualquier prueba concreta, por razones más políticas que

jurídicas. Este aspecto se corrobora por la conducta del propio juez, que va reiteradamente a los medios a hacer declaraciones contrarias al acusado, se presenta en eventos de partidos políticos de derecha y está frecuente y públicamente acompañado por adversarios políticos interesados en la destrucción de la figura política del expresidente. Además, el juez pasa parte significativa de la sentencia criticando la estrategia de la defensa de Lula, que alega sospecha y parcialidad del Juicio. El expresidente tiene todo el derecho de defenderse y de denunciar lo que considera como un proceso injusto, parcial e infundado. La defensa de Lula no puede ser criticada, ni impedida de proferir este tipo de crítica y mucho menos ser reprobada por invocar su tesis de defensa simplemente porque el juez considera que esto ataca su autoridad moral o su prestigio como juzgador.

En tercer lugar, a pesar de que la Operación *Lava Jato* cuenta con algún apoyo social a causa de la mencionada misión de “combate a la corrupción”, los métodos jurídicos que han sido usados, principalmente cuando se habla de investigación penal, son extremadamente cuestionables frente a nuestra Constitución y las garantías mínimas del debido proceso legal del Derecho Internacional. Obtención de la delación premiada por medio de acoso, consideración en la sentencia de delación premiada descalificada por el Ministerio Público Federal (responsable de la acusación), micrófonos en el gabinete de abogacía, divulgación de audios obtenidos de forma ilícita, como en el caso de la conversación entre Lula y la entonces presidenta Dilma, y la exhibición pública de los acusados, configuran una serie de conductas claramente ilegales. Todos estos recursos sirven para sustentar la “convicción” del juez para condenar al expresidente Lula.

Sin embargo, ninguna prueba, repito, ninguna prueba contundente fue presentada en la sentencia para justificar la condena –ni la escritura pública del inmueble, que está a nombre de la empresa OAS, ni el contrato de cesión fiduciaria, que fue firmado entre *Caixa Econômica* y OAS, ningún documento, ninguna grabación secreta, ninguna cuenta en el exterior. Además, los testimonios de acusación no fueron capaces en ningún momento de vincular directamente ni al expresidente ni a su esposa con el recibimiento de recursos ilícitos o con la adquisición del triplex de Guarujá.

Se nota aquí un claro cambio en las reglas del juego procesal, típico del Derecho Penal del Enemigo. Uno de los pilares del Derecho Penal, y consecuentemente, una de las garantías de los ciudadanos contra la perversidad estatal es el principio de que la acusación tiene el deber de probar lo que fue alegado al inicio. No hay posibilidad de responsabilizar a alguien penalmente sin que exista una relación directa y relevante entre el agente y el bien jurídico afectado, o sea, sin

la existencia de una base probatoria robusta y suficiente para imputar algún crimen al agente. Hay que comprobar que hubo de hecho una conducta ilícita, y que esta conducta puede ser imputada al acusado; caso contrario, existirá una flexibilización indebida de las garantías constitucionales en nombre del combate a la corrupción, como si este fuese el mal mayor de la sociedad brasileña.

Detrás de un discurso pretendidamente democrático y de defensa de los bienes públicos hay un autoritarismo judicial disimulado, típico de contextos de Estado de Excepción y de la aplicación del Derecho Penal del Enemigo. En este último caso, el autoritarismo pasa a ser más eficiente dado que consigue diluirse y confundirse en el interior de una propuesta discursivamente democrática, que, por esto mismo, no puede ser contrapuesta a ningún otro argumento, sin que este sea considerado un “peligro para los hombres de bien”.

De acuerdo con este discurso de sentido común, basado en la ideología de la “defensa social”, es plenamente posible mitigar derechos y garantías fundamentales “en favor de la sociedad”. La colaboración evidente con los medios, con la finalidad de crear una movilización popular contra Lula, y las diversas entrevistas de los procuradores del *Lava Jato* nos dan la certeza de que este proceso está muy distante de un proceso penal jurídico; es un proceso penal político y, en este sentido, tiene el problema de que no sigue la debida garantía penal.

La sentencia del juez Moro es inequívoca en demostrar su principal objetivo: usar todos los medios existentes, lícitos o ilícitos, para condenar al expresidente –considerado por él y por parte del Poder Judicial como un enemigo que precisa ser combatido y masacrado–, aunque para esto sea necesario mancillar el Derecho, flexibilizar las garantías procesales, desnaturalizar los principios constitucionales, o sea, aplicar de forma explícita el Derecho Penal del Enemigo.

BIBLIOGRAFÍA

Jakobs, G. y Meliá, M.C. 2007 *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas* (Porto Alegre: Livraria do Advogado).

Claudia Maria Barbosa*

EL LAMENTO DE ARISTÓTELES EN LA DECISIÓN DEL CASO DEL “TRÍPLEX DE LULA”

INCORRECCIONES LÓGICAS DE LA SENTENCIA

LA DECISIÓN QUE CONDENÓ al expresidente suscita diversos cuestionamientos jurídicos que involucran aspectos constitucionales, criminales y civiles, a propósito de los derechos de posesión y propiedad.

Más allá del análisis jurídico, es fundamental también el análisis lógico de la argumentación presentada, la que se constituye en el objeto de este ensayo, enfocado en la ilustración de pasajes de la decisión que son incorrectos desde el punto de vista lógico y comprometen, por lo tanto, las conclusiones obtenidas.

La extensión de la sentencia, impropia para un documento que debería ser comprensible a la sociedad, sugiere por sí sola, como se comprueba después de la lectura, la dificultad de comprobarse lo alegado. Si las 238 páginas de la decisión del juez contra el expresidente, estuviesen asentadas solo en el Derecho, podrían resumirse a pocas decenas de páginas, en las que se cuentan los hechos, se demuestra el nexo causal entre la conducta del agente y el resultado ilícito obtenido, se prueba lo alegado, se fundamenta la decisión y se establece la pena y sus medidas.

* Profesora titular de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Paraná. Enseña en la Maestría y Doctorado en Derecho de esta institución.

En Curitiba, sin embargo, la dificultad era mayor: frente a la inconsistencia de las pruebas orales producidas por la acusación (contradicciones reconocidas por el propio juez –ítem 587, por ejemplo–), enfrentando la falta de pruebas documentales que prueben la conducta ilícita dolosa del acusado, y confrontándolas a las pruebas documentales y orales presentadas por la defensa, que niegan que haya habido conducta ilícita del expresidente, el magistrado innova: decide contar una historia, pero como no la puede **PROBAR**, él precisa por lo menos **PERSUADIR** al lector de que la historia es verdadera, y por lo tanto infiere erróneamente que el hecho de que no exista otra historia contada en detalles, torna a la suya la única verdadera.

Gran parte del texto jurídico es eminentemente persuasivo, en la medida en que los procesos presuponen un conflicto en el que las partes y el juez buscan describir los hechos de manera de convencer a los interesados directos e indirectos de que “SU” verdad se constituye en “LA” verdad, como si esta fuese la única posible.

Frente a la necesidad de preservar la libertad del individuo –derecho que el liberalismo definió como esencial al ser humano– las constituciones de varios países, así como la brasileña, consagraron el principio de la presunción de inocencia que expresa la idea de que “todos son inocentes hasta que se pruebe lo contrario”. En la Constitución brasileña la redacción expresa en el art. 5, LVII dispone: “nadie será condenado culpable hasta el tránsito en juzgado de sentencia penal condenatoria”. Esta norma se opone lógicamente a otra que, a veces e infelizmente, expresa la realidad de parte de la sociedad brasileña, traducida en la afirmación de que “todos son culpables hasta que se prueben inocentes”.

Diferente de la esfera civil, en la esfera penal no basta la verosimilitud, la apariencia de verdad, es preciso **PROBAR**, más allá la duda razonable, que el acusado es culpable.

El lenguaje jurídico es, en sí mismo, imperfecto, en el sentido de que comunica diferentes sentidos e interpretaciones para términos vagos y ambiguos, y ejerce distintas funciones, entre ellas la de informar, comunicar, convencer. Expresiones como peligro inminente, fuerza bruta y duda razonable se encuentran en textos normativos cuyos contenidos se delimitan fuera de la norma. Por esto en derecho penal se estableció el principio de *in dubio pro reo*, según lo cual, habiendo duda, se impone la absolución del acusado.

En la persuasión muchas veces se utilizan las falacias que, en palabras de Warat (1985: 124) son “recursos argumentativos, que tienden a imponer una conclusión, no derivada lógicamente, pero que logra su aceptación por asociación psicológica y emotiva”.

El término falacia deriva del verbo latino *fallere*, que significa engañar. En la sentencia proferida en los autos de la Acción Penal N° 5046512-94-2016.4.04.7000/PR, que trata del “tríplex de Lula”, el magistrado utiliza con profusión las falacias, de manera de persuadir a los destinatarios directos y a la sociedad de que la construcción de los hechos que él elabora son “LA” única posible, a pesar de la fragilidad de las pruebas orales y de la ausencia de pruebas documentales útiles que comprueben su hipótesis.

En el estilo del lenguaje utilizado se encuentran lýtotes, un recurso que consiste en afirmar lo positivo por lo negativo, como en el ejemplo “no ignoro que” al desear expresar “yo sé que...”. Las lýtotes son útiles también para atenuar el pensamiento, como en el ejemplo “Paulo no está en su juicio perfecto”, para quien desea afirmar “Paulo está loco”. Esta atenuación sirve de énfasis disimulado. En la decisión que es objeto de análisis, se utilizan numerosas expresiones escritas de forma negativa, de manera de disimular la fragilidad de las pruebas que no corroboran los argumentos (premisas) utilizadas por el magistrado.

La persuasión es enemiga de la lógica, pero la lógica es amiga del Derecho. Una decisión ilógica, sobre todo en materia penal, es insubsistente e incorrecta.

En el caso en cuestión, la prueba de los hechos se da mucho más por aquello que no se prueba, que por aquello que se puede probar, invirtiendo totalmente la carga probatoria, lo cual, en materia penal, recae sobre la acusación.

La decisión en esta Acción Penal, aunque a primera vista pueda ser persuasiva, no resiste un examen lógico superficial, por al menos tres motivos que se indican a continuación: (i) porque no consigue demostrar el nexo causal necesario entre el antecedente y el consecuente; (ii) porque usa y abusa erradamente de un concepto de implicación lógica: si A, entonces B; y (iii) porque es refutada por los principios de la no contradicción y de la banalidad que caracterizan las lógicas clásica y deóntica, conforme se demuestra a continuación, pudiendo ser superadas, en algunas circunstancias especiales, por la lógica paraconsistente (Barbosa, 2005).

El nexo causal en derecho es el vínculo existente entre la conducta del agente y el resultado por ella producido, o sea, es necesario analizar y probar si determinado acto genera (produce) un resultado específico.

En lógica, el concepto de nexo causal se explicita en la idea de implicación, cuyo concepto nos impone la siguiente regla: “Si A entonces B”. O, dicho de otra forma, si A ocurre, entonces B ocurrirá también, necesariamente. De este razonamiento, sin embargo, no le sigue otro

que en ocasiones parece su contrario: “si no A, entonces no B” no se deriva lógicamente de la implicación.

La decisión es lógicamente infundada y daña uno de los principios esenciales de la lógica clásica. La lógica clásica, de base aristotélica, está estructurada en tres leyes de pensamiento, expresadas a través del principio de identidad, del principio de no contradicción y el principio del tercero excluido. La decisión hiere de muerte el principio de no contradicción, que afirma que dos juicios contradictorios no pueden ser ambos verdaderos. Cada una de las afirmaciones puede ser verdadera o falsa, pero siendo una de ellas verdadera, la otra será falsa. Quien juzga en el proceso analizado construye una historia y quiere convencer al lector de que esta es la única posible, por lo que las demás serían falsas.

El problema de este razonamiento es que es incorrecto. El hecho de contar una historia con premisas que se quieren hacer suponer que son verdaderas, no permite concluir lógicamente que todas las otras posibles son falsas. Esta construcción solo se equilibra, sin sustento, en el argumento persuasivo.

La característica de la banalidad, básica en el razonamiento lógico, establece que “si en un único sistema S de lógica clásica fuesen derivadas dos sentencias, una de las cuales es la negación de otra entonces cualquier sentencia enunciada en el lenguaje de S puede ser derivada de S. Dicho de otra forma, en las señaladas lógicas clásicas en general es válido el principio *ex falso sequitur quodlibet* (*sic*), formalmente manifiesto por la expresión “Si (a y (no A)) entonces B”, que indica que “de una falsedad, todo se sigue”. O, considerando la idea de la contradicción, “de una contradicción, cualquier cosa puede ser concluida” (Barbosa, 2005: 78).

Pero, conforme constata Barbosa (2005: 78):

[...] si todo se puede concluir de una falsedad o de una contradicción, se puede probar cualquier cosa, y será imposible distinguir lo falso de lo verdadero, de forma que, desde el punto de vista de la lógica clásica un sistema banal es inútil, porque, si a partir de él se puede afirmar todo, él no presenta ninguna información.

Por otro lado, cuando la premisa de una implicación no fuese verdadera, nada puede afirmarse sobre la consecuencia, o sea, no se puede decir si la consecuencia es verdadera.

Para tornar visible al lector algunas incorrecciones de la decisión, vamos a utilizar pasajes que ilustran algunos de los defectos lógicos que la comprometen y la destruyen lógicamente. Con vistas a facilitar la localización, reproduciremos en el análisis los mismos

números cardinales con que el magistrado presenta su secuencia de hechos y los utiliza en su largo texto para localizar pasajes específicos de la decisión.

1. EX FALSO SEQUITUR QUODLIBET

587. Es evidente que hay diversas contradicciones entre las declaraciones, entre los de los acusados, entre los de los testimonios y entre los de los acusados con los de los testimonios.

597. A pesar de que la prueba oral no es semejante, hay solamente una versión de los hechos que es consistente con la prueba documental ya examinada en el tópicus II.12.

El razonamiento utiliza lýtotes: el texto sería más claro, por ejemplo, si dijese “A pesar de que existen pruebas contradictorias”, pero en esta afirmación lógica, se opone a la apariencia de verdad que se pretende otorgar al discurso construido.

Además de esto, el discurso es falaz: en la imposibilidad de comprobar la culpa mediante los testimonios, el magistrado examina pruebas documentales que lo corroboran. Estas, sin embargo, no prueban la culpa del acusado, como máximo establecen “la vinculación” del expresidente con los hechos como reconoce el magistrado en el ítem 831. Entonces, en la ausencia de pruebas documentales y orales que prueben la culpa, el magistrado invierte el razonamiento: “el acusado es culpado porque no hay otra narración posible para explicar los hechos”.

Pero, por encima de todo, este razonamiento es incorrecto.

Al reconocer contradicciones en la declaración (ítem 597), lógicamente cualquier afirmación puede ser deducida, por la banalización del sistema.

El magistrado dice erróneamente que su versión es la única posible para explicar los hechos que describe, lo que por el principio *ex falso quodlibet* es incorrecto.

Al contrario, habiendo contradicciones “A y (no A)” entonces cualquier sentencia B puede ser inferida, contaminando el sistema de inferencia. La única forma de evitar la explosión y banalización sería desconsiderar las pruebas contradictorias, que no parece haber sido la intención manifiesta del magistrado. Lógicas paraconsistentes permiten superar la banalización en algunos casos (Barbosa 2005), pero depende de presupuestos que no se verifican en la decisión pronunciada.

2. PREMISA NO PROBADA

Una relación de implicación lógica supone que de un antecedente haya un consecuente. O sea, “Si A, entonces B”. Sin embargo, si “no A”, la conclusión puede ser tanto falsa como verdadera.

Las premisas no comprobadas, al contrario de lo que quiere inducir la decisión, NO conducen a una verdad no probada.

Un ejemplo de este defecto puede ilustrarse en el pasaje siguiente:

642. No hay duda ninguna de que las declaraciones de José Adelmário Pinheiro Filho y de Agenor Fraklin Magalhães Medeiros son cuestionables, pues son ellos criminales confesos que resolvieron colaborar a fin de conseguir beneficios de reducción de pena. Pero esto no significa que las declaraciones no puedan ser verdaderas.

En nombre de la claridad y evitándose figuras de lenguaje como las lítotes que buscan disimular la intención real del texto, este ítem sería más claro si dijera: “Es cierto que las declaraciones de Leo y Agenor pueden ser falsos, dado que ellos son criminales confesos que resolvieron colaborar a fin de conseguir beneficios de reducción de pena. Pero esto no prueba que son falsos”.

Sí, es afirmación y es verdadera, pero tampoco prueba que sean verdaderos. Las declaraciones pueden ser tanto falsas como verdaderas porque de una premisa que no se puede afirmar como verdadera, no es posible afirmarse que la conclusión es verdadera. Ella puede ser falsa. Y la posibilidad de ser falsa conduce, NECESARIAMENTE a la absolucón del acusado. Si el magistrado hubiera probado que eran verdaderas las declaraciones, podría pensarse en culpa; sin embargo, no hay pruebas en este sentido, hecho reconocido por el propio magistrado en el ítem 597 de la decisión, reproducida anteriormente. Se impone lógicamente la absolucón del acusado.

3. FALACIA *NON SEQUITUR* (NO SE SIGUE QUE)

Este es un tipo de falacia en la que la conclusión no se sustenta en las premisas, donde se verifica una violación de la coherencia textual.

Ejemplo: “El jugador es alto, entonces debe jugar muy bien”.

Se ilustra este tipo de falacia en el pasaje siguiente de la decisión:

603. Desde el inicio, lo que se desprende de las enmiendas en la “Propuesta de adhesión sujeta a aprobacón”, es aún del término de adhesión y compromisos de participacón con referencia expresa al departamento 174 que, aunque no hubiese sido asignado, fue percibido en la residencia del expresidente, había intención oculta de adquisicón del departamento 174-A, que se tornó posteriormente el departamento 164-A, tríplex, Edificio Salinas, Condominio Solaris, en Guarujá.

En el caso, de la existencia de documentos –Propuesta y Término de Adhesión– no se infiere el deseo de ocultamiento del inmueble. Una cosa no se sigue lógicamente de la otra.

Sin embargo, si la mera sospecha puede servir de prueba para condenar a alguien, entonces debe servir también, con mucha más razón, para absolverlo. Supóngase, a título de ejercicio retórico y persuasivo (incluso utilizados por el magistrado) que la Propuesta y el Término hubiesen sido adquiridas por D. Marisa con la intención de futuramente convencer al entonces presidente a descansar en la playa con la familia. No hay prueba de que esta no pueda haber sido la intención real, frustrada por el presidente que entendía que allí habría poca privacidad para que pudiesen frecuentar la playa.

Reitérese aún el hecho de que los documentos referenciados afirman una premisa inexistente: el expresidente no firmó ningún documento. No hay pruebas, ni circunstanciales ni meros indicios, que permitan afirmar que el expresidente quería el inmueble. Mucho más verosímil parece la versión de que D. Marisa quiso y pretendía, quizás, convencer a su marido luego de “consumado el hecho”.

El mismo defecto se refleja también en los ejemplos que siguen:

828. Fue ella (D. Marisa Letícia) quien firmó los documentos de adquisición de derechos sobre el departamento, a la sazón 141-A o 174-A, en el entonces Residencial Mar Cantábrico, junto a BANCOOP.

829. Pero es evidente que se trataba de una iniciativa común al matrimonio, puesto que la propiedad inmobiliaria se transmite al cónyuge, en régimen de la comunión de bienes.

Sin embargo, del hecho de que D. Marisa hubiera firmado los documentos ella sola (y que un documento no tenga firma) NO se infiere que la compra del inmueble fuera una opción del matrimonio.

Tampoco se puede afirmar que el hecho de que la propiedad inmobiliaria se transmitiese al cónyuge, PRUEBE que la adquisición del inmueble era un deseo del matrimonio.

El consecuente no se sigue del antecedente y el razonamiento es lógicamente incorrecto.

El uso abusivo de razonamientos incorrectos pretende disimular el desprecio del magistrado a otras explicaciones posibles para los hechos descritos. La lectura atenta de los documentos procesales y la consideración adecuada de los alegatos de Leo Pinheiro (no corroboradas por las pruebas documentales presentadas por la acusación) podrían conducir a la explicación mucho más probable de que si D. Marisa quisiese un inmueble, firmase una Propuesta de Adquisición para el departamento Tipo, y pudiese usufructuarlo con sus hijos y nietos, incluso SIN la presencia constante del expresidente que, como es evidente, a causa de sus actividades políticas no puede estar presente mucho tiempo con la familia.

Desde el punto de vista lógico, en frontal oposición a lo que quiere hacer creer el magistrado, el hecho de que pueda existir por lo menos una explicación alternativa demuestra que la inferencia constante de la sentencia es incorrecta. Resáltese, para que no queden dudas, que por el principio de la presunción de inocencia, no compete a la defensa del expresidente probar una narrativa alternativa a la de la acusación, pero cabe a la acusación (o en este caso, al juez) **PROBAR** que su narrativa es correcta.

El juez no hizo esto, lo reconoce en la decisión que no prueba su tesis. Lo que hace es intentar persuadir al lector desprevenido de que, en ausencia de otro relato (que la defensa no tiene obligación de producir), la suya se torna verdadera.

El hecho de que el juez ignore toda posibilidad de que SU verdad sea la única posible apenas hace suponer (aunque sin pruebas) su creencia bajo el dominio de la omnisciencia, en que se tiene conocimiento de todo, sobre todo, sin espacio para la contradicción.

Y finalmente:

831. Además de esto, el involucramiento directo del expresidente en la adquisición del bien se revela por el hecho de haber visitado el inmueble, por habersele supeditado el proyecto de reforma y principalmente por el hecho de que la diferencia entre el precio y el valor abonado sumada al costo de la reforma fueron debitados de una cuenta corriente general de sobornos del Grupo OAS con el PT, teniendo los créditos de corrupción que involucraba contratos celebrados con Petrobras durante su mandato como Presidente de la República.

Aquí, una vez más: los hechos descritos no conducen a la conclusión deseada por el magistrado. Del supuesto “involucramiento” no se tiene como consecuencia necesaria la “ventaja indebida” que, además, es uno de los problemas centrales de la decisión: no se probó que haya habido ventaja indebida, condición necesaria para que el acusado fuera culpado.

CONCLUSIÓN

Los ejemplos analizados apenas ilustran aquello que aparece como constante en la decisión del juez. El magistrado ya dio muestras de cuán dedicado (u obcecado) es por su trabajo y de su experiencia en crímenes que involucran lavado de dinero.

No es plausible suponer que la fragilidad lógica de su decisión se derive de su incapacidad. Al contrario, lo probable es que las pruebas recogidas por el Ministerio Público o provocadas por el propio juez hayan sido insuficientes, que otra construcción no pudiera haber para condenarlo, salvo el frágil e improbable discurso de argumentos persuasivos.

En la decisión proferida, el juez no consigue PROBAR la culpa del expresidente ni tampoco establecer el nexo causal entre la actuación del agente y la ventaja ilícita porque, del resto, NO prueba haber tenido ventaja ilícita ni conducta del agente en este sentido. Lo que el magistrado hace es construir una versión de los hechos (una historia lineal) que es consistente con la escasez de pruebas que consigue juntar.

Esto resulta muy poco para condenar a cualquier ciudadano, y menos todavía para condenar a un expresidente que tuvo su vida íntegra investigada para que se intentase probar que el mismo hombre que nombró directores que robaron millones de Petrobras, se contentaría con un departamento en la playa sur de Guarujá.

Las pocas pruebas existentes podrían conducir hacia D. Marisa, pero probarían, en la mejor de las hipótesis, que ella escondía del expresidente el deseo de tener un departamento en la playa, sin que el juez pudiese comprobar que lo hubiera hecho para obtener ventajas ilícitas.

La sentencia del juez es, de sobra, lógicamente insustentable y NO PRUEBA la culpa del expresidente. Al contrario, lo torna inocente porque en el Estado de Derecho, la inexistencia de la prueba de la culpa conduce a la inocencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Barbosa, C. M. 2005 *Direito e lógica: linguagem jurídica sob diferentes paradigmas lógicos* (Curitiba: Juruá).
- Copi, I. M. 1978 *Introducción a lógica* (San Pablo, Mestre Jou).
- Warat, L. A. 1985 “As falacias jurídicas” en *Secuencia* (Florianópolis: UFSC) Vol. 6. N° 10.
- Warat, L. A.; Rocha, L. S. y Cittadino Guimarães, G. 1983 *O direito e sua linguagem* (Florianópolis: Editora da UFSC).

Cristiane Brandão*

GUERRA JURÍDICA

(O, SIMPLEMENTE, GUERRA)

LAS PREOCUPACIONES PENALES y procesales ciertamente bien exploradas en esta publicación denotan una mirada técnica de tantos especialistas calificados, colegas de academia y juristas renombrados, que dispensan mi contribución con la respectiva, sea en el campo del dominio del hecho, de la medida de la pena, de la competencia o del sistema de pruebas.

El punto que me gustaría destacar en la sentencia es incitar a la reflexión consistente en el recurrente uso de argumentos para rebatir el alegato de la defensa como una evidente “guerra jurídica”. Adquirió relevancia la dedicación de incontables páginas de la decisión de Sérgio Moro para negar tal estado bélico, sin al menos problematizar su significado o exponer el concepto adoptado por el juez en cuanto a este término. Se parte de la premisa freudiana de que la negación tiene mucho para decirnos... (Freud, 2014).

La propuesta que presento es, por lo tanto, la de mapear los fundamentos aducidos por quien juzga, interpretar la retórica utilizada y medir las posibles implicaciones del discurso pretendidamente neutro en la conformación de un proyecto sociopolítico.

* Profesora adjunta de Derecho Penal y Criminología (FND-UFRJ).

“NADA EQUIVALE A UNA GUERRA JURÍDICA” (O EL SENTIDO DE LA NEGACIÓN)

El término “guerra jurídica” aparece diez veces a lo largo de la sentencia (ítems 39, 66, 77, 83, 118, 127, 128, 130, 132 y 138).

Inicialmente, todavía en el informe: “La defensa de Luiz Inácio Lula da Silva, en alegatos finales (evento 937), argumenta: a) que el presidente sufre persecución política y es víctima de una “guerra jurídica” o de “*lawfare*”, “con apoyo de sectores de los medios tradicionales” (p. 7).

En el intento de deconstruir el *lawfare*, Sérgio Moro nos remite a momentos procesales en que defiende haber obrado técnica y legalmente, resaltando que los “actos cometidos por este juez ocurrieron en el ejercicio regular de la jurisdicción” (p. 15). Citando episodios fácticos determinados por él –como conducción coercitiva, registros e incautaciones, rupturas de confidencialidad, divulgación de audios–, sin mencionar siquiera los alegatos de la acusación, el discurso trasluce la adopción inconsciente de la polarización Lula-Moro tan bien esculpida por los medios y tan bien asimilada por la *doxa*.

Al mismo tiempo en que asume ese tono defensivo e intrascendente, el juez invoca para sí el placer de la “titularidad de las acciones” como expresión de su poder (judicante). De forma subyacente, el goce reprimido. De forma expresa, la negación a la guerra jurídica.

Freud muestra la importancia del sentido de la negación en el origen psicológico de la función intelectual del juez ya que, al negar algo, de hecho, el sujeto está afirmando que se trata de una relación de sentido que preferiría reprimir. Esta función fue establecida a partir de la experiencia de la percepción/satisfacción, y, para Freud, esto no se da como un proceso pasivo. Así, los juzgamientos son construidos en el proceso de constitución subjetiva, originariamente orientado por el principio del placer, que regula la inclusión o no de algo en el ego, y también por las experiencias de represión (Ripoll, 2014: 312).

En efecto, negación y placer también están imbricados. Sin embargo, la función del juicio permanece potente y se torna posible “por el hecho de que la creación del símbolo de la negación permite al pensamiento un primer grado de independencia de las consecuencias de la represión y con eso también de la coacción del principio de placer” (Freud, 2014: 29).

Casi en un tono de menosprecio impaciente,¹ Moro recurre a impresiones personales para minimizar la gravedad de la conducción

1 Ítem 66: Pero, como si las cuestiones fueran levantadas, se examinan, aunque brevemente, algunos cuestionamientos sobre estas decisiones judiciales y que, según la Defensa del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, representarían una “guerra jurídica” contra su cliente (p. 15; comillas nuestras).

coercitiva. Utilizando el presupuesto de la *normalidad* de la medida por haber durado apenas “algunas horas”, por garantizarse la presencia del abogado, el resguardo a la integridad física y el derecho al silencio, descarta la hipótesis de guerra jurídica² (pero, ¿cuándo las garantías de la presencia del abogado, de la integridad física y del derecho al silencio dejan de ser aplicables a las prisiones cautelares o desfiguran el *lawfare*?). La retórica en torno de un lenguaje prejurídico, psicoanalíticamente, puede pretender solamente ocultar el proceso subjetivo que se apropia del cientificismo para maquillar la robustez de un argumento de autoridad:

Al asociar directamente el símbolo de la negación al juego de las mociones pulsionales primarias, Freud deconstruyó toda una racionalidad cartesiana del pensamiento y también la afirmación de una verdad incuestionable sostenida desde los parámetros de la lógica clásica. Abre, así, una brecha en el supuestamente neutro edificio de la ciencia y en los raciocinios “bien formados” (Ripoll, 2014: 312).

Así, sin dejar de reconocer que la conducción coercitiva es totalmente cuestionable, sin dejar de comprender los reclamos de quien sufre la investigación y la confiscación, sin dejar de concordar con la posibilidad de que se indague la competencia del juicio,³ sin admitir como criticable o inapropiado la forma o el lenguaje utilizado por la Procuraduría de la República en la entrevista colectiva en que se ataca la imagen de Lula,⁴ Moro sigue con la mirada ciega de la negación

2 Ítem 77: Aunque se pueda eventualmente estar en desacuerdo con la medida, ha de convenirse que conducir a alguien, por algunas horas, para prestar declaración, con la presencia del abogado, resguardo absoluto a la integridad física y al derecho al silencio, no es equivalente a la prisión cautelar, ni transformó al expresidente en un “preso político”. Nada equivalente a una “guerra jurídica” (p. 16; comillas nuestras).

3 Ítems: 82. Aunque sean comprensibles los reclamos de quien sufre la investigación, es un hecho de que los registros e incautaciones domiciliarias son medidas de investigación rutinarias en lo cotidiano de las investigaciones criminales. 83. Nada equivalente a una “guerra jurídica”. 118. Por último, cuanto que las decisiones tenidas como caracterizadoras de la “guerra jurídica” contra el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, consta el levantamiento de confidencialidad sobre las intervenciones autorizado por el juzgador del 16/03/2016 y 17/03/2016. 127. La intervención telefónica por menos de treinta días en investigación compleja y el levantamiento de la confidencialidad sobre el contenido de las intervenciones, aunque pueda cuestionarse este último por la cuestión de la competencia, no es nada equivalente a una “guerra jurídica” (comillas nuestras).

4 Ítems: 128. Reclama aún la Defensa de Luiz Inácio Lula da Silva que la “guerra jurídica” estaría caracterizada por la realización pro los Procuradores de la República de una entrevista colectiva, el 14/09/2016, en la que habrían atacado la imagen del expresidente al explicar el contenido de la denuncia. 129. Sobre esta cuestión, este juez ya rechazó la excepción de sospecha promovida por la Defensa contra los Procuradores de la República suscriptores de la denuncia y participantes de la aludi-

freudiana para intentar mostrar un razonamiento científico “bien formado”, ileso, imparcial. Se niega, inclusive, el apoyo más evidente de los medios hegemónicos tradicionales o su influencia sobre las noticias que serán publicitadas.⁵ Como afirma la sentencia en el ítem 138, “[...] en el fondo, por lo tanto, es más una suerte de ‘cortina de humo’ en relación al mérito de la acusación y de presentar al expresidente como víctima de una ‘guerra jurídica’ inexistente”.

PERO, AL FINAL, ¿DÓNDE ESTÁ LA GUERRA? (O LA EXCEPCIÓN ES LA REGLA)

No dedicaré líneas, aquí, para explorar los conceptos de *lawfare* (Werner, 2010) o *SLAPP* (Pring y Canan, 1996), dado que prefiero problematizar la noción de guerra para después encaminar algunas conclusiones.

En el famoso tratado *De la guerra*, Carl von Clausewitz (1983) demuestra una visión clásica basada en la ilustración de la guerra como la imposición de la violencia para obligar a alguien a cumplir su voluntad. La guerra, entonces, no es solamente “un acto político, sino un verdadero instrumento de la política, su continuación por otros medios” (*apud* Foucault, 1999: 22, n. r. 9). Tiene también como finalidad una *cierta paz* ligada a la victoria de uno de los beligerantes, luego del derramamiento de sangre causado por el conflicto de interés entre las partes (Duarte Fernandes dos Passos, 2005).

Sin embargo, en la sagaz percepción de Hannah Arendt, en *Sobre a Violência* (2001), ya percibimos el anuncio de un giro epistemológico. La autora llama la atención sobre el hecho de que a la Segunda Guerra Mundial no siguió la paz, sino que al contrario se estableció la Guerra Fría y toda una estructuración de trabajo industrial militar. La lógica potencial de la realización de la guerra infiltrada en el tejido social apoya y estructura a las instituciones: Habla de la “prioridad del potencial para hacer la guerra como principal fuerza estructuradora

da entrevista colectiva, con copia en el evento. 335. Remítase a lo ya expuesto. 130. Aunque eventualmente pueda criticarse la forma o el lenguaje utilizado en la referida entrevista colectiva, esto no tiene efecto práctico para la presente acción penal, puesto que lo que importa son los documentos procesales producidos. 131. Aunque eventualmente se pueda entender que la entrevista no fue, en la forma, apropiada, parece distante de caracterizarla una “guerra jurídica” contra el expresidente (p. 23; comillas nuestras)

5 Ítems: 132. Por fin, aunque sobre la afirmada “guerra jurídica”, sería ella también consecuente a la “instrumentalización de los medios” o estaría siendo realizada “con apoyo de sectores de los medios tradicionales” [...]. 135. De todo modo, este juez no controla y no pretende controlar a la prensa, ni tienen ninguna influencia en relación a lo que ella publica” (p. 23).

en la sociedad”, sustenta que los “sistemas económicos, las filosofías políticas y la *corpora juris* sirven y amplían el sistema de guerra, y no lo contrario”, concluye que “la propia guerra es el sistema social básico, dentro del cual otros modos secundarios de organización social entran en conflicto o conspiran –todo esto suena más posible que las fórmulas del siglo XIX de Engels o de Clausewitz” (Arendt, 2001: 17).

En efecto, los engranajes e instituciones sociales adquirieron la conformación de un cierto *modus operandi* de lucha constante, en que el poder se muestra como sistema de dominación. Las relaciones y los aparatos de poder pasan a constituirse por esta lógica de guerra-dominación-sujeción, en que el *sujeto* debe encajar en un cierto patrón de normalidad (patrón, este, construido por las verdades del saber-poder).

Inevitable citar a Foucault en este punto y citar una de las muchas preguntas que mueven sus (nuestras) inquietudes: “bajo la paz, el orden, la riqueza, la autoridad, bajo el orden calmo de las subordinaciones, bajo el Estado, bajo los aparatos de Estado, bajo las leyes etc., ¿debemos entender y redescubrir una especie de guerra primitiva y permanente?” (Foucault, 1999: 53). Invirtiendo, así, la proposición de Clausewitz, Foucault va a decir que “la política es la guerra continuada por otros medios”.⁶ Consecuentemente, la guerra es intrínseca a las relaciones de poder y constantemente utilizada para destruir al enemigo político, sea por medio de la cientificidad del biopoder (que justificó el racismo, por ejemplo), sea por las modalidades (igualmente técnicas) del sometimiento de los tenidos por locos, anormales, diferentes, delincuentes.

Concordando con el filósofo, la línea metódica de análisis del poder debe incluir el sistema punitivo. Así, a partir de un punto de vista triple, se hace necesario investigar las técnicas, la heterogeneidad de las técnicas y sus efectos de sometimiento. Los instrumentos del Derecho Penal, del Proceso Penal, de la Criminología y de la Política Criminal, integrados a los aparatos de control punitivo, orientan su mirada, sus armas y sus cañones para los “desórdenes” causados por los “diferentes”:

No se trata tanto de hacer conquistas territoriales ni, muchas veces, siquiera de conquistas económicas: sino que se trata, principalmente, de moldear las mentes, los espíritus, las almas, la subjetividad de los otros, de los enemigos. Si colocamos las prácticas religiosas, artísticas y sociales en general bajo el paraguas de la cultura, estamos delante de guerras culturales. Y si colocamos bajo la calificación de

6 En verdad, Foucault (1999: 54-55) afirma que tal principio es anterior a Clausewitz y que fue este quien lo invirtió.

racistas a todas las prácticas de xenofobia, machismo, etnocentrismo, intolerancia a la diferencia, etc., nos identificamos con Foucault cuando dice que la gran mayoría de las guerras del siglo XX –y me permito extenderlas al siglo XXI– son guerras racistas (Viega-Neto, 2014: 3).

Y si ponemos bajo la calificación de jurídicas todas las prácticas de actos propios del ejercicio *regular* de la jurisdicción, luego vistos como actos *normales*, se asume que la normalidad es la excepción transformada en norma, como síntoma del trato del acusado como enemigo (Jakobs, 2007). La conducción coercitiva, las investigaciones y confiscaciones, las rupturas de confidencialidad, la divulgación de audios representan, en este contexto, la *normal excepcionalidad*. Apoyándonos en Benjamin, “La tradición de los oprimidos nos enseña que el “estado de excepción” en que ahora vivimos es en verdad la regla” (1940: 3, 2007: 23; T. VIII).

Si tuviéramos muchas más páginas para disertar, seguiríamos, aquí, la propuesta de Agamben para una reflexión profunda sobre las ideas de Foucault y Benjamin en cuanto a la imbricación *vida nula* y *política* en las ideologías de la modernidad. Nos limitamos, sin embargo, a referenciar al autor de *Homo Sacer*, en sus investigaciones sobre la intersección entre el modelo jurídico institucional y el modelo biopolítico de poder, así como, específicamente, sobre las observaciones schmittianas en relación al soberano.⁷

La sentencia de Moro refleja su condición de soberano. El estado de excepción confirmado en la suspensión de la validez de las reglas crea la paradoja aparente de la propia posibilidad de la norma jurídica y ratifica, de este modo, el propio sentido de autoridad estatal. En un *continuum* de decisiones de excepcionalidad, la jurisdicción adecúa el derecho-no-derecho, fomentando la estructura jurídico-política de inclusión de aquello que es expulsado, o sea, la construcción de actos excepcionales al ejercicio de la jurisdicción como actos *regulares*: La excepción es una especie de inclusión. Esta es un caso singular, que es excluido de la norma general. Pero lo que caracteriza propiamente a la excepción es que aquello que se excluye no está, por causa de esto, absolutamente fuera de relación con la norma; al contrario, esta se mantiene en relación con aquella en la forma de la suspensión. *La norma se aplica a la excepción desaplicándose, retirándose de esta*. El estado de excepción no es, por lo tanto, el caos que precede a orden, sino la situación que resulta de su suspensión (Agamben, 2007: 25).

De todo lo expuesto, es posible concluir que el estado de excepción, generado a partir de decisiones judiciales irregulares, retroali-

7 “Soberano es aquél que decide sobre el estado de excepción” (Schmitt *apud* Agamben, 2007: 19)

menta medidas excluyentes que, incorporadas a la regla de la excepcionalidad, ocultan la sujeción de los enemigos a un mecanismo de subjetivación. La sentencia de Moro es emblemática de la rutina de guerra trabada *intramuros* del Poder Judicial como expresión de goces introyectados a partir de estímulos *extramuros*, a partir de una sociedad intolerante y clasista.

Con Brecht (1963, 2011), en *La excepción y la regla*, finalizamos el viaje de los explotados y de un explotador:

Así termina la historia de un viaje.
Lo han oído y presenciado.
Han visto lo habitual, lo que siempre ocurre.
Pero les rogamos: consideren extraño lo que no lo es.
Tomen por inexplicable lo habitual.
Siéntanse perplejos ante lo cotidiano.
No olviden que la regla es el abuso.
Y allí donde more el abuso ¡prueben hallar un remedio!

BIBLIOGRAFÍA

- Agamben, G. 2007 *Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua I* (Belo Horizonte: UFMG).
- Arendt, H. 2001 *Sobre a Violência* (Río de Janeiro: Relume Dumará).
- Benjamin, W. 1940 *Teses sobre o Conceito da História* en <<http://www.rae.com.pt/wb2.pdf>> Acceso 02 de febrero de 2018.
- Benjamin, W. 2007 (1942) *Tesis sobre la Historia y otros fragmentos* en <<http://www.bolivare.unam.mx/traduccion/Benjamin,%20Tesis%20sobre%20la%20historia.pdf>> Acceso 02 de febrero de 2018.
- Brecht, B. 1963 “La excepción y la regla” en *Breviario de estética teatral* (Buenos Aires: La Rosa Blindada).
- Brecht, B. 2011 “A Exceção e a Regra” en <http://www.eco.ufrj.br/images/setor_extensao/Bertold_Brecht_A_excecao_e_a_regra.pdf> Acceso 02 de febrero de 2018.
- Duarte Fernandes dos Passos, R. 2005 *Clausewitz e a Política. Uma leitura de ‘Da Guerra’* (San Pablo: USP, Teses). En <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-02122008-161644/pt-br.php>> Acceso 02 de febrero de 2018.
- Foucault, M. 1999 *Em Defesa da Sociedade, Curso no Collège de France (1975-1976)* (San Pablo: Martins Fontes).
- Freud, S. 2014 *A Negação* (San Pablo: Cosac Naify).
- Jakobs, G. y Meliá, M.C. 2007 *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas* (Porto Alegre: Livraria do Advogado).

- Pring, G. W. y Canan, P. 1996 *SLAPPs. Getting sued for speaking out* (Filadelfia: Temple University Press).
- Ripoll, L. 2014 “A negação freudiana: fissuras na razão cartesiana e na neutralidade científica” en *Epos* (Río de Janeiro: Pepsic) Vol. 5 N° 2. En: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2178-700X2014000200008> Acceso 21 de julio de 2017.
- Veiga-Neto, A. 2014 “Guerras” en *Jornal da Sociedade Psicanalítica de Porto Alegre* (Porto Alegre: SPPA) Año 13, N° 26: 6, dic. En <<http://www.sppa.org.br/uploads/journals/13/26/1326.pdf>> Acceso 02 de febrero de 2018.
- Von Clausewitz, C. 1983 *De la guerra* (Buenos Aires: Solar).
- Werner, W. G. 2010 “The Curious Career of Lawfare” en *Journal of International Law* (Cleveland: Case Western Reserve University) Vol. 43, N° 1. En: <<http://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol43/iss1/4>> Acceso 20 de julio de 2017.

Djefferson Amadeus*

LA CONDENA DE LULA MARCÓ LA TRANSICIÓN DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO MEDIÁTICO PENAL Y EL NACIMIENTO DEL “JUEZ AVESTRUZ”

Salmo 37: “Entrega tu camino al Señor; confía en él, y el todo hará” –en el código Moro (CM) está traducido de la siguiente manera: “Entrega tu camino al Moro, confía en él... y la ‘convicción’ te condenará” (Salmo 37, CM).

Este es un texto duro –o mejor– durísimo. Al final, la condena de Lula, del modo como está puesta, establece una nueva era: la edad *media*,¹ o sea: la transición del Estado Democrático de Derecho hacia el Estado mediático penal.

Esto porque, en la edad *media*, todo –o casi todo, en el fondo– puede (al mismo tiempo) ser y no ser. Es decir, las palabras pueden decir (y al mismo tiempo) desdecir.

Así, en la edad *media*, el juez puede decir, el lunes, que “lo que no está en los autos no está en el mundo”; y al día siguiente, a su vez

* Máster en Derecho y Hermenéutica Filosófica (UNESA-RJ). Becario de Capes, posgraduado en Filosofía (PUC-Río) y Proceso Penal (ABDCONST). Becario Investigador en la Coop. Social de Fiocruz. Abogado electoralista y criminalista.

1 El autor realiza aquí un juego de palabras entre la “edad media” cronológica, y la palabra “*mídia*”, que refiere a los medios masivos de comunicación [N. del T.].

afirmar que “lo que no está en los autos no está en el mundo”, salvo si se trata de un hecho ampliamente divulgado en los medios.

Por lo tanto, ni “boca de la ley”, ni “dueño de la ley”; el juez de la era media es “boca de la opinión pública(da)”.

El problema, sin embargo, es que cuando esto ocurre, el derecho cede lugar a los medios, da como resultado, entre otras cosas, al juez avestruz: aquel que, para no tomar conocimiento de la realidad, entierra su cabeza... en la televisión o en los periódicos.²

Así, si el avestruz, según algunos veterinarios, entierra su cabeza en el suelo para escuchar mejor la aproximación de algún enemigo, el juez avestruz, a su vez, pone la cabeza en los periódicos y en la televisión para saber lo que su mejor amiga (los medios) le dice que tiene que hacer.

Por todos, cito al juez Sérgio Moro que, basado en noticias de periódicos (¡no se sorprendan, de periódicos!) intentó utilizarlas, en el juicio, para buscar –en una actuación que parecía más a un acusador– “pruebas” contra Lula. Recordemos este triste episodio:

MORO: Salieron denuncias en *Folha de São Paulo*, y en el noticiero *O Globo* de que...

LULA: Dr. No me juzgue por noticias, sino por pruebas.³

Esto tal vez explique por qué muchos jueces y acusadores, en la era de la edad media, tengan tremendo suceso en programas grabados, como el ejemplo de Moro y Dallagnol, pero, por otro lado, no tengan el mismo éxito en audiencias de instrucción y juzgamiento. Nada más natural –al final, en las audiencias, ellos están... “en vivo”.

Es el motivo por el cual, en el programa de Jô Soares, que acostumbra a recibir “celebridades” en vivo, el acusador Deltan Dallagnol, creyendo que toda la platea levantaría la mano favorablemente a su favor, en caso de que preguntase si apoyaban el *Lava Jato*, tuvo que pasar una tremenda vergüenza, porque, incluso con el asistente de palco pidiendo que los invitados levantasen la mano, solo tres o cuatro personas demostraron su simpatía.⁴

Parfraseando a Steiner (1978: 81), es posible afirmar que el juez avestruz, por no tener coraje suficiente para enfrentar a la opinión

2 La inspiración para la creación del “juez avestruz” surgió de la lectura de las obras de Millôr Fernandes.

3 Ver <<http://www.tijolaco.com.br/blog/os-melhores-momentos-de-lula-por-edson-lenine/>>.

4 Ver <<http://www.diariodocentrodomundo.com.br/video-no-jo-dallagnol-pergunta-a-plateia-quem-acha-que-a-lava-jato-vai-mudar-o-pais-e-tem-resposta-inesperada/>>.

pública, dado que ella supone su fuente de conocimiento, acaba no viviendo como sí mismo, sino como los medios determinan que viva.

Por esto, al ser criticado por los juristas o por cualquiera que tenga un mínimo de compromiso con la Constitución, el juez avestruz entiende las voces que lo reprueban apenas como una manifestación de envidia.

O sea: en los ojos de quien critica su cobardía, por faltarle coraje de enfrentar a la opinión pública, el juez avestruz consigue divisar una cosa: —Me critican porque querrían sus nombres estampados en las portadas de los diarios. Pero solo hay espacio para un héroe: ¡YO!

Resultado: empujado por el deseo de querer ser un “héroe” y, con esto, ver su rostro estampado en las portadas de los diarios, el juez avestruz, por concebir la vida como una feria de las vanidades, solo conoce una vergüenza: la de no conseguir impresionar a los medios sensacionalistas de comunicación.

Y obra así —muchas de las veces— sin percibir, porque sobre él incide una verdad simbólica, esto es, una violencia que se ejerce, según Bourdieu (1982: 22) “con la complicidad tácita de los que la sufren y también, con frecuencia, de los que la ejercen, en la medida en que unos y otros son inconscientes de ejercerla o de sufrirla”.

El derecho, así, acaba siendo —para el juez avestruz— como el aire que respiramos: fundamental, esencial, indispensable, pero nadie le presta atención.

En cuanto a este punto, además, vale recordar que el juez Sérgio Moro, al toparse con un documento sin firma (por lo tanto nulo o inexistente, dependiendo de la teoría que se adopte), en vez de arrancarlo del proceso, intentó utilizarlo contra Lula, veamos:

MORO: Hay un documento aquí que habla del tríplex...

LULA: ¿Firmado por quién?

MORO: Hmm... la firma está en blanco.

LULA: ¡Entonces lo puede guardar, por favor!⁵

Hay que indagar lo siguiente: ¿por qué —incluso teniendo conocimiento de que el documento no podría ser utilizado, dado que no tiene firma— el juez Sérgio Moro intentó aun así utilizarlo contra Lula?

Porque la ilusión es creencia —dice Eugene Enriquez (1983: 87)— visto que se origina en el amor y, por esto, hace desaparecer el placer ligado al trabajo del pensamiento. Por esto Warat, como bien observó Lenio Streck (1998: 53), elaboró un concepto de ideología muy próxi-

5 Ver <<http://www.tijolaco.com.br/blog/os-melhores-momentos-de-lula-por-edson-lenine/>>.

mo al de pasión, ya que este implica, muchas veces, una “renuncia al placer de pensar”.

Esto me permite afirmar que Sérgio Moro, por no conseguir disfrazar su persecución desmedida contra Lula, dimitió a su deber de pensar.

En cuanto a este punto, además, caen como lluvia las lecciones de Rubens Casara (2015a: 290), al afirmar que “en varios actores jurídicos, subsiste un poco de Eichmann, pues ‘son sujetos una vez que dejan de pensar/juzgar condicionados a reproducir ‘científicamente’ sus creencias sin ser conscientes de esto”.

Con Lebrun (2004: 73), es posible decir “que no se trata de un sujeto maléfico, sino de una persona que dimite de su posición de sujeto (confiable - desenvuelto) que se somete totalmente al sistema que comanda, que no le autoriza a pensar [...]”.

Lo que se vio en todo el juicio al expresidente Lula fue un intento (sin éxito) de poner en práctica, como diría Millôr, uno de los principales lemas de los medios autoritarios: “juzgar como si estuviese obrando con cautela... del pueblo”.

Y los resultados son desalentadores –por no decir desastrosos– porque, como bien nos recuerda Calligaris (2013: 38), frecuentemente un moralizador rabioso deduce en los otros las tendencias e impulsos que, en muchos casos, son suyos, pero que no consigue dominar.

Dicho de otro modo: el patrón moral que todo “moralizador rabioso” impone nunca es respetado por él, pero siempre es considerado como un patrón que todos deben respetar (Calligaris, 2013: 39).

De esta forma, revelar el hecho del que tiene conocimiento en razón del cargo y que debe permanecer en secreto, o facilitar su revelación, es un crimen, de acuerdo con el art. 325 del Código Penal.

Por otro lado, permitir la divulgación de las escuchas en frente de Dilma y Lula, que fueron obtenidas en razón del cargo, fue, para el juez Moro... un mero descuido pasible de... disculpas.

Es por esto que la frase de Ronald Laing –“Se finge que no se está fingiendo que se está fingiendo”– parece haber sido hecha para el juez Moro, por cuenta de su persecución (desmedida) al expresidente de la República, el Sr. Luiz Inácio Lula da Silva.

Y, naturalmente, el resultado es, sino absurdo, cómico. Además, absurdo y cómico son las características principales del juez avestruz, porque, tomando prestada la televisión como su fuente de pensamiento, todo su discurso es un acróstico⁶ sobre el nombre de sus maestros:

6 Acróstico es una composición poética, en que las letras iniciales, del medio y del fin, forman nombres o palabras. Así, en toda decisión del juez avestruz, siempre se puede encontrar un acróstico, tal como: medio, prensa, periódico, televisión, etcétera.

medios, televisión, prensa, periódicos y etcétera.

El problema, sin embargo, es que, con tal sometimiento a estos “maestros”, como bien observó Galeano (1999: 31), el juez avestruz acaba reduciendo la justicia social a la justicia mediática penal.

Así, la réplica, que debería ocurrir en el proceso, acaba siendo transportada hacia el *Diario Nacional*, con un detalle: 30 minutos para la acusación y 30 minutos para el juez. ¿Y la defensa? Bien, para la defensa sobra una nota. Mira tú...

El resultado está ahí: un proceso penal del espectáculo que, según Casara (2015b: 12), “es construido para agradar a las mayorías de ocasión, forjadas por los medios de comunicación masivos, en detrimento de la función contramayoritaria de concretar los derechos fundamentales”.

Esto me permite concluir, parafraseando a Millôr, que solamente tendremos un Estado Democrático de Derecho el día en que gastemos más en la enseñanza que en la televisión y los cursos jurídicos, es decir, el día en que gastemos más en la educación y la cultura democrática que en la falta de educación.

BIBLIOGRAFÍA

- Bourdieu, P. 1982 *Sobre a Televisão* (Río de Janeiro: Zahar) Trad. M. L. Macahado.
- Calligaris, C. 2013 *Todos os reis estão nus* (San Pablo: Ed. Três Estrelas).
- Casara, R. 2015a *Mitologia Processual Penal* (San Pablo: Saraiva).
- Casara, R. 2015b *Processo Penal do Espetáculo. Ensaaios sobre o Poder Penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira* (Florianópolis: Emporio do Direito).
- Enriquez, E. 1983 *Da horda ao Estado. Psicoanálise e vínculo social* (Río de Janeiro: Zahar).
- Galeano, E. 1999 *De pernas pro ar. A escola do mundo ao avesso* (Porto Alegre: L&PM).
- Lebrun, J. P. 2004 *Um mundo sem limite: ensaio para uma clínica psicanalítica do social* (Río de Janeiro: Companhia de Freud) Trad. S. R. Felgueiras.
- Steiner, George. 1978 *As ideias de Heidegger* (San Pablo: Cultrix).
- Streck, L. L. 1998 “A Revelação das ‘obviedades’ do sentido comum e sentido (in)comum das ‘obviedades’ reveladas” en Oliveira Jr., L. A., *O poder das metáforas: homenagem aso 35 de docência de Luis Alberto Warat* (Porto Alegre: Livraria do Advogado).

Douglas Carvalho Ribeiro*
y Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa**

UNA PRISIÓN NADA CONVENIENTE

LA RECIENTE PUBLICACIÓN de la sentencia condenatoria, de cara al expresidente Lula, dictada por el juez Sérgio Moro de la 13ª Sala Federal de Curitiba, PR, aterró a la comunidad jurídica que vela por los valores democrático constitucionales. Esto no se debió a su rápida publicación o a su dispositivo –por muchos ya esperado. El motivo del asombro se dio respecto a los argumentos jurídicos utilizados para sustentar lo insustentable. En la pluma del magistrado, los dispositivos legales y constitucionales asumen una interpretación *como mínimo* controversial. De las 238 páginas, podríamos listar lo inhóspito de los puntos cuestionables de la fundamentación jurídica de aquel documento. Escogimos, sin embargo, el tópico referente a la posible prisión preventiva del expresidente, presente al final de la sentencia. La construcción argumentativa para su rechazo es realmente discutible. Si no, veamos:

* Posee grado (2014) y maestría (2017) en Derecho por la Universidad Federal de Minas Gerais. Correo electrónico: <douglascarvalhoribeiro@gmail.com>. *Lattes*: <<http://lattes.cnpq.br/6952734524834617>>.

** Posee grado en Derecho (2014) por la Pontificia Universidad Católica del Paraná (2014) y maestría (2017) en la misma área por el Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Minas Gerais. Correo electrónico: <victor-silva.costa@yahoo.com.br>. *Lattes*: <<http://lattes.cnpq.br/9947142424896892>>.

Sin embargo (*sic*), considerando que la prisión cautelar de un expresidente de la República no deja de involucrar ciertos traumas, la prudencia recomienda que se aguarde al juzgamiento por la Corte de Apelación antes de extraerse las consecuencias propias de la condena. Así, el expresidente Luiz podrá presentar su apelación en libertad.¹

El magistrado presentó diversos motivos que supuestamente implicarían la prisión preventiva en el caso analizado. Entre los argumentos mencionados por Moro están: a) el hecho de haber sido orientado por sus abogados en la adopción de hipotéticas formas de intimidación de aquellos que participan del proceso directa o indirectamente, tales como testigos, procuradores, periodistas, delegados etc.; b) haber pronunciado el expresidente declaraciones tenidas por inadecuadas por el juez durante el trámite del proceso, lo que sería ejemplificado por su manifiesto del 5 de mayo de 2017, en donde afirma “si ellos no me arrestan quién sabe si luego un día los mando yo a arrestar por las mentiras que dicen”;² c) la presunta orientación proveniente de Lula para la destrucción de pruebas por parte de terceros. Concluye, entonces, el magistrado: “hasta cabría reflexionar el decreto de prisión preventiva del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva”.

En relación al primer punto mencionado, se puede decir que este se remite a las denuncias penales presentadas por los abogados del expresidente frente al Procurador de la República y al Delegado y de las acciones indemnizatorias contra los testigos y periodistas. Ciertamente, los abogados de Lula tenían como objetivo resguardar la honra de una persona que vive de su imagen pública y que estaba siendo constantemente focalizada de forma negativa en el espacio mediático. Es conocida la fama de Brasil frente a los medios de comunicación internacionales en lo que refiere a la concentración y al dominio de la información.³

Ya en lo que toca al segundo punto, debe tenerse en mente que el magistrado, por la función que ocupa en la administración de la justicia, debe orientar su ministerio desprovisto de pasiones y preconceptos personales, esto es, *sine ira et studio*.⁴ En este sentido,

1 Sentencia disponible en <http://estaticog1.globo.com/2017/07/12/sentenca_lula.pdf> Acceso 13 de junio de 2017.

2 Cf. Noticia disponible en <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/se-es-ao-me-prenderem-logo-quem-sabe-eu-mando-prende-los-diz-lula>> Acceso 13 de julio de 2017.

3 Cf. Noticia disponible en <<https://www.cartacapital.com.br/blogs/outras-palabras/midia-ate-he-economist-fustiga-dominio-da-globo-1388.html>> Acceso 13 de julio de 2017.

4 En este sentido ver Weber (2002: 716-717).

la mera declaración de la denuncia proferida en el 6º Congreso del Partido de los Trabajadores no tendría la condición de generar efectos jurídicos negativos en detrimento del expresidente, en la medida que fue dicha en un momento de exaltación, propia de los encuentros partidarios.

Finalmente, en relación al tercer punto, Moro afirma en el núcleo de la sentencia dictada lo siguiente:

El expresidente Luiz Inácio Lula da Silva respondió al proceso en libertad. Hay declaraciones de por lo menos dos personas en el sentido de que él habría orientado la destrucción de pruebas, de José Adelmário Pinheiro Filho (ítems 536 y 537) incluido en este proceso, e incluso de Renato de Souza Duque. La declaración de este último fue tomada, sin embargo, en otra Acción Penal, de N° 5054932-88.2016.4.04.7000.

Además del hecho de que, en el momento de la sentencia, ya estaba vencida la etapa de la instrucción, es sabido que el sistema procesal penal brasileño no adopta la premisa de la prueba tasada, lo que significaría una jerarquización en el ámbito de los medios probatorios. La mera declaración sin una prueba material que la sustente no es capaz de probar una situación grave imputada al sentenciado por los testimonios. No habiendo confirmación de los hechos expresados en el testimonio, el corolario *in dubio pro reo* debe prevalecer. Contra la obsoleta idea de verdad real, el principio del *favor rei* es una de las únicas garantías a la arbitrariedad y la discrecionalidad del poder punitivo estatal.

El artículo 312 del Código del Proceso Penal prevé las hipótesis susceptibles de dar lugar al decreto de la prisión preventiva. Son: el disturbio del orden público o económico, por conveniencia de la instrucción criminal o para asegurar la aplicación de la ley penal. El legislador ordinario resalta incluso la necesidad de que haya prueba de la existencia del crimen e indicio suficiente de autoría. Las nociones esenciales detrás de todo decreto de prisión preventiva son las de *periculum libertatis* y de *fumus comissi delicti*.

En relación al *periculum libertatis*, debe tenerse en mente que su manejo en el seno de la dogmática procesal penal señala respecto tanto al riesgo de evasión como a los eventuales actos dolosos cometidos por el denunciado/sentenciado durante el transcurso del proceso, antes o después de la sentencia condenatoria. En el caso específico de Lula, se puede decir que el riesgo de fuga es nulo: en cualquier lugar de Brasil o del mundo, el expresidente sería fácilmente reconocido. Ya en relación al disturbio a los órdenes público y económico, su actuación política no los pone en riesgo, en tanto

no hay ninguna incitación a cometer actos violentos, sino solamente la convocatoria de protestas pacíficas en defensa de las garantías penales constitucionales.

Sobre *fumus comissi delicti*, anota Aury Lopes Jr. (2016) que este “exige la existencia de señales externas, con soporte fáctico real, extraídos de los actos de investigación llevados a cabo, a través de un razonamiento lógico, serio y desapasionado, que permita deducir con mayor o menor vehemencia la realización de un delito, cuya concreción y consecuencias presentan como responsable a un sujeto particular”. Al principio, la mera presencia de la sentencia penal condenatoria ya cumpliría tal requisito. Sin embargo, se desprende de la instrucción procesal que el inmueble objeto del crimen de corrupción está registrado a nombre de otro, y que la mayoría indiscutible de los testimonios negaron la acusación. ¿Cómo afirmar la presencia del *fumus comissi delicti* en tal situación? El sistema procesal brasileño consagra el principio de la presunción de inocencia, de forma que, frente a hechos controvertidos, el acusado tiene hasta la última instancia jurisdiccional el derecho de replicar las acusaciones presentadas contra él. Se percibe la ansiedad creada por los medios de ver a Lula condenado definitivamente. Sin embargo, esto no puede atropellar las reglas normales del juego democrático. Se vive en Brasil una ola de ansiedad política general, donde a todo momento nos cuestionamos cuáles serán los atropellos de las garantías penales procesales por parte del poder punitivo estatal.

Sobre la relación entre ansiedad y política, la mejor contribución acerca del tema quizá haya sido la de Franz L. Neumann, jurista alemán miembro del Instituto de Investigación Social, cuya tradición filosófica y académica se conoce como “Escuela de Frankfurt”. En su artículo titulado “Ansiedad y Política”, Neumann fundamenta su argumento en las diversas funciones que la ansiedad asume en el individuo, a partir del esquema psicoanalítico freudiano. Afirma que “la ansiedad puede desempeñar muchos papeles en la vida del hombre, lo que quiere decir que la activación de un estado de ansiedad por medio de un peligro puede tener un efecto benéfico o destructivo” (Neumann, 1969: 302). La ansiedad, por ejemplo, puede desempeñar un papel de aviso al hombre, en la medida en que lo previene de experimentar riesgos concretos provenientes del ambiente exterior, no presentidos anteriormente. Hay todavía otra modalidad de la ansiedad, la llamada ansiedad neurótica, que “es producida por el ego con el fin de evitar, por anticipación, la más remota amenaza de peligro” (Neumann, 1969: 301). Según Neumann, esta ansiedad puede paralizar al hombre, impidiéndole tomar decisiones de manera racional.

Pensando en términos políticos, una población entera puede estar bajo efectos de este estado de pánico e, inconscientemente, desconsiderar el hecho de que todos aquellos parámetros que demarcan un ideal de vida digna pueden desaparecer en un futuro próximo. Está claro que tal sentimiento puede fundamentarse en un estado de calamidad o en una guerra de larga duración. Sin embargo, puede ocurrir que tal sentimiento sea inducido por parte de las clases burocráticas hegemónicas, inculcando en la población en general un sentimiento de inseguridad, que en el caso en cuestión representaría el decreto de prisión preventiva sin los fundamentos exigidos por la legislación.

En el ámbito de la Teoría del Estado del período de la República de Weimar, Hermann Heller caracterizó el Estado de Derecho como la organización política orientada por el cálculo. Afirma Heller que “una acepción de la ley sólidamente constituida, equipada con una fuerza astringente doble, debería dominar todas las actividades estatales, no solamente el Poder Judicial, sino también el Ejecutivo. Las ‘intervenciones en la libertad y propiedad de los ciudadanos’ serían posibles de ahora en adelante por fuerza de ley” (Heller, 1930: 4).

Esto implica que el cálculo es una marca esencial de la técnica de poder denominada Estado de Derecho. Además de esto, Heller reconoce en Montesquieu un papel decisivo en la ruptura de la mentalidad del Antiguo Régimen, marcado por la indistinción funcional entre las actividades legislativas, judiciales y ejecutiva:

Se sabe que la teoría de la división y el balance de los poderes, desarrollada por Montesquieu, marcan el fundamento organizativo del Estado de Derecho. Montesquieu ve en la libertad política del ciudadano “una tranquilidad del espíritu que proviene de la opinión que cada uno tiene sobre su seguridad”. Esta libertad se perdería definitivamente, si se diera el caso de que el mismo hombre o un mismo grupo ejerciese de forma simultánea los poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo. El fundamento de esta opinión, proveniente de un profundo conocedor de los hombres, puede expresarse en una afirmación sociológica dotada de validez general: todo poder humano descontrolado sucumbe temprano o tarde a la imponderable arbitrariedad (Heller, 1930: 4).

Como ya se afirmó anteriormente, la diferenciación funcional del Poder Judicial en relación a los poderes Legislativo y Ejecutivo presupone la actuación del magistrado de acuerdo con el derecho puesto. No negamos aquí que, en la propia actividad judicial, hay espacio para la interpretación –el derecho es una empresa eminentemente hermenéutica. Sin embargo, la elaboración interpretativa judicante no puede ocurrir en detrimento de las garantías positivadas en el ordenamiento. Cuando se analiza la decisión en cuestión, se percibe que el juez

Sérgio Moro excede los límites de la interpretación, divisando hipótesis de factibilidad de prisión preventiva donde no existen. Además de esto, afirma, por otro lado, su benevolencia al no decretar tal medida acusatoria, negándola por la posibilidad de generar cierto trauma social. Ciertamente, el único trauma generado sería la ocurrencia de una prisión preventiva sin fundamento legal. Nos parece que la única función de la argumentación de Moro relativa a este punto específico es la de dejar al sentenciado ansioso, dado que su suerte pertenecería al Poder Judicial, independientemente de la prueba efectiva de su culpa.

BIBLIOGRAFÍA

- Heller, H. 1930 *Rechtsstaat order Diktatur* (Tubinga: Mohr).
- Lopes Jr., A. 2016 *Direito Processual Penal* (San Pablo: Saraiva) 13ª edición.
- Neumann, F. 1969 “Ansiedade e Política” en *Estado Democrático e Estado Autoritário* (Río de Janeiro: Zahar).
- Weber, M. 2002 *Economía y sociedad* (México: Fondo de Cultura Económica).

Eder Bomfim Rodrigues*

LA SENTENCIA CONTRA EL EXPRESIDENTE LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

OTRO CAPÍTULO TRÁGICO DEL GOLPE DE 2016

LA HISTORIA BRASILEÑA TIENE sus particularidades. Entre ellas, es posible destacar una situación muy interesante, que es la apariencia de que el tiempo en Brasil no pasó y de que todo continúa del mismo modo en la sociedad y en el Estado. Parece que el pasado no es superado y que se vive siempre en la misma cosa o, incluso, a la misma cosa con nuevos personajes, pero manteniendo una estructura idéntica a lo que ya ocurrió antes. Una especie de *dejà vu* social brasileño.

Sin embargo, el pasado no se fue completamente. Está ahí y viene dejando sus marcas en el presente. Véase que aun hoy, en pleno siglo XXI, el país no consiguió librarse, definitivamente, de las marcas profundas de la esclavitud y de una elite retrógrada que no posee y nunca tuvo en mente un proyecto de país soberano. En verdad, las elites brasileñas siempre pensaron al país exclusivamente para sí mismos, lejos de cualquier idea de una independencia real y

* Realiza el posdoctorado en Filosofía por la Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG). Doctor y máster en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Profesor de Derecho Constitucional (IBDC). Abogado.

de un fuerte proceso de desarrollo capaz de hacer frente a las principales potencias en el mundo. Hasta hoy, los intereses del país y los del pueblo brasileño no son los mismos de las elites, principalmente de las elites económicas, pues estas quieren la continuidad de un modelo de Estado y de sociedad que se remonta a los tiempos del esclavismo y que colocan a Brasil en una posición de servilismo al capitalismo internacional.

Frente a todo esto es posible afirmar que “existe un vínculo de continuidad real e institucionalizado que hace que cualquier tentativa –incluso parcial y frágil, como las que ocurrieron hasta ahora– de romper nuestro *apartheid* de clases desemboque en golpes de Estado y reacción violenta de las elites de rapiña salvaje” (Souza, 2016: 42-43). Fue así con Getúlio Vargas, con Juscelino Kubitschek, con João Goulart y, ahora, con Lula. Y Luiz Inácio Lula da Silva es parte de este ambiente exactamente porque los años de su gobierno fueron marcados por un proceso victorioso de inclusión social y de mejoría de la calidad de vida de millones de brasileños, los que fueron retirados del mapa del hambre y pasaron a tener dignidad y a ejercer la ciudadanía, en un claro intento de hacer que los derechos previstos en la Constitución de la República de 1988 fuesen una realidad. Sin embargo, todo esto parece haber generado un gran descontento en las elites de Brasil, así como en la clase media que se sentía amenazada por el ascenso social de millones de personas en los gobiernos de Lula y de Dilma Rousseff.

Así, a partir de cambios en la estructura social del país, reflataron el odio de clase y las marcas de la esclavitud que están conservadas en el imaginario colectivo brasileño. En esta misma dirección sobrevino, en los más diversos medios de comunicación, una campaña difamatoria sangrienta y cruel contra Lula y el Partido de los Trabajadores (PT), responsables directos del mayor proceso de inclusión, desarrollo y distribución de renta para todos en la historia de Brasil. Con esto, se pasó a la criminalización del PT, de los movimientos sociales y del propio Lula, en una persecución mediática, policial y judicial que parece no tener fin.

El ataque cerrado de los medios manipuladores al PT y el ataque concatenado a Lula no fueron, sin embargo, ataques a personas o a partidos específicos. Fueron ataques a una política exitosa de inclusión de las clases populares, que Lula y el PT representan. Inclusión social que, a pesar de todas las fallas que se puedan señalar, tuvo un significado histórico que no será olvidado (Souza, 2016: 85).

Dentro de la lógica de *dejà vu* social brasileño, se observa que el caso Lula no difiere en nada de otra situación ya vivida en tierras brasileñas, la historia en torno al departamento en donde vivía el expre-

sidente Juscelino Kubitschek, en la Avenida Vieira Souto 206, en Río de Janeiro. Se decía, en esa época, que el mencionado inmueble era una propiedad oculta de Juscelino y fruto de corrupción. De la misma forma que Lula, se afectó la vida de JK que hubo de sufrir, en esta situación, grandes injusticias a partir de noticias falsas difundidas por los medios. Varios periódicos de la época (muchos de ellos los mismos de hoy) trataban a Juscelino como criminal y buscaron a cualquier costo y con muchas falsedades destruir su imagen y la de su gobierno. Un claro intento de apartarlo definitivamente de la vida pública y de poner fin a cualquier tentativa de una eventual candidatura a la Presidencia de la República.

Con Luiz Inácio Lula da Silva sucede lo mismo. El pasado está de vuelta y la vieja historia del departamento de Juscelino retornó. Solo que ahora como un departamento de Lula, el famoso triplex de Guarujá. Se vive el pasado en el presente y en un contexto muy semejante. En 1964 era el golpe militar, ahora el golpe jurídico-parlamentario-mediático-empresarial de 2016.

El gran objetivo que estuvo y está detrás de los golpes mencionados es la perpetuación de las elites en el poder. En el golpe de 1964, los militares fueron utilizados como un medio para el mantenimiento y el control de Brasil y de sus riquezas en manos de pocos. En 2016, no siendo el modelo militar más pertinente, se utiliza el derecho y el Poder Judicial. De esta forma, el Poder Judicial pasó a tener lugar destacado en la legitimación del nuevo orden brasileño. Con esto, se substituyó una fuerza por otra y ahora el Poder Judicial ocupó el lugar que en el pasado era de los militares. Todo esto en una clara tentativa de legitimar el cambio, de darle legalidad a todas sus acciones, de la observancia de las normas de un Estado de Derecho. Sin embargo, en ambas situaciones, Brasil se sumergió en un régimen de excepción, en violación a los derechos humanos y en la construcción de un país cada vez más desigual.

Dentro de ese marco de un Estado de excepción, pero travestido con una cierta apariencia de legalidad, se instauró una cacería despiadada a Lula, la cual viene con el uso indebido de todos los instrumentos jurídicos existentes en la ley, así como en las ilegalidades practicadas por el propio Estado y sus agentes, tales como las rupturas de confidencialidad, incluso mismo de los abogados, conducción coercitiva, divulgación de audios de intervención telefónica, invasión de la vida privada y tantas otras medidas absurdas. Se tiene una persecución política con el uso indebido del aparato estatal y del derecho, de modo a consolidar la guerra jurídica instalada contra Lula, en un claro intento de destrucción de su imagen, del legado de su gobierno en Brasil y de sus acciones en el mundo.

La ley se ha convertido en un arma que se utiliza para aniquilar al adversario. Y el Poder Judicial pasó a actuar de forma selectiva y espectacular, siendo incapaz de promover un proceso justo que observe los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos de los que Brasil es parte. En consecuencia, la sentencia condenatoria dictada contra Lula en la Justicia Federal, el 12 de julio de 2017, es parte de toda esta atmósfera de *lawfare* y del Estado de excepción vivido en Brasil.

La sentencia que condenó a Lula es otro capítulo del golpe de 2016, pues es parte de un intento de generar un impedimento legal a su candidatura a la Presidencia de la República en las elecciones de 2018, así como es un instrumento del espectáculo, de la persecución pública y mediática. Un texto que más parece un manifiesto de odio de la derecha brasileña contra Lula. En realidad, se está ante una sentencia con sesgo eminentemente político, pues no hay pruebas mínimas de que Luiz Inácio Lula da Silva sea el propietario del departamento triplex. No hay y nunca hubo registro de que Lula sea o haya sido propietario de dicho inmueble. Del mismo modo que la acusación tampoco presentó ningún documento que demuestre tal situación. Por otra parte, este es un hecho que ya se encuentra resuelto, pues ya se sabe realmente quién es el legítimo propietario del famoso inmueble que se encuentra en el litoral de San Pablo.

Así, la sentencia del juez de 1ª instancia de la 13ª Sala Criminal de la Justicia Federal en Curitiba es una declaración política de persecución, es el resultado de un proceso penal arbitrario y propio de los regímenes de excepción. Se trata de una decisión que carece de la observancia de los derechos y garantías fundamentales constantes en la Constitución y de los principios orientadores del derecho penal patrio, que está contaminada de ilegalidades, entre ellas la parcialidad del juzgador y la persecución existente desde la denuncia ofrecida, en una presentación de *Power Point*, por el Ministerio Público Federal.

No se tuvo un proceso penal justo, pues innumerables pruebas, las que exoneraban a Lula de todas las acusaciones, se adjuntaron a los autos y ninguna de ellas fue tomada en consideración por el magistrado de primera instancia. Ni siquiera las declaraciones de los testigos de la defensa fueron debidamente apreciados y valorados. Lo que tuvimos fue una condena fundamentada no en pruebas, sino en convicciones y en razones de orden político, incluso con el uso de reportajes publicados en el diario *O Globo* del 10 de marzo de 2010. No es concebible que una sentencia judicial dé tanta importancia a un

material periodístico y diga que este es muy relevante como prueba del caso *sub judice*.

No se puede condenar sin pruebas, teniendo en cuenta solo la convicción del juzgador, una mera sospecha, un reportaje o una falsa “delación premiada” de alguien que niega una afirmación en un determinado momento y en otro, después de un largo período encarcelado, niega la negativa anterior, o mejor dice todo lo contrario solo para agradar al juez y al órgano de acusación, buscando con ello obtener los beneficios de una “cierta colaboración con la justicia”. Eso es ni más ni menos que tortura psicológica, un medio escaso de obtención de una información que por cierto es falsa. Y, por increíble que parezca, la llamada “delación” del representante de OAS es desprovista de pruebas que sostienen cualquier cosa contra Lula. Es solo una mera alegación sin ninguna posibilidad de constatación. Sin embargo, la misma fue utilizada para condenar a Lula.

Una vez más en su historia, Brasil es colocado en una situación de lucha directa por la democracia, lucha que ha sido una realidad para el expresidente. Y la sentencia de julio es una prueba concreta de la persecución, de una aversión del juez de primera instancia a Lula y a todo lo que representa en Brasil y en el mundo, que está en desacuerdo con lo que dispone el art. 93, inc. IX (necesaria fundamentación de las decisiones judiciales) y el art. 95, § único, inc. III (prohibición a los jueces de ejercer actividad político partidaria).

En fin, el Estado Democrático de Derecho en Brasil parece estar liquidado, pues cada día la sociedad asiste una fuerte caminata hacia el autoritarismo, para una vuelta al pasado y para la desconstrucción de un país que promueve inclusión y es capaz de aceptar a todos. El caso de Lula es similar al caso JK, del mismo modo que el Poder Judicial hoy substituye a los militares del pasado. A fin de cuentas, salen derrotadas la democracia y las libertades.

Pero, incluso frente a todas las dificultades, mismo con la enorme presión de las oligarquías, de las elites de mentalidad esclavocrata, de los plutócratas, de los medios golpistas, los mismos que son responsables por todos los derrocamientos de la democracia brasileña, se espera que el Tribunal Regional de la 4ª Región pueda poner fin a las arbitrariedades y cambiar este capítulo del golpe de 2016. Que la lucha por la democracia y la plena observancia del debido proceso legal esté en el núcleo de una nueva decisión a ser proferida, pues el Poder Judicial todavía puede cambiar la historia y permitir que millones de brasileños vuelvan a soñar con un país que respete la Constitución y las leyes. Que el pueblo brasileño pueda realmente ser soberano y que en 2018 las elecciones ocurran dentro de la normalidad, de la libertad y sin dificultades, pues “[...]”

bajo el signo de una política completamente secularizada, el Estado de Derecho no puede existir ni mantenerse sin democracia radical” (Habermas, 2008: 61).

BIBLIOGRAFÍA

Habermas, J. 2008 *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso* (Madrid: Trotta) Trad. M. Jiménez Redondo.

Souza, J. 2016 *A radiografia do golpe: entenda comoe por que você foi enganado* (Río de Janeiro: LeYa).

Egas Moniz-Bandeira*

DEL “DOMINIO DE HECHO” A LA “PROPIEDAD DE HECHO”

ESTAS SON LAS CONSIDERACIONES del abogado brasileño Moniz-Bandeira sobre algunos puntos polémicos de la sentencia del juez Moro:

En cuanto a la delación premiada, la sentencia declara: “Quien, en general, viene criticando la colaboración premiada es, aparentemente, favorable a la regla del silencio, a la *omertá* de las organizaciones criminales, lo que sí es reprobable” (p. 47). Sin embargo, de *lege facta*, la colaboración premiada fue permitida por la Ley 12.850, el 2 de agosto de 2013. Pero la frase del juez Moro no cabe en la sentencia y llega a ser ofensiva contra muchos juristas de sólida reputación que critican la colaboración premiada. Los sistemas jurídicos continen-

* Las consideraciones aportadas con exclusividad para *Carta Maior* sobre la sentencia condenatoria del juez Sérgio Moro, de Curitiba, en el caso del expresidente Luis Inácio Lula da Silva, son de autoría del abogado brasileño Egas Moniz-Bandeira, 31, integrante desde hace seis años del equipo de uno de los más reputados estudios de Zúrich, Suiza, el Baumgarten Machler, señalado como uno de los lugares de mayor prestigio en Derecho Penal y Derecho Penal Económico. Egas se encuentra con licencia temporal en la firma para dedicarse a su doctorado sobre Historia China en la Universidad de Heidelberg y en la Universidad de Tohoku (Japón). En Baumgarten Machler, Moniz-Bandeira integra el grupo de abogados del área de Derecho Civil y Comercial aunque su estudio sea más conocido por su actuación en Derecho Penal, en los casos de corrupción y lavado de dinero.

tales, en general, prevén la posibilidad de considerar, en sentencia penal, la conducta del acusado luego de cometer el crimen. Pero lo que es ajeno a los sistemas de Derecho continental es el poder de negociar la pena de antemano, inclusive por colaboración premiada. Bajo influencia del Derecho angloamericano, las negociaciones sobre la pena han sido introducidas a las leyes de varios países, pero en todos ellos el cambio legal es controvertido y blanco de muchas críticas. En Alemania, la norma existía entre 1989 y 1999. Luego del cambio de gobierno, fue introducida en 2009. En Suiza, una norma muy limitada fue introducida en el Código Penal en 1994: de acuerdo con el art. 260B, el juez puede mitigar (pero no perdonar completamente) la pena por el crimen de “participación en organizaciones criminales” (no por otros) si el autor del crimen “pretende evitar que la organización continúe actuando”. Hace dos meses, el gobierno suizo decidió expandir la norma a organizaciones terroristas. En Japón, las negociaciones sobre la pena fueron introducidas a la ley en 2016 y serán permitidas a partir de 2018. En todos los países, las colaboraciones premiadas, especialmente cuando permiten la absolución de quien cometió la pena, sufren severas críticas por varias razones. Entre ellas, pueden facilitar acusaciones falsas y dañar el principio de igualdad y/o la pena puede volverse incalculable y no representar más la culpa individual.

Sobre el dominio de hecho:

En cuanto a la teoría del dominio de hecho, es interesante que la sentencia ni mencione a Claus Roxin. En realidad, esta no es aplicable al caso. La teoría fue desarrollada por Roxin y Friedrich Christian Schroeder para los casos del holocausto. En 1963, Roxin dictó una conferencia, “Crímenes en el ámbito de los aparatos de poder”, en la que concordó con Schroeder en su libro de 1965, “El autor detrás del autor del crimen”. Los dirigentes nazis habían planeado los crímenes del holocausto, pero no los habían ejecutado personalmente. De acuerdo con la teoría de Roxin y Schroeder, no eran meros participantes, sino autores. El debate sobre este tipo de caso ha sido extremadamente intenso y produjo una vasta literatura académica. De cualquier modo, la teoría de Roxin no se aplica al caso que compete, y fue aplicada erróneamente en los casos del *Mensalão*, como el propio Roxin comprobó en su visita a Brasil. La teoría del “dominio de hecho” no afecta la necesidad de pruebas. Quien está en la cima de una organización no se torna automáticamente criminal porque algún subordinado hubiere cometido un crimen. Por el contrario, es necesario probar el dominio sobre el crimen en cuestión y cómo los crímenes fueron organizados y “orquestrados” por el “autor detrás del autor”.

Sobre las intervenciones del teléfono del estudio de abogados de la defensa del acusado:

El juez mandó a intervenir el teléfono del equipo de abogados de Lula como si fuese el teléfono de la empresa de comunicaciones utilizada por el expresidente. Después ignoró varios oficios de la operadora de telefonía avisando que el número no pertenecía a la empresa de comunicaciones sino al estudio de sus abogados, hecho por el cual se tuvo que explicar al STF. Incluso si aceptamos la afirmación del juez de que él no obró de mala fe, el hecho de haber ignorado los documentos (no solo uno) en su caso principal, levanta dudas sobre los métodos de trabajo y el profesionalismo de él y de su equipo.

La autodefensa de un supuesto partidarismo político del juez:

Moro incluyó este punto en la sentencia; está claro que no se acusaría a sí mismo de ser partidario. Pero poco importa esta autoaprobación; lo que importa es su comportamiento de hecho. Yo asistí a una conferencia de Moro en la Universidad de Heidelberg donde fue cuestionado sobre su foto con Aécio Neves. Él se defendió al decir que se trataba de un evento público y que el senador no es acusado en ninguno de sus procesos. Pero, aunque Aécio Neves no sea su acusado, las fotos muestran una fuerte orientación partidaria por parte del juez. Si realmente no fuese partidario, evitaría tales contactos políticos. Y este es solo un ejemplo relativamente inocente. Más grave es su comportamiento jurídico, inclusive en relación a las delaciones premiadas.

Sobre la reacción del juez a los alegatos de la defensa de Lula:

Para no dañar el principio de amplia defensa, el juez rechazó los alegatos hechos por la defensa. Pero otra cuestión es: si las defensas del autor son convincentes.

Sobre la repercusión del caso en Europa:

No percibí mucha repercusión entre colegas europeos. Los periódicos informaron el caso, y muchos fueron bastante críticos. El periódico *Spiegel*, por ejemplo, escribe: "En su juzgamiento, Moro confirma aquello por lo que desde hace mucho tiempo se lo critica: el desarrollo jurídico de mayor escándalo de corrupción de la historia de Brasil sigue criterios políticos y no jurídicos". Los periódicos, de modo general, han escrito más sobre Venezuela que sobre Brasil.

Sobre el proceso en otras cortes:

Es posible que la defensa de Lula lleve el caso a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en Washington, que puede examinarlo. Al contrario del sistema europeo de protección de los Derechos Humanos, las personas naturales no pueden llevar el caso directamente a la

Corte Interamericana de Derechos Humanos, en San José. Esto solo ocurrirá si la Comisión entrega el caso a la Corte. Alternativamente, la defensa de Lula también puede llevarlo al Comité de Derechos Humanos, en Ginebra, como ya hizo el año pasado.

Sobre la comparación con Eduardo Cunha:

Moro dice lo siguiente: —Él [Cunha] también afirmaba como coartada que no era el titular de las cuentas en el exterior que habían recibido depósitos de ventaja indebida, sino solamente “usufructuario en vida”. Obviamente, ser “usufructuario en vida” ya es una gran (!) ventaja. Lula, por el contrario, no solo niega la titularidad, sino cualquier tipo de ventaja, incluso la posesión. Además, son dos situaciones jurídicamente distintas. En el caso de Lula, se trata de un inmueble; en el caso de Cunha, de cuentas bancarias. Las reglas para la adquisición de inmuebles difieren de las reglas para la adquisición de cuentas bancarias. La comparación en realidad no es procedente. En el caso de inmuebles, la propiedad está registrada en registro público. No hay registro con el nombre de Lula. Sería, en teoría, incluso posible que el propietario, para enmascararse y no aparecer en el registro, registrase el inmueble a nombre de una empresa que controla. En el caso de Lula, no hay indicio para sostener tal cosa. La mera posesión (dominio de hecho) también sería una ventaja relevante, pero no veo pruebas suficientes que comprueben la posesión. Sí hay formularios del banco en donde aparecen las firmas del propio Cunha. La interpretación de tales formularios depende de las circunstancias y puede ser difícil (mucho más que la interpretación del registro público de inmuebles), pero en su caso, las pruebas que tenemos dejan bien claro que él era el beneficiario efectivo de la cuenta. Luego, si comparamos ambos casos, tenemos que llegar a la conclusión de que hay pruebas en el caso de Cunha y no las hay en el caso de Lula.

Sobre la “propiedad de hecho”:

Este punto es muy importante: la “propiedad de hecho”. Tal categoría jurídica no existe en Brasil —o alguien es propietario o no lo es. La propiedad es una categoría jurídica y no de hecho. Es el derecho del dueño de hacer lo que quiera con la cosa (art. 1.228 del Código Civil). En general, la adquisición de la propiedad se da por registro de título (existen algunas otras formas, como la usurpación, que no se aplican aquí). No hubo en este caso registro de título. La categoría factual correspondiente es la posesión, según norma el art. 1.196 del Código Civil. De acuerdo con la norma, el poseedor “tiene de hecho el ejercicio, pleno o no, de alguno de los poderes inherentes a la propiedad”. Quiere decir, el poseedor es aquél que tiene las llaves del departamento y lo utiliza de hecho. El propietario puede ser el poseedor, o puede ser otra persona (en el caso de alquiler, por ejemplo). No

veo pruebas suficientes de que Lula haya poseído el departamento en algún momento.

Sobre la cronología del caso:

El caso se dio, realmente, luego del fin del mandato de Lula. Un crimen de corrupción presupone una ventaja de cada lado. Como el *Lava Jato* no encontró indicios de una contrapartida de parte de Lula, el juez argumenta que “es suficiente que el agente público entienda que se esperaba de él o de ella que ejerciese alguna influencia en favor del pagador en tanto las oportunidades surgiesen”. Se refiere claramente a una contrapartida a ser dada en el futuro. Ocurre que, según la denuncia, Lula recibió la obra en 2009, tres meses antes del fin de su mandato. La obra solo fue concluida en 2013, varios años después de que Lula hubiera dejado la presidencia. En 2013, Lula no era más agente público y no tenía más poder de decisión directa. ¿Cómo es que la constructora esperaba que Lula, en el futuro, ejerciese alguna influencia en su beneficio? El juez omite completamente una discusión sobre este asunto.

Sobre la parcialidad en la valoración de la prueba testimonial:

Un ítem importante que se ve en los embargos y la parcialidad del juez es el punto de vista de la valoración de la prueba testimonial. Según el principio de la amplia defensa, el juez tendría que haber discutido todos los testimonios reunidos, pero eligió ignorar aquellos que se alineaban con la posición de la defensa, considerando solamente otros, aquellos que convienen a su posición. Cabe resaltar que la sentencia se basa, principalmente, en la declaración de Leo Pinheiro, que es coacusado. El coacusado no da testimonio y por lo tanto no tiene obligación de decir la verdad.

Sobre el secuestro de bienes de Lula:

Fue un secuestro cautelar. Las medidas cautelares tienen como requisito que exista un “peligro en la demora”, o sea, el peligro de que algún daño acontezca en caso de que la medida no sea tomada inmediatamente. El juez parece haber ignorado este requisito fundamental en tanto que no justificó la posible dilapidación del patrimonio. El juez habla con gusto de “prudencia” en vez de basarse en los requisitos legales.

Ellen Rodrigues* y Eduardo Khoury**

**BREVES APUNTES
SOBRE LA CONDENA, EN
PRIMERA INSTANCIA, DEL
EXPRESIDENTE LULA, O SOBRE
LA LUCHA PARA QUE LA JUSTICIA
PREVALEZCA FRENTE A
LA ARBITRARIEDAD**

FRENTE AL ESCENARIO BRASILEÑO actual, remontarse a la estructura del principio lógico limitador del poder punitivo que –bajo amparo de la legalidad, de la presunción de inocencia, de la individualización y determinación de las penas y de otros principios que componen el llamado núcleo duro del Derecho Penal y del Proceso Penal en los Estados democráticos de Derecho– establece límites para la producción de la verdad, para la atribución de culpa e imposición de condenas y, consecuentemente, para la aplicación de las penas, parece ser, para muchos, una ofensa, una especie de subversión o incluso un elogio a la impunidad. En medio de manipulaciones políticas e ideológicas –que cuentan con el apoyo lujoso de los medios (Batista, 2002a, 2002b: 271-288; Coimbra, & Schneivar, 2012: 59-68, Vol. 1; Bourdieu, 1997) y de políticos y personalidades importantes,

* Doctora en Derecho Penal por la UERJ, con estadía doctoral en la Universidad Greifswald (Alemania). Máster en Ciencias Sociales por la UFJF. Profesora Adjunta de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho de la UFJF. Coordinadora del Núcleo de Extensión e Investigación en Ciencias Criminales de la Facultad de Derecho de la UFJF (NEPCrim). Correo electrónico: <ellen-rodrigues@gmail.com>.

** Académico de la Facultad de Derecho de la UFJF; integrante del NEPCrim. Correo electrónico: <eduardo.khoury@direito.net>.

sobre todo en el campo jurídico, la sociedad brasileña, asolada por una serie de adversidades, vivencia una especie de “adhesión subjetiva a la barbarie” (Malaguti Batista, 2012.: 313-318), que sumado al descrédito en la política, en la justicia y en las instituciones, contribuye a que muchos segmentos de la población corroboren arbitrariedades y abusos de poder que representan verdaderos ataques a nuestra democracia. En esta coyuntura, buena parte de la población brasileña celebró la condena,¹ en primera instancia, del expresidente, Luiz Inácio Lula da Silva, por los crímenes de corrupción pasiva y lavado de dinero, en concurso material, en el ámbito de la denominada *Operación Lava Jato*.

Discurrir, pormenorizadamente, sobre los diferentes aspectos de la sentencia, que cuenta con 218 páginas, se alejaría de los límites de este ensayo. No obstante, es imperioso destacar las críticas que se vienen haciendo de la misma desde su publicación, por parte de juristas brasileños,² sobre todo en cuanto al aspecto probatorio. Hechas estas observaciones, se pasa al análisis de la cuestión central, que es: “ha cometido o no el expresidente Lula los crímenes que, de forma imprecisa, les son imputados en la compleja denuncia” (Silva Jardim, 2017), presentada por el Ministerio Público Federal. Según la acusación, Lula estaría involucrado en la conducta típica de corrupción pasiva porque, en tanto Presidente de la República y, por lo tanto, funcionario público, habría hecho acuerdos con representantes de la constructora OAS que aseguran la firma de tres contratos junto a Petrobras, en los que la primera fue beneficiada indebidamente. Para efectivizar estos contratos, OAS habría pagado un monto de R\$ 2,25 millones, definido como “soborno”, que

[...] se habría dividido entre los agentes de Petrobras y agentes políticos o partidos políticos que los sustentaban. Parte de ella vino a integrar la cuenta corriente general de sobornos mantenida entre el Grupo OAS y el Partido de los Trabajadores, del cual fue deducido el precio del departamento 164-A, tríples, y el costo de las reformas, encarnando ventaja indebida pagada al expresidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Finalmente, alega el MPF que, al no realizar ningún negocio jurídico hábil a transferir el referido tríples para su patrimonio, Lula ha-

1 Disponible en: <<https://abrilveja.files.wordpress.com/2017/07/senten3a7a-lula.pdf>> Acceso 17 de julio de 2017.

2 Más informaciones en: <<http://www.ocafezinho.com/2017/07/17/coletivo-nacional-de-juristas-progressistas-denuncia-duramente-sentenca-sem-provas-de-sergiomoro.pdf>> Acceso 18 de julio de 2017.

bría incurrido, también, en la conducta típica de crimen de lavado de dinero.

De acuerdo con el magistrado, quedó probado que el expresidente Lula cometió las conductas de corrupción pasiva, prevista en el art. 317 del Código Penal patrio, y lavado de dinero, previsto en el art. 1° de la Ley 9.613/98, en concurso material. El juez afirma, incluso, que el documento “fue instruido con prueba documental y con las declaraciones extrajudiciales de colaboradores y testimonios”. Sin embargo, a pesar de estos argumentos, del análisis de la sentencia se desprende que están ausentes pruebas capaces de satisfacer los requisitos de la tipicidad de los crímenes expuestos. Incluso valiéndose del uso exacerbado de colaboraciones premiadas y, todavía, de documentos periodísticos, cuya utilización como prueba es altamente desautorizada, el magistrado no tuvo éxito en demostrar, inequívocamente, que Lula, valiéndose, dolosamente, de la obtención de “ventaja indebida”, habría participado, en incumplimiento de su deber funcional, como autor, coautor o partícipe de los dichos acuerdos entre los representantes de OAS y los directores de Petrobras. En Brasil, para que pueda hablarse de crimen de corrupción pasiva, cuyo bien jurídico tutelado es la Administración Pública, es esencial que se compruebe que el funcionario público, utilizando “ventaja indebida” cometió, dolosamente, actos en desacuerdo con su deber de funcionario. Según Silva Jardim (2017), “el hecho de que el expresidente de la República haya recomendado el nombramiento de algún director o gerente de Petrobras no lo torna partícipe de los crímenes que estos, teóricamente, vinieron a practicar en detrimento de la empresa”.

Como sostiene Bitencourt (2012: 114-115), en el crimen de corrupción pasiva, la “ventaja indebida” es elemento normativo especial del tipo de injusto, “siendo considerada ‘indebida’ justamente por el hecho de ser ilícita, ilegal, injusta o *contra lege*, esto es, no amparada por el ordenamiento jurídico”. En este sentido, aunque hubiese habido, por parte de Lula, el recibimiento de cualquier cantidad proveniente de OAS –lo que se admite a título argumentativo– tal hecho, por sí solo, sin la compañía de prueba de existencia de actos determinados, cometidos mediante el incumplimiento del deber de funcionario, por parte del expresidente, no sería suficiente para caracterizar la naturaleza indebida de la ventaja, lo que conduciría al reconocimiento de la atipicidad de la conducta de corrupción pasiva.

Nuevamente apenas a título argumentativo, aunque vencida la cuestión mencionada, no queda claro si el expresidente habría, supuestamente, “solicitado” o “aceptado de promesa” de tal ventaja y, más aún, no hay pruebas concretas de que esta eventual “ventaja”

hubiera sido “recibida” por él en la forma del denominado “tríplex”. Si esta última hipótesis es la tesis sustentada por el magistrado, que, conforme a lo demostrado en el ítem 884 de la sentencia, afirma, categóricamente, que Lula responde por corrupción pasiva “por el recibimiento de ventaja indebida relativa a parte de los contratos” en cuestión, tal “recibimiento” tendría que estar demostrado, bajo pena de inamovible atipicidad de la conducta. Si no, veamos. El crimen de corrupción pasiva es un tipo mixto o de contenido variado, lo que significa que cometiendo uno de los verbos nucleares del tipo o todos ellos, responderá el agente por un crimen único. En las modalidades “solicitar” y “aceptar promesa”, las conductas representan crímenes formales o de consumación anticipada, es decir, aunque describan un resultado, el legislador se satisface con la conducta, siendo el resultado tenido como agotamiento. Ya en la modalidad “recibir”, el crimen es material (Bitencourt, 2012: 122-125; Prado, Mendes de Carvalho, É. & Mendes de Carvalho, G., 2015: 1.348-51), siendo imprescindible la demostración del recibimiento de ventaja por parte del agente, lo que, si no ocurre, conduce al reconocimiento de la atipicidad de la conducta.

Presentadas tales consideraciones acerca del delito de corrupción pasiva, cabe ahora destacar algunos aspectos relevantes del crimen de lavado de dinero, que también fue imputado a Lula, en concurso material con aquél. Nuevamente aquí, la cuestión del “recibimiento” de la “ventaja indebida” se torna relevante. Pues, no habiendo el “recibimiento” de tal “ventaja” –contentándose el juzgador, como lo afirmado en el ítem 307 de la sentencia, con la mera “solicitud” o “aceptación de promesa” del monto representativo de esta “ventaja”–, ¿cómo podría haber “ocultamiento” o “disimulo” de los bienes, directos o valores provenientes de esta “ventaja”? ¿Cómo “ocultar” o “disimular” algo que no fue “recibido”, sino solamente “solicitado” o “aceptado” como promesa?

De acuerdo con los ítems 893, 894 y 895 de la sentencia, la conducta de lavado de dinero atribuida a Lula está totalmente vinculada a la supuesta corrupción pasiva anterior. Luego, el reconocimiento de la atipicidad de la primera implicará, necesariamente, la imposibilidad de condena por la práctica de crimen de lavado. De acuerdo con el art. 2º, II de la Ley 9.513/98, el proceso y juzgamiento del crimen de lavado es independiente del proceso y juzgamiento de la infracción penal antecedente. De la inteligencia de este dispositivo, se desprende que los procesos del crimen de lavado de dinero y del crimen antecedente son independientes. Por lo tanto, de acuerdo con el principio de la accesoriedad limitada (Calligari, 2000: 183-200), como el crimen de lavado es accesorio al crimen antecedente, aunque los procesos sean independientes, el crimen anterior representa

un rudimento del crimen de lavado. Así, para que se afirme la configuración del crimen de lavado de capitales, en los términos de la legislación brasileña, es necesario que la infracción penal antecedente sea, al menos, típica e ilícita.

Asumiendo la hipótesis, nuevamente apenas a título de argumentación, de superación de esta cuestión, conviene destacar otro punto importante acerca del crimen de lavado de dinero. En el ámbito doctrinario, mucho se discute sobre cómo debe ser conferida la responsabilidad penal del agente en casos de autolavado (*selflaundering*), que ocurren cuando el autor del lavado es el mismo de la infracción penal antecedente. En muchos países, especialmente de Europa continental, prevalece el razonamiento de que el autor del crimen antecedente no debe responder por el crimen de lavado, atendiendo, así, a la reserva contenida en el art. 6º, ítem 2, “e”, de la Convención de Palermo (Brasileiro de Lima, 2014). En países como Italia, Alemania, Portugal, España, Francia, entre otros, si el lavado es cometido por el mismo autor del crimen anterior, responderá el agente apenas por este último, siendo el lavado considerado *post factum* imponible al agotamiento de la primera infracción, en los términos del principio de la consunción. De esta forma, un mismo autor no será castigado por los dos crímenes. En estos países, el crimen de lavado recibe tratamiento análogo a los delitos de encubrimiento y favorecimiento real, en los que se admite que el autor de la infracción antecedente sea también el autor del crimen accesorio, lo que implicaría *bis in ídem*. En Brasil, de acuerdo con estudiosos del tema (Delmanto, 2006; De Carli, 2011; Castellar, 2004; Calligari, 2000), tal razonamiento, aunque no esté positivado, está en consonancia con nuestra tradición jurídica, destacándose los argumentos de Frago (2017), para quien la “eventual omisión legislativa al respecto, antes de significar la plena posibilidad de doble responsabilidad, induce a una posición tradicionalmente adoptada en la historia de la legislación penal brasileña, en que la observancia del principio del *ne bis in ídem* es dejada al prudente criterio del juez”.

Contra el reconocimiento del principio de consunción en los casos de autolavado, hay quien argumenta que su aplicación no sería posible cuando las conductas afectasen bienes jurídicos distintos. No obstante, la norma de la consunción no exige que la relación consuntiva se dé solo entre conductas que afectan el mismo bien jurídico (Bitencourt, 2012: 250), o que encuentra refugio, incluso, en la jurisprudencia del Supremo Tribunal de Justicia, que, en su Resumen 17, afirma que admite la aplicación del principio entre los crímenes de falsedad y estafa que afecten bienes jurídicos diferentes, respectivamente, la fe pública y el patrimonio. En verdad, el aspecto funda-

mental de la aplicación del principio de la consunción es el hecho de que “está vinculado, así como reiteradamente proclamado, a la interdicción del *bis in ídem*” (Batista, 2015: 78). El límite impuesto por el principio de la consunción a la doble incriminación es de orden valorativo, en la medida en que un tipo absorbe el desvalor del otro. Así, aunque muchas veces quiera reducirse su función a una relación de medio y fin, “la consunción se amplía para abarcar también, con criterios valorativos, pluralidad de hechos” (Fragoso, 2004: 453-455). De esta forma, los hechos posteriores que significan un aprovechamiento y, por esto, ocurren regularmente después del hecho anterior, son consumidos por este, criterio que es ampliamente utilizado por la doctrina y jurisprudencia patrias.

Frente a las cuestiones destacadas y del progresivo desprestigio en relación a la política y la justicia brasileñas, lo que, infelizmente, contribuye a la ofuscación del pensamiento crítico, es importante que, como una contrafuerza que resiste, los principios rectores del Derecho Penal y del Proceso Penal en los Estados democráticos de Derecho sean valientemente defendidos. La defensa intransigente de estos principios y de las garantías fundamentales de un ciudadano significa la defensa de todos, puesto que cuando se abre una ventana para el avance de la arbitrariedad no es posible prever lo que vendrá luego.

BIBLIOGRAFÍA

- Batista, N. 2002a “Mídia e sistema penal no capitalismo tardío” en *Discursos sediciosos: Crime, Direito e Sociedade* (Río de Janeiro: Revan).
- Batista, N. 2002b “Mídia e sistema penal no capitalismo tardío” en *Instituto Carioca de Criminologia*, Año 7, N° 12: 271-288, 2° semestre.
- Batista, N. 2015 *Crítica do Mensalão* (Río de Janeiro: Revan).
- Bitencourt, C. R. 2012 *Tratado de direito penal. 5: parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos* (San Pablo: Saraiva) 14ª edición revisada y ampliada.
- Bourdieu, P. 1997 *Sobre a Televisão* (Río de Janeiro: Zahar).
- Brasileiro de Lima, R. 2014 *Legislação criminal especial comentada* (Salvador: Juspodivm) 2ª edición.
- Callegari, A. L. 2000 “Problemas pontuais da Lei de Lavagem de Dinheiro” en *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (San Pablo) Vol. 8, N° 31: 183-200, jul.-sept.
- Castellar, J. C. 2004 *Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico* (Río de Janeiro: Revan).

- Coimbra, C. & Schneivar, E. 2012 “Subjetividades punitivo-penais” en Batista Malaguti, V. (org.) *Loic Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal* (Río de Janeiro: Revan).
- De Carli, C. V. 2011 *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal* (Porto Alegre: Verbo Jurídico).
- Delmanto, R. 2006 *Lei Penais Especiais Comentadas* (Río de Janeiro: Renovar).
- Fragoso, F. 2017 “Considerações sobre o crime de lavagem de dinheiro. Parecer (Ação Penal 470)” en <http://www.fragoso.com.br/ptbr/arq_pdf/artigos/consideracoes_sobre_o_crime_de_lavagem_de_dinheiro-parecer.pdf> Acceso 18 de julio de 2017.
- Fragosto, H. C. 2004 *Lições de direito penal* (Río de Janeiro: Forense).
- Malaguti Batista, V. 2012 *Adesão subjetiva à barbarie* en Malaguti Batista, V. (org.) *Loic Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal* (Río de Janeiro: Revan)
- Prado, L. R.; Mendes de Carvalho, É. & Mendes de Carvalho, G. 2015 s/d (San Pablo: Revista dos Tribunais) 14ª edición revisada, ampliada y actualizada.
- Silva Jardim, A. 2017 “Breve análise da sentença que condenou o expresidente Lula e outros” Disponible en <<http://emporiadodireito.com.br/breve-analise-da-sentenca-que-condenou-o-ex-presidente-lula-e-outros-por-afranio-silva-jardim>> Acceso 18 de julio de 2017.

Eugênio José Guilherme de Aragão*

**¿QUID IAM AGUNT PUERI?
¿POR QUÉ ACTÚAN ASÍ, NIÑOS?**

ES DE UN OSCURO ORIGEN medieval el proverbio “*sunt pueri pueri – pueri puerilia tractant*”. La aparente tautología podría traducirse como “¡son niños, sus niños! ¡Y los niños hacen cosas de niños!”

Otra frase, esta de Virgilio, que, en este dramático momento nacional me viene a la mente es “*Qui legitis flores et humi nascentia fraga, Frigidus, o pueri, fugite hinc, latet anguis in herba*” (1996, *Bucólicas III*), cuyo sentido versa: “Oh muchachitos, que recolectan solos flores y frutillas, huyan de aquí, [pues] la fría serpiente se esconde en las pasturas”.

Al tiempo que Moro festeja con falsa modestia su más que previsible sentencia condenatoria contra Lula, se propaga que los norteamericanos realizan maniobras militares en la Amazonia con los ejércitos de Brasil, de Colombia y de Perú, la triple alianza subcontinental de la reacción al progreso, a la altivez y a la independencia de los pueblos latinoamericanos.

Moro, el embravecido juez que gasta casi una centena de páginas en la sentencia para justificarse y atacar a la defensa que legítimamente indicó sospechas a lo largo de todo el proceso, se comporta como el niño con sus cosas de niños. Y la serpiente que lo colocó ahí donde

* Abogado. Ex ministro de Justicia.

está nos vigila para dar el golpe final. En el vestigio de este rumor, ya destruyó estratégicos activos nacionales, como la industria de la construcción civil y el sector agropecuario. Todo en nombre de un fetichista combate selectivo a la corrupción que se volvió fijación colectiva.

De no ser tan trágica por el momento que vive el Brasil del golpe, la sentencia de Moro sería una broma, de tan tosca. Mal instaurada la instancia, nadie tenía duda de que el brioso magistrado pretendía elaborar su currículum con la condena del expresidente, al paso que socializaba abiertamente con la oposición más feroz a los gobiernos del PT de las últimas dos décadas. La foto del juez en una fraternidad cálida con Aécio Neves, a espaldas de Temer, es muy elocuente. Está ahí, Moro, con toda la simpatía que contrasta con la agresividad en el trato con la defensa de Lula. Un juez en el *speaking easy* con un político de quinta categoría, acusado, con indicios muy robustos, de desvío de recursos públicos, de corrupción pasiva, lavado de dinero y organización criminal. El interlocutor risueño no es nada menos de que el derrocado candidato a presidente de la república, que, por no asimilar su derrota, lanzó a la democracia brasileña a su peor crisis desde la reinstalación del gobierno civil en 1985. Pero Moro muestra con sus carcajadas que aprueba íntegramente el golpe dado por las instituciones deformadas del país. Es visible su ternura con aquél que fue la mecha del derrocamiento de los gobiernos populares de los que Lula fue su mayor protagonista.

Relativo a la sentencia. Leí y releí el informe y no me sorprendió el hecho de no detectar en ninguno de sus párrafos enumerados con meticulosidad burocrática referencia a los testimonios de la defensa. Ya la indicación de los testimonios de acusación mereció una indexación cuidadosa. Voy a fundamentarlo. Páginas y más páginas de autodefensa del brioso juez de piso. Al acusado, palabras de resentimiento por haber ejercido en toda extensión posible su derecho de defensa. Digo “posible” porque los defensores tuvieron que hacer un dantesco viaje al infierno para garantizar la amplia defensa. El juez intentó negociar la disminución de sus testimonios a cambio del derecho procesal en plazos de manifestación. Dijo que escuchar los testimonios expresados en número menor de lo que permite la ley era una maniobra de postergación. En la única oportunidad que estuvo frente a frente con Lula, el valiente magistrado hizo rodear todo el perímetro de la sede de justicia federal con la presencia de un desproporcional aparato policial. Y cuando el acusado hacía uso de la palabra en autodefensa, Moro lo iba interrumpiendo, mostrando impaciencia y hasta una antipatía profunda por aquél que fue el mayor estadista de Brasil en el período republicano, comparable incluso con personajes del porte de Getúlio Vargas.

Moro, el pequeño burócrata judicial, se pretendía, sin embargo, mayor. Violando la regla del procedimiento acusatorio, prefirió hacer preguntas al gigante acusado, antes que el representante del Ministerio Público, que permaneció callado, cómplice de la farsa que allí se daba. Además, el representante era un *backbencher* del *Lava Jato*, ya que el conferenciante piadoso Dallagnol prefirió no dar la cara, ciertamente con miedo de ser destruido en duelo retórico con Lula.

Las preguntas de Moro versaron sobre el sabor del fruto prohibido degustado por Adán y Eva en el Paraíso. Interpelado por la defensa, insistía en la relevancia del aspecto “circunstancial” del pecado original. Se veía como el propio arcángel que expulsaba a la pareja desnuda del Edén, con su espada flameante. Fueron tantas preguntas fuera de lugar –obscenas en el sentido propio– que ya indicaban la intención del juzgador de condenar al acusado por protagonizar un enredo mediatizado –el siempre recordado “conjunto de la obra”– sin ninguna objetividad ni base probatoria. El tal tríplex de Guarujá, verdadero motivo de la contienda, era lo que menos venía al caso.

Moro nunca escondió su profunda aversión a Lula. Se tornó criminalmente pública la grabación de la conversación telefónica del acusado con la Presidenta Dilma Rousseff, interceptada ilícitamente. Lo hizo solamente con la intención de destruir reputaciones e interferir en el proceso político que inauguraba el golpe parlamentario liderado por el hoy condenado y preso Eduardo Cunha. Este, en incipiente delación reciente, parece querer informar sobre toda la trama del impedimento de la Jefa de Estado, que contó con un apoyo innegable del valiente juez.

Este es el Moro que condena a Lula. El festejado Moro, que, a despecho de haber logrado exclusividad para tratar con los procesos del *Lava Jato*, supuestamente porque le faltaba tiempo para lidiar con otras causas de la competencia legal de su fuero, encuentra ocio suficiente para rodear el mundo con digresiones públicas sobre los hechos bajo su responsabilidad.

Pero volvamos a la sentencia. Incluso con una esforzada pérdida de tiempo para hablar nimiedades, el juez no consigue disfrazar la falta de prueba para demostrar lo que interesa: si Lula es o no es propietario, dueño oculto o prominente comprador del tríplex. Solo el desgraciado de Leo Pinheiro, en su delación sin ningún valor de evidencia, fue, después de meses en la cárcel, obligado a señalar a Lula como el beneficiario de un supuesto esquema de soborno, no sin antes avisar que no tenía pruebas de la acusación, porque el acusado lo habría hecho destruirlas. Nadie más confirma esta tesis bizarra. El hecho es que tal inmueble nunca perteneció a Lula.

In der Kürse liegt die Würze, dicen los alemanes. En la brevedad está el sabor. En otras palabras, quien precisa de más de doscientas páginas para explicar y juzgar tan comprensible acusación no puede tener razón. No deja de ser una conversación para dormir mejor, para impresionar al público lego, que adora la novelita de las ocho. Pero nada de esto impresiona a juristas serios.

Al final, tenemos que Lula fue condenado PORQUE no había pruebas contra él. Más kafkiano imposible. El juez supone que el acusado es un genio deforme, capaz de ocultar la propiedad de un inmueble sin dejar ningún vestigio de esa propiedad. Algo para reírse, si ese modo de obrar no fuese tan desastroso para la credibilidad de las instituciones en el país.

Pero nos queda la esperanza de creer que todavía hay jueces en Porto Alegre. Para recuperar la moral de la prestación jurisdiccional y redimir a Brasil de las tramas estratégicas globales de los enemigos de su independencia, ciertamente sabrán señalar a las aberrantes teratologías de la sentencia y no dejarán que su razón sea ofuscada por el odio político que se apoderó del país. Solo así los jueces del Tribunal de Apelaciones conseguirán dar su contribución imprescindible a la normalización institucional y a la supervivencia de la democracia entre nosotros. En cuanto a los niños de Curitiba, si su objetivo fue simplemente impedir la elección de Lula en 2018, ¡no pasarán!

BIBLIOGRAFÍA

Virgilio 1996 *Bucólicas* (Madrid: Cátedra) Trad. V. Cristóbal.

Fábio da Silva Bozza*

**LAS FUNCIONES DE LA PENA
PRIVATIVA DE LA LIBERTAD
Y DE LA CULPABILIDAD EN EL
DERECHO BRASILEÑO Y LA
SENTENCIA CONDENATORIA
CONTRA EL PRESIDENTE
LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA**

EN EL DÍA 12 DE JULIO de 2017 fue proferida la sentencia condenatoria contra el [ex] Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, por la práctica de los crímenes de corrupción activa y lavado de dinero. Después de realizar la dosimetría de la pena, el juez federal decidió la aplicación de una pena privativa de libertad de nueve años y seis meses de reclusión, a cumplirse en régimen inicial cerrado, restando la progresión del régimen condicional a la reparación del daño, en los términos del art. 33, parágrafo 4º del Código Penal.

El objetivo del presente texto es analizar, desde un punto de vista constitucional, la forma en la que fue realizada la dosimetría de la pena y, principalmente, su (ausencia de) fundamentación.

El principio del doble grado de jurisdicción presenta carácter materialmente constitucional, teniendo en vista que el art. 8º, 2, h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue incorporado a la Constitución por fuerza de lo contenido en el art. 5º, § 2º de la CR. De manera bastante simple, y sin hacer referencia a las limitaciones interpretativas impuestas por el Supremo Tribunal Federal, es posible

* Doctor en Derecho del Estado (UFPR). Profesor de Derecho Penal en el Instituto de Criminología y Política Criminal (ICPC).

afirmar que el referido principio reconoce a los ciudadanos el derecho de recurso a tribunal de superior instancia, para revisión de la decisión judicial.

Sin embargo, el ejercicio del derecho fundamental referido anteriormente presupone el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 93, inc. IX de la Constitución de la República. Sin fundamentación adecuada de las decisiones judiciales se hace imposible el ejercicio del derecho de recurrir. Esto porque, a pesar de que el objeto del recurso (aquello que se quiere que sea reformado) sea la parte dispositiva de la decisión judicial, para que el sentenciado pueda decidir si se conforma o no con la decisión, es necesario que conozca las razones por las cuales el juzgador llegó a determinada decisión.

De esta forma, en un Estado Democrático de Derecho el ejercicio de la jurisdicción está condicionado a la observancia de los referidos dispositivos constitucionales.

¿Y cuál es la relación entre lo dicho y la decisión condenatoria contra el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva? Toda. Tomando como referencia apenas la parte de la sentencia que se refiere a la dosimetría de la pena, se percibe que le fue impedido a la defensa el derecho de recurrir, teniendo en vista que la argumentación que gira en torno de la dosimetría de la pena, en gran parte, no hace referencia a elementos empíricos, pasibles de refutación por parte del condenado. Además, en ningún momento hace referencia a la función de la pena privativa de libertad utilizada como parámetro para la cuantificación de la pena.

Antes de hacer referencia a los fundamentos utilizados en la sentencia, en la parte que se refiere a la dosimetría de la pena, debemos hacer breves aclaraciones sobre el sistema jurídico brasileño de aplicación de la pena.

Como se sabe, con la Constitución de 1988 el centro del orden jurídico se disloca de la protección del Estado (y de la ley, como forma jurídica de sus compromisos políticos) para la protección del ser humano. En este contexto, cuando el art. 1º, inc. III, de la CR, coloca la protección de la dignidad de la persona humana como fundamento del orden jurídico, está diciendo que el ser humano es el destinatario de las políticas estatales (inclusive la política dirigida al combate a la corrupción), y no el instrumento mediante el cual el Estado realizará su política.

Así, como el ordenamiento jurídico debe proteger las necesidades humanas por medio de sus leyes, debemos entender que los derechos fundamentales (necesidades humanas tuteladas por el orden jurídico) deberán ser tutelados por todo modelo de norma jurídica, reglas y principios

Si esto es correcto, cuando pensamos la pena criminal, como institución política y jurídica, y la finalidad a ella atribuida por el ordenamiento jurídico, es posible concluir que la pena privativa de libertad, como el propio nombre lo dice, es un instrumento político estatal que limita el ejercicio del derecho fundamental a la libertad, asegurado en el art. 5º, *caput*, de la Constitución de la República.

Y hasta acá no hay ningún problema. El Estado, por medio de la política, puede y debe, en algunos casos, limitar derechos fundamentales. Sin embargo, en un Estado Democrático de Derecho, en el cual, por su propia finalidad, la política estatal está limitada por el orden jurídico, los derechos fundamentales de los ciudadanos apenas pueden ser limitados si la limitación no fuese dirigida a la protección de otro derecho fundamental.

Es por esto que, en un Estado Democrático de Derecho, la pena privativa de libertad, como manifestación de instrumento político limitador del derecho fundamental a la libertad, solamente puede tener como objetivo la protección de otro derecho fundamental, es decir, la pena criminal solamente puede orientarse preventivamente, y nunca como la retribución al mal causado por la práctica de lo injusto.

Es solamente en este contexto que las reflexiones sobre las funciones de la pena pueden ser realizadas en los estados constitucionales contemporáneos. Sin embargo, la tradicional afirmación de la teoría penal brasileña de que el ordenamiento jurídico nacional acogió la teoría mixta de la pena está totalmente equivocada. Lo dispuesto en el art. 59 del Código Penal brasileño debe ser interpretado desde el punto de vista de la tutela de derechos fundamentales. De esta forma, el texto contenido en el art. 59 del Código Penal, que afirma que la pena debe ser la necesaria y suficiente para la *represión y prevención* del crimen, debe ser sometido a una interpretación constitucional orientada por el vector de una tutela de derechos fundamentales.

Así, debe entenderse que la pena criminal debe cumplir función únicamente preventiva. Sin embargo, como la aplicación y ejecución de una pena de carácter meramente preventivo, en caso de ser superior al nivel de culpabilidad por el hecho, puede llevar a una *instrumentalización del ser humano para el atendimiento de los fines políticos estatales, lo que consistiría en una violación al art. 1º, inc. III, de la CR*, la función preventiva de la pena tiene que ser limitada por la idea de *retribución de la culpabilidad por el hecho cometido*. Es en este contexto que se debe comprender la relación *culpabilidad/fines preventivos de la pena*.

Con esta comprensión del llamado *principio de culpabilidad*, la culpabilidad deja de ser el *fundamento* de la pena (pues, por los argumentos referidos previamente, la pena tiene preventivo) para constituir su límite infranqueable. No es en vano que Roxin (1981) substituyó la noción de *culpabilidad* por la de *responsabilidad*. La culpabilidad, fundamentada en la dirección normativa, es apenas un requisito para la responsabilidad penal del autor de hecho punible. Esta responsabilidad solamente podrá ser afirmada si la pena pudiese cumplir su función preventiva.

Esto quiere decir que, cuando el artículo 59 del Código Penal afirma que la pena debe ser *necesaria y suficiente para la reprobación y prevención del crimen*, la expresión reprobación debe ser interpretada como límite a la función preventiva de la pena, y no como una de las funciones de la pena (retribución), como acostumbra, equivocadamente, a afirmar la doctrina brasileña.

Además de esto, la culpabilidad no puede confundirse con reprobación moral,¹ y *tampoco puede ser medida por la función que el autor del hecho punible ocupa en la sociedad*, sino apenas por el análisis del binomio *gravedad de hecho/capacidad concreta de auto-determinación del autor de hecho punible*. Esta separación necesaria entre *juicio moral* y *juicio jurídico* determina que la verificación de la culpabilidad del agente tenga como referencia el *desvalor de acción* y el *desvalor de resultado* de acción frente al derecho fundamental (o bien jurídico) a ser tutelado por el orden jurídico. En otras palabras, en un Estado Constitucional, la culpabilidad es *culpabilidad de hecho*, y no *culpabilidad de autor*. Solamente con este razonamiento se hace adecuadamente la debida distinción entre *juicio jurídico* y *juicio moral*.

Aunque no se verifique expresamente en el texto constitucional brasileño, desde una concepción materialmente constitucional, es posible reconocer una función constitucional para la pena en nuestro ordenamiento jurídico. Como el art. 5º, § 2º, de la CR, reconoce los tratados y convenciones sobre derechos humanos como parte integrante del ordenamiento jurídico patrio como norma jurídica de jerarquía de enmienda constitucional, y que el art. 5º, 6, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Brasil, prevé que “las penas privativas de la libertad deben tener por finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”, es posible afirmar con firmeza que el ordenamiento jurídico brasileño define como función de la pena la finalidad de prevención especial positiva. Además, se debe analizar el referido dispositivo

1 En este sentido, ver Cirino dos Santos (2017: 524).

en cotejo con el art. 1º, inc. III, de la CR, de forma de reconocer que el Estado solo puede ejecutar su proyecto resocializador sobre el condenado si él concuerda en someterse al referido proyecto. De lo contrario habrá instrumentalización del ser humano para que sean alcanzados los fines políticos del Estado, con evidente violación al principio de la dignidad de la persona humana.

De lo expuesto, puede concluirse que la dosimetría de la pena debe pasar por dos fases necesarias. La primera debe consistir en la determinación del límite máximo de la pena a ser fijada, que debe ser orientada por el nivel de culpabilidad del autor por su hecho cometido.² Así, la proporcionalidad entre pena y culpabilidad solo debe funcionar como límite infranqueable de la pena a ser aplicada, y no como fundamento de la propia pena. En la segunda fase, cabe al juzgador determinar la cantidad de pena necesaria a la prevención del crimen por medio de la resocialización del autor. Aunque la norma que define la función de la pena como la de la resocialización del autor del hecho punible deba ser reconocida como una norma programática (así como es la función de protección de bienes jurídicos), ella debe ser respetada, y otras funciones de la pena, como la de retribución y la llamada prevención general positiva, que presenta función únicamente comunicativa para la pena, deben ser rechazadas.

También es necesario dejar en claro que la pena *debe* ser fijada debajo del límite conferido por el juicio jurídico de culpabilidad del hecho cometido por el autor del hecho punible cuando no fuese posible comprobar que aquella pena a la que se llegó por este criterio sea necesaria y suficiente para la resocialización del condenado,³ o incluso, cuando quede en evidencia que la ejecución de la pena tendrá un carácter desocializante.

Ahora, en una sentencia judicial, para que sea posible constatar que la aplicación de la pena fue orientada por los vectores constitucionales presentados previamente, cabe al juzgador demostrar, con argumentos referidos a elementos empíricos, de qué forma la aplicación de la pena, en aquel caso concreto, perseguirá el fin de protección de derechos fundamentales por medio de la resocialización del autor del hecho punible.

2 En este sentido, ver Tavares (2011).

3 Roxin menciona que el Proyecto alternativo del Código Penal alemán afirmaba que “la ley, en consecuencia, no exigirá imponer en toda su extensión la pena correspondiente al grado de culpabilidad, cuando ello no fuera necesario ni para la protección de bienes jurídicos ni para la resocialización” (Roxin, 1981: 94).

Teniendo en vista que la limitación de derechos fundamentales solamente puede ocurrir si fuera justificada por la protección de otros derechos fundamentales, tal justificación debe estar sometida a elementos de la realidad pasibles de verificación y, en consecuencia, de refutación.

La sentencia proferida por el juez federal Sérgio Moro presenta serios defectos. Primero, al fijar el nivel máximo de la pena, en el análisis de la culpabilidad, utilizó como fundamento un elemento extraño al hecho. Véase: al reconocer que las circunstancias del hecho deben ser valoradas negativamente, afirmó que “el crimen fue practicado en un esquema criminal más amplio en el cual el pago de sobornos se había tornado rutina” (p. 234 y ss. de la sentencia). Aquí se muestra evidente que el aumento de la pena se debe a hechos cometidos por terceros que integran el “esquema criminal más amplio”, y no solamente por el tipo de hecho injusto realizado por el autor.

Segundo, para establecer la pena definitiva debería demostrar las razones preventivas que determinarán la fijación de la pena privativa de libertad en 9 (nueve) años y 6 (seis) meses de reclusión, en régimen cerrado. En ningún momento, en la sentencia, el magistrado demostró las razones de prevención que hicieron que la pena fijada fuese la misma determinada por el límite máximo de culpabilidad del autor por el hecho cometido.

Y, obviamente, la omisión en relación con los fundamentos por los cuáles la pena fue fijada en esta cantidad inviabiliza el derecho de defensa, por la imposibilidad de recurrir a una decisión que no presenta sus motivos.

Tercero, incurre en *bis in ídem* al analizar y valorar negativamente, por separado, la culpabilidad y las consecuencias del crimen. Si las consecuencias del crimen integran su gravedad, no pueden ser analizadas en momento separado, y consideradas aisladamente para determinar la cantidad de la pena.

Cuarto, al valorar la culpabilidad, el magistrado se refirió a la posición social que ocupaba el autor del hecho (la cualidad de Presidente de la República) sin demostrar de qué forma esto afecta o desvaloriza la acción del tipo injusta.⁴

En síntesis, en lo que se refiere a la dosimetría de la pena, el contenido de la decisión no se atiende a los dictámenes constitucionales.

4 La culpabilidad es elevada. El condenado recibió ventaja indebida en relación al cargo de Presidente de la República, o sea, de mandatario mayor. “La responsabilidad de un Presidente de la República es enorme y, por consiguiente, también su culpabilidad cuando comete crímenes” (p. 234 de la sentencia).

BIBLIOGRAFÍA

- Cirino dos Santos, J. 2017 *Direito Penal. Parte Geral* (Florianópolis: Empório do Direito): 7ª edición.
- Roxin, C. 1981 “Culpabilidad y responsabilidad como categorías sistemáticas jurídico penales” en *Culpabilidad y prevención en derecho penal* (Madrid: Reus).
- Tavares, J. 2011 “Culpabilidade e individualização da pena” en Batista, N. y Nascimento, A. *Cem anos de repressão. Uma contribuição disciplinar para a crise da culpabilidade* (Rio de Janeiro: Revan).

Felipe da Silva Freitas*

EL “CASO LULA” Y LAS TENDENCIAS AUTORITARIAS DE LA JUSTICIA BRASILEÑA

DERECHO, POLÍTICA
Y ABOGACÍA CRIMINAL

ES ANTIGUA LA DENUNCIA por parte de activistas y militantes políticos en cuanto al carácter insalubre del punitivismo policíaco que, en Brasil, se ha ocupado de apresar arbitrariamente a miles de personas.¹ Este fenómeno, ya largamente denunciado por innumerables organizaciones sociales comprometidas con la lucha contra la violencia y la discriminación, ha sido el principal responsable del encarcelamiento en masa, de las sucesivas violaciones de derechos fundamentales en el ámbito del proceso penal y del sistemático descarte de las previsiones constitucionales relativas al derecho de defensa (Binder *et al.*, 2016; Justiça Global, 2016). El derecho penal ha

* Doctorando y máster en Derecho por la Universidad de Brasilia (UnB) y miembro del Grupo de Investigación en Criminología de la Universidad Estatal de Freira de Santana (GPCRIM-UEFS).

1 Según el Informe de 2014 del Departamento Penitenciario Nacional, la población carcelaria brasileña es de 601.731 personas, y de 1990 hasta 2014, hubo un crecimiento total de 575%. De estas personas, el 41% son presos sin condena, la mayoría son jóvenes entre 18 y 29 años (56%), con hasta educación primaria completa (53%) y declara ser negra (67%). Además de esto, la mayoría de estas personas en privación de libertad responde por crímenes de tráfico de estupefacientes (27%), robo (21%), homicidio (14%) y hurto (11%) (Ministerio de Justicia de Brasil, 2014).

sido el campo de legitimación de absurdos cometidos en nombre de la ley y el orden.

Estas violaciones, que la mayoría de las veces ocurrieron contra grupos sociales históricamente excluidos, alcanzaron –aunque en episodios puntuales– a otros sectores de la sociedad. El discurso del combate a la corrupción ha sido capaz de mostrarnos, desde otro enfoque, los riesgos de desvalorizar la libertad y la gravedad de un sistema de justicia criminal comprometido con la arbitrariedad y no con la garantía efectiva y la protección de los derechos. La Libertad se transformó en mercadería barata en la ecuación de experiencias políticas autoritarias.

Los embates políticos recientes –en especial la deposición de la Presidenta Dilma Rousseff por medio de un golpe parlamentario-mediático-judicial–²expusieron cómo funciona esta capacidad corrosiva de la tradición autoritaria brasileña, en especial en el ámbito del derecho penal. La democracia fue –nuevamente– puesta en jaque y parece que de modo intenso y duradero. La virulencia con que actúan la Policía Federal, el Ministerio Público y el Poder Judicial en el ámbito de la célebre operación *Lava Jato* muestra que el itinerario es largo y el repertorio de ilegalidades bastante extenso. El desafío contemporáneo es pensar cómo se comportará Brasil frente a esta sucesión de ataques a las conquistas democráticas y cómo la sociedad civil se comportará frente a estas formas de pérdidas de derechos y de garantías fundamentales.

El rol de las violaciones cometidas en el ámbito de la Operación *Lava Jato* es inmenso y Lula, infelizmente, es apenas uno de los muchos perseguidos por el juez Sérgio Moro y por el Ministerio Público Federal. Desde el secuestro del expresidente en una supuesta operación de conducción coercitiva (Freitas, 2016) hasta el muy reciente bloqueo de bienes para la ejecución de una sentencia manifiestamente abusiva (*Justificando*, 2017) son muchas las formas por las cuales el Poder Judicial –representado por el juez de la 13^a Sala Federal de Curitiba– se ha alineado con el vilipendio de los derechos constitucionales, en especial con ataques al derecho de defensa, al derecho a un juzgamiento proferido con base en las pruebas y no en las meras opiniones y preferencias del juzgador (imparcialidad del juez), el derecho a la igualdad de condiciones para el ejercicio de la acusación de la defensa (paridad de armas), el derecho de conocer integralmente el tenor del documento acusatorio, de poder utilizar todos los medios legalmente admitidos para el ejercicio de la propia defensa, así como la posibilidad de

2 Sobre el *impeachment* a la Presidenta Dilma Rousseff ver: Proner *et al.* (2016).

larga manifestación sobre todo lo que fuese producido por la parte contraria (o contradictorio). Los principios del proceso penal están puestos flagrantemente en jaque.

En sociedades democráticas, los jueces son servidores públicos con evidentes garantías y funciones relevantes vinculadas a la defensa del interés público, preservación de los derechos y garantías individuales y defensa del orden democrático. En sociedades de tradición republicana los jueces deben ser actores discretos en la forma, pero activos en la acción, comprometidos con la preservación de los derechos del ciudadano e independientes para juzgar, inclusive en detrimento de razonamientos mayoritarios.

Los buenos jueces no son los repetidores de discursos hegemónicos, sino, la mayoría de las veces, los buenos jueces son garantes de los derechos (y discursos) contrahegemónicos, minoritarios, marginales. En este sentido, son valiosos los aportes de Marcelo Semmer (2016) al resaltar que los jueces no pueden ignorar garantías fundamentales ni alejarse de normas por motivos políticos en función del aplauso o de la eficiencia. Es “obligación del juez devolver a la sociedad, en cambio de la remuneración y de la respetabilidad que le confiere el cargo, un juzgamiento con independencia” incluso aunque tal proceso pueda ser costoso, doloroso o incómodo. Todavía según Semmer (2016) la independencia para el juez “no es un derecho, una prerrogativa o un privilegio. Es simplemente una obligación”.

En esta perspectiva, ¡Sérgio Moro es el antijuez! Parcial, mediático, espectacularizado, glamoroso y seguidor de relatos fáciles de las mayorías de ocasión, el juez Sérgio Moro no solo se alimenta de los relatos producidos por los oligopolios mediáticos, sino que también los construye por medio de trucos mediáticos cuidadosamente articulados, inclusive por medio de *posteos* en páginas de redes sociales fomentando manifestaciones políticas que interfieren en los rumbos y en el furor punitivo de la operación *Lava Jato*.³

En el caso de la sentencia de condena proferida contra el ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva la parcialidad y el desapego respecto de las prerrogativas del proceso penal quedan evidentes. Por medio de reiteradas violaciones al principio de la imparcialidad el juez Moro es virulento al dirigirse a los defensores de Lula en las audiencias, en los autos y en la sentencia, puesto que le soltó la

3 “Sérgio Moro graba un video para agradecer los apoyos en la página que su esposa creó para homenajearlo en Facebook. El tono político de sus dichos fue criticado por muchos internautas. El jefe del *Lava Jato* llegó a decir que sus acciones tienen el apoyo de la totalidad de la población brasileña” (*Pragmatismo político*, 2017).

mano al mandamiento constitucional dirigido a los jueces y optó por un tipo muy peculiar de aparición mediática dirigida a las grandes plateas:

Gran parte de la sociedad cultiva una cultura autoritaria. Está el deseo, peligroso, de encontrar la gran figura carismática que representa a la sociedad, que sea nuestro Don Sebastián. Hoy, quien asumió este papel es Sérgio Moro. Pero es peligroso para la democracia ufanar, idolatrar a un juez. Y un juez que, muy claramente, ya hace algún tiempo, se ha alejado de pautas esenciales al ejercicio de la jurisdicción en un Estado Democrático de Derecho. Una de ellas es el respeto absoluto a la norma de imparcialidad objetiva. No basta que el juez internamente se considere imparcial, él también tiene que aparentar ser imparcial. Para poder establecer esta alianza, esta relación directa con la población, Sérgio Moro abandona esta pauta y adopta la de la población, de ser el justiciero, la persona que va a rescatar la moralidad pública. Y esto genera un segundo problema: al asumir este papel, pasa a ser incapaz de asumir el otro, que es el de garantizar los derechos de quien está siendo procesado. Él no tiene cómo hacer las dos cosas al mismo tiempo (Prado, 2017).

Las grabaciones de las audiencias divulgadas ampliamente en las redes sociales no dejaron duda en cuanto a la disconformidad generada por las preguntas de los abogados de Lula. No fue el Ministerio Público (titular de la acción penal) que se revelaría como el más incómodo con las preguntas y controversias presentadas por la Defensa. Fue el propio juez, que en el proceso penal debería ser el equidistante entre las partes, que se incumbió de contradecir a la defensa, limitar y desconsiderar preguntas y, por lo tanto, cercenar el regular y legítimo ejercicio del derecho de defensa en el caso concreto.

En vez de garantizar la paridad de armas y asegurar el ejercicio de contradicción, Sérgio Moro optó por aprobar la estrategia de la defensa⁴ y pasó a reprender a los abogados siempre que la manifestación era afirmativa y cobraba la postura del juzgador. Para Moro era inadmisibles que los abogados fuesen duros o no tuvieran elegancia en el curso del proceso, los reclamos del juez para que hubiese buenos modos en las audiencias fueron reiterados muchas veces.

Ahora bien, en una democracia la defensa puede (y debe cuando resulta necesario) ser desaliñada, dura, firme y segura, lo que

4 Resáltese que Moro inclusive conocía previamente las estrategias y alegatos de la defensa pues grabó –de modo ilegal– la conversación entre los abogados y sus clientes. Ver De Vasconcellos y Rodas (2016).

la defensa no puede ser es desleal ni antiética. La democracia no es un juego artificial de pulcritud y buenos modos, sino una arena viva en la que grupos, ideas y posiciones diversas entran en conflicto en la lucha por la construcción del derecho, de la justicia y de la libertad.

Es lógico que los abogados de Lula no dejaron de ser corteses y pulcros, pero fueron firmes, y esto constituye, en la práctica, el poder/deber del abogado criminal. Para Moro el ejercicio pleno del derecho de defensa no pasa de “comportamiento procesal inadecuado”, “tácticas bastante cuestionables” o “tentativa de intimidación al juzgador”. Veamos cómo se manifiesta sobre los abogados en el propio texto de la sentencia:

145. En este contexto de *comportamiento procesal inadecuado* por parte de la Defensa de Luiz Inácio Lula da Silva, es bastante peculiar la solicitud de ella de que este juzgador habría obrado con animosidad contra los defensores en cuestión.

958. Como defensa en la presente acción penal, ha adoptado, orientado por sus abogados, *tácticas bastante cuestionables*, como de *intimidación al juez*, con la proposición de denuncia penal impropcedente, y de intimidación de otros agentes de la ley, Procurador de la República y Delegado, con la proposición de acciones de indemnización por crímenes contra la honra⁵ (énfasis nuestro).

Para el juez el hecho de que los abogados fueran a los Tribunales a requerir lo que les parecía justo es una tentativa de intimidación y no de ejercicio regular del propio derecho. Para Moro, el pedido de informaciones de la defensa respecto al procesamiento de delaciones premiadas por parte de los demás acusados es una táctica equivocada y no un intento legítimo de garantía de la paridad de armas en el proceso penal. Para el célebre juzgador el hecho de que los abogados de Lula no se acobardasen frente a la truculencia del Magistrado es frustración de quien supuestamente quería ser juez y no el razonamiento de que abogados, acusadores, jueces son igualmente esenciales a la administración de justicia sin jerarquías o subalternidades entre sí.

Moro construye una sentencia teratológica. A falta de pruebas argumenta, realiza conclusiones, condena las prácticas de los abogados, pero no se manifiesta sobre los hechos, no presenta pruebas, no expli-

5 Sentencia de la 13ª Sala Federal Criminal de Curitiba, labrada por el Juez Federal Sergio Fernando Moro el 12 de julio de 2017 que condenó al expresidente de la República, Luiz Inácio Lula da Silva, como culpable en los crímenes de corrupción pasiva; lavado de dinero, fijando la pena de nueve años y seis meses de reclusión.

ca prácticas delictivas como: intervenir llamadas entre abogados y sus clientes, desconsiderar relatos de testimonios y constreñir a los defensores en la mesa de audiencia interfiriendo preguntas y contradichos que caracterizan –por obvio– el sagrado ejercicio de contradicción y la amplia defensa.

Los hechos relativos a la condena ilegal del expresidente Lula precisan alertarnos sobre el punitivismo que gana fuerza, a derecha e izquierda, en nuestra sociedad; sobre el desprecio con el que venimos asistiendo a una escalada autoritaria y sobre una trayectoria irreversible de atentados a los derechos y garantías fundamentales. Los episodios que asistimos en esta ocasión no revelan novedades, sino que evidencian problemas antiguos que persisten sin que sean tomadas las providencias esperables.

El punitivismo barato no tendrá capacidad de resolver ninguno de estos problemas, mucho menos la perversa e inaceptable corrupción o la concesión de superpoderes a la Policía, a la Justicia o al Ministerio Público. O denunciemos todas las formas de abuso de poder o perderemos otra chance histórica de comenzar a cambiar y debatir, de hecho, el papel de las instituciones en el control de las varias formas de criminalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Binder, A. *et al.* 2016 “Defesa criminal efetiva na América Latina” (San Pablo: IDDD).
- Da Silva Freitas, F. 2016 “Nem lula nem ninguém...” en *Justificando*, 07 de marzo. En <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/03/07/nem-lula-e-nem-ninguem>>.
- De Vasconcellos, M. y Rodas, S. 2016 “Todos os 25 advogados do escritorio que defendem Lula foram grampeados” en *Consultor Jurídico*, 17 de marzo. En <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-17/2-advogados-escritorio-defende-lula-foram-grampeados>>.
- Justiça Global* 2016 *Quando a liberdade é exceção: a situação das pessoas presas em condenação no Ríó de Janeiro* (Río de Janeiro: JG).
- Justificando* 2017 “Lula tem bloqueados por orden de Sérgio Moro” en *Justificando*, 19 de julio. En <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/19/lula-tem-bens-bloqueados-por-ordem-de-sergio-moro>>.
- Ministerio de Justicia de Brasil 2014 “Levantamento nacional de informações penitenciárias (Infopen)” (Brasilia: DEPEN), junio.
- Prado, G. “Quem deveria controlar a atividade do MP não é o Judiciário, mas a sociedade”. Entrevista concedida a Sergio

Rodas el 2 de julio de 2017. Conjur. Disponible en: <<http://www.conjur.com.br/2017.jul-02/entrevista-geraldo-prado-desembargador-aposentado-professor>>.

Pragmatismo Político 2017 “Sérgio Moro faz política nas redes sociais e descobre que não é unanimidade” en <<https://www.pragmatismopolitico.com.br/2017/03/sergio-moro-faz-politica-nas-redes-sociais-e-recebe-criticas.html>>.

Proner, C. *et al.* (orgs.) 2016 *A resistência ao golpe de 2016* (Bauru: Canal 6) 1ª edición.

Semmer, M. 2016 “Judiciário na era do protagonismo submisso” en *Justificando*, 10 de diciembre. En <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/12/10/judiciario-na-era-do-protagonismo-submisso/>>.

Fernando Hideo I. Lacerda*

LA CACERÍA DE LULA POR EL PROCESO PENAL DE EXCEPCIÓN EN LA ERA DE LA POSVERDAD

MÁS CONVICCIONES, MENOS HECHOS. Marca de nuestros tiempos, la “posverdad” –elegida palabra del año 2016 por el *Diccionario de Oxford*¹ traduce las circunstancias en que los hechos objetivos tienen menos relevancia que las apelaciones a emociones y creencias personales.

Es solamente en el contexto de este imperio de la posverdad que la sentencia que condenó al expresidente Luis Inácio Lula da Silva puede comprenderse como el vértice de la nueva curva autoritaria del proceso penal de excepción propio de los años dos mil diez.

Partimos de tres premisas.

Como *premisa inicial*, tenemos que el derecho penal es un instrumento tirano de control, manipulado por una Policía Militar que actúa

* Abogado criminalista y profesor de Derecho Procesal Penal de la Escuela Paulista de Derecho. Máster y doctorando en Derecho Procesal Penal por la Pontificia Universidad Católica de San Pablo.

1 “After much discussion, debate, and research, the Oxford Dictionaries Word of The Year 2016 is post-truth—an adjective defined as ‘relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief’” en <<https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016>>.

como fuerza de ocupación territorial, por Policías Judiciales y Ministerios Públicos que investigan y procesan selectivamente y por un Poder Judicial que ignora las leyes y la Constitución Federal para juzgar de acuerdo con sus propias convicciones amparadas en la opinión publicada por los grandes medios de comunicación.

En este sentido, basta mirar por el retrovisor para percibir que la atribución de la condición de ser humano a los esclavos ocurrió para que les pudiese ser imputada la práctica de crímenes. Las “cosas” no cometen crímenes, luego fue preciso trascender la condición de “cosa poseída por un señor” para permitir la aplicación de sanciones criminales. Así es que “el primer acto humano del esclavo es el crimen, desde el atentado contra su señor a la fuga de cautiverio” (Gorender, 1980: 62-63). Pura y simple dominación, desde el inicio.

La *segunda premisa* es que el sistema de justicia criminal se orienta por el interés de las elites. Nunca superaremos la cultura de la esclavitud. Si antes identificábamos casa grande, *senzala* y capitanes *do mato* como elementos sociales bien definidos, hoy debemos comprender la estructura camuflada en la que conviven veladamente el Estado de Derecho, el Estado de excepción permanente y la Policía Militar.

La casa grande como reducto del señorío dio origen a la forma jurídica de un Estado pretendidamente democrático de Derecho destinado a la población incluida, donde derechos y garantías fundamentales son asegurados de acuerdo con la conveniencia de un pensamiento dominado por la elite económica.

En situación diametralmente opuesta, la *senzala* evolucionó hacia un Estado de excepción permanente destinado a los excluidos, donde rige la lógica del combate selectivo a la población pobre y marginalizada por medio de la imposición del miedo y del terror a partir de la aplicación severa de las normas incriminadoras y la negación al derecho de defensa.

No es difícil percibir que la misión otrora atribuida a los capataces del campo, agentes de la represión y castigo a los esclavos, fue confiada al sistema de justicia criminal, notoriamente a la Policía Militar –institución incompatible con un régimen democrático– que actúa, por un lado, como fuerza de protección de los intereses (¿bienes jurídicos?) de la clase dominante y, por otra parte, como fuerza de ocupación territorial y represión a la población libre.

Esta es la lógica del Estado de excepción contemporáneo: combatir el enemigo con apariencia de legalidad constitucional. Así, el sistema de justicia criminal desempeña la función de agente de excepción, con el propósito de atribuirle legitimidad a la práctica de medidas esencialmente autoritarias con barniz de legalidad.

La *premisa final* para vislumbrar este fenómeno es comprender que la cacería no alcanza a Lula solamente como individuo, sino a su representación simbólica como proyecto de una sociedad más justa y menos desigual. Naturalmente, una sociedad orientada por la lógica de la esclavitud no asimilaría una reducción de los privilegios sin demostrar resistencia. Para esto, el mecanismo utilizado es lo que denomino proceso penal de excepción.

En nuestro país, al contrario del Derecho Penal del Enemigo siguiendo a Günter Jakobs (2007), no tenemos dos derechos penales legislados y regulados abstractamente de forma distinta para ciudadanos y enemigos (tal como el combate al enemigo terrorista estadounidense y su *Patriot Act*).

En nuestro ordenamiento jurídico rige oficialmente el mismo derecho penal, las mismas normas del sistema criminal, aunque aplicadas e interpretadas oficialmente de modo diferente a través de lo que denunciamos como proceso penal de excepción.

Si el enemigo de siglos atrás era dominado en la coyuntura de una relación explícitamente esclavista, en los días de hoy es el sistema de justicia criminal quien desempeña veladamente la misma función. Según un informe realizado por el IDDD, más del 90% de los presos entrevistados responden por crímenes contra el patrimonio (hurto, robo y recibimiento) o tráfico de drogas: se trata de la pura y simple criminalización de la pobreza que marcó a toda nuestra República.

Ocurre que, paralelamente al concepto tradicional de enemigo (o pobre: rotulado como ladrón, traficante, bandido), la década de los dos mil diez asistió al surgimiento de una nueva curva autoritaria mediante la ampliación de la arbitrariedad del sistema de justicia criminal hacia la parcela de la clase política que ocupó el gobierno nacional hasta ser derrumbado por el golpe de 2016.

Durante su sabatina en el Senado Federal, el actual Ministro del Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso identificó el juzgamiento de la AP 470 como un punto fuera de la curva: “Considero que el *Mensalão* fue, por muchas razones, un punto fuera de la curva, pero no correspondió a un endurecimiento general del Supremo en el caso específico”.

No era simplemente un punto, sino el inicio de una nueva curva. Un nuevo arco histórico autoritario: el juzgamiento del *Mensalão* fue el primer paso de este actual modelo de proceso penal de excepción, según el cual el sistema de justicia criminal pasa a ser manipulado de acuerdo a conveniencias políticas, selectivamente direccionadas por el poder económico y por el sistema mediático.

La semilla plantada por el STF germinó en la llamada operación *Lava Jato*, en que el proceso penal deja de ser la averiguación de un

hecho concreto para materializarse en persecución dirigida a ejes políticamente seleccionados, que se inician por medio de legaciones premiadas ilegales; se desarrollan mediante condiciones coercitivas y amenazas de prisión arbitrarias con el objetivo de inviabilizar la defensa; son juzgados conforme a la presión de los sistemas económico y mediático; y se imponen condenas anticipadas que trascienden el ámbito jurídico mediante prisiones cautelares ilegales y filtraciones selectivas que contribuyen al espectáculo de abominación pública antes de un juzgamiento oficial.

Se elige un enemigo oficial llamado “corrupto”, para ser perseguido incesantemente de manera judicial, policial y mediática. Tratándose de un rótulo abstracto capaz de disimular la persecución concreta y selectiva de los adversarios políticos, el “combate a la corrupción” atiende los intereses del poder económico en nuestro país, tal como el “combate al terrorismo” en el derecho estadounidense.

En este punto es perfecta la lección de Zaffaroni (2007), para quien

[...] tanto el crimen organizado como la corrupción son funcionales para habilitar el poder punitivo y la intromisión del Estado en cualquier actividad económica incómoda al gobierno de turno o que sea útil para eliminar o difamar a los competidores, sin los límites ni las garantías constitucionales para tales intervenciones. Además, la campaña contra la corrupción parece estar más preocupada en evitar mayores costos a los inversores extranjeros en países periféricos que en los principios éticos que son enunciados o en los daños estructurales que provocan en las economías locales.

De esta forma, la condena del expresidente Lula es el ápice de la nueva curva autoritaria que pretende combatir al enemigo político (gobierno popular: llamado “corrupto”), legítimo representante del tradicional enemigo económico (pobre: llamado “ladrón, traficante, bandido”).

El proceso penal de excepción es un antiproseso. Es la forma jurídica de persecución política y económica en la era de la posverdad. Es la violación de los derechos y garantías fundamentales de una parte de la población (y de sus representantes simbólicos) con barniz hipócrita de legitimidad. Es fruto de la manipulación del sistema de justicia criminal (Policía, Ministerio Público, Poder Judicial y medios) para atender a los intereses del mercado contra sus verdaderos enemigos: el pobre, marginalizado y oprimido.

En la visión del mercado (el soberano en la contemporaneidad), el enemigo no puede tener ni siquiera perspectivas mínimas de ascenso: los aeropuertos no pueden parecer autopistas, las universidades deben ser privilegio de las clases superiores, el *shopping center* no es lugar para la muchedumbre, automóviles no para cualquiera...

Como bien observa Pedro Estevam Serrano,² la persecución contra Lula no es el atentado contra un individuo, sino que representa la guerra del mercado contra el símbolo mayor (tal vez único, en el escenario político actual) de cambio social y ascenso de los indeseados contra los privilegios de la elite.

Pero no duden: la arbitrariedad contra algunos miembros de la clase privilegiada (dirigida selectivamente contra aquellos que no representan los intereses y privilegios del mercado) solo intensificará (y ya está dando pruebas de eso...) la tradicional violencia contra la clase marginalizada, perseguida y discriminada por el poder económico.

La historia cobrará su precio de aquellos que no quieren ver que no ven aquello que no ven.

BIBLIOGRAFÍA

- Gorender, J. 1980 *O escravismo colonial* (San Pablo: Ática) 3ª edición.
Jakobs, G. y Meliá, M.C. 2007 *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas* (Porto Alegre: Livraria do Advogado).
Zaffaroni, E. R. 2007 *O inimigo no Direito Penal* (Río de Janeiro: Renavan) 2ª edición. Trad. S. Lamarao.

2 Ver <<https://www.cartacapital.com.br/politica/pedro-serrano-201co-prejuizo-nao-e-so-de-lula-mas-da-sociedade201d>>.

Flavio Croce Caetano*

LA FALTA DE RESPETO AL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA Y LA RUPTURA DEL PRINCIPIO DE LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL

NADIE DESCONOCE QUE, en cualquier relación procesal, en todos los ámbitos jurídicos posibles, como el civil, el electoral, el laboral, criminal o cualquier otro, la solución estatal a través de la jurisdicción observará necesariamente principios fundamentales, tales como la bilateralidad de la audiencia, la igualdad entre las partes y, sobre todo, la imparcialidad de quien juzga.

Así ocurre en nuestro ordenamiento jurídico constitucional procesal, como también en el de la mayoría de los sistemas jurídicos procesales del mundo y en el sistema internacional de protección a los derechos humanos, como se desprende, por ejemplo, de las normas establecidas en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos,¹ ratificado por 169 países.²

* Abogado. Profesor de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica de San Pablo. Secretario Nacional de Reforma del Poder Judicial (2012 a 2015).

1 Adoptado por la XXI Sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966; aprobado por el Congreso Nacional por medio del Decreto Legislativo N° 226, el 12 de diciembre de 1991; promulgado por el Decreto N° 592, el 6 de julio de 1992.

2 Cf. Consulta al portal de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 23 de julio de 2017. Disponible en <https://treaties.un.org/Pages/ViewDeails.aspx?scr=IND&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&clang=_en>.

Art. 14:

1. Todas las personas son iguales frente a los tribunales y las cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho de ser escuchada públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley, en la indagatoria de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o en la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil [...].

El art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (UDHR),³ anterior al Pacto, igualmente ya anticipaba que “Todos tienen derecho en completa igualdad a un proceso justo y público por un tribunal independiente e imparcial, en la determinación de sus derechos y obligaciones y de cualquier acusación penal contra sí”. En el ámbito regional, el art. 8, § 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (ACHR) de 1969 prevé, entre otras cosas, que “Toda persona tiene derecho a un proceso con las debidas garantías y con una duración razonable juzgado por un tribunal competente, independiente e imparcial, previamente establecido por la ley, en la averiguación de pruebas en causa de naturaleza penal o para determinación de sus derechos y obligaciones de naturaleza civil, laboral, fiscal u otra”.

En suma, en una relación jurídico procesal no hay y no puede haber ninguna relación de supremacía entre aquel que juzga, el que acusa y el que defiende. Todos desempeñan funciones igualmente esenciales a la Justicia, aunque con papeles absolutamente distintos y que deben ser respetados en su integridad.

No por otra razón, nuestra Constitución Federal confirió tratamiento absolutamente idéntico a tales actores sin distinguir, ni proferrir ninguna posición jerárquicamente superior al juez en relación a los demás operadores del sistema de justicia. Al disponer, en su Título IV, sobre la Organización de Poderes, nuestra Carta Magna destinó el Capítulo III al Poder Judicial y el Capítulo IV a las Funciones Esenciales de la Justicia, siendo ellas el Ministerio Público, la Abogacía Pública, la Abogacía y la Defensoría Pública.

De igual modo, la Constitución de la República también estableció que el Poder Judicial se encuentra sometido a los principios que rigen a la administración pública, mereciendo especial relevo a la necesaria sumisión de tal poder al principio de la impersonalidad. Sin dudas, la observancia del principio de la impersonalidad impuesto

3 Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

al accionar estatal se encuentra reproducido en el ámbito procesal, como principio de imparcialidad.

Siendo así, para que en determinada relación procesal se pueda analizar el respeto o no al principio de la imparcialidad (y al principio de la impersonalidad), es absolutamente crucial el previo examen de observancia tanto de los derechos vinculados al abogado (y defensor) como los deberes inherentes a la actuación del juzgador.

La Ley Federal N° 8.906, del 4 de julio de 1994, que dispone sobre el Estatuto de la Abogacía y la Orden de los Abogados de Brasil, preconiza en su art. 6° que:

Art. 6°. No hay jerarquía ni subordinación entre abogados, magistrados y miembros del Ministerio Público, debiendo todos tratarse con consideración y respeto recíprocos.

Además de esto, en su art. 2° la misma Ley 8.906 establece que:

Art. 2°. El abogado es indispensable para la administración de justicia. Parágrafo 1°. En su ministerio privado, el abogado presta servicio público y ejerce función social.

Parágrafo 2°. En el proceso judicial, el abogado contribuye, en la postulación de la decisión favorable a su constituyente, al convencimiento del juzgador, y sus actos constituyen función pública.

Parágrafo 3°. En el ejercicio de la profesión, el abogado es inviolable por sus actos y manifestaciones, en los límites de esta Ley.

En suma, en nuestro ordenamiento, el ejercicio de la abogacía constituye una función pública, esencial a la administración de justicia y fundamental para el convencimiento del juzgador. Se sigue lógicamente a esta afirmación la conclusión de que el ejercicio de la abogacía no puede ser considerado por el juzgador como verdadero obstáculo al proceso, ni tampoco como obstrucción de justicia.

En estrecha y perfecta consonancia con los dispositivos legales patrios, vale registrar lo que disponen los Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativas a la Función de los Abogados.⁴ Entre los innumerables dispositivos relevantes, se destacan los reproducidos a continuación:

18. Los abogados no se identificarán con sus clientes ni con las causas de sus clientes, en consecuencia del ejercicio de sus funciones [...].

4 Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el Tratamiento de los Delincuentes, realizado en La Habana, Cuba, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

20. Los abogados gozan de inmunidad civil y penal por todas las declaraciones pertinentes hechas de buena fe, por escrito o en alegatos orales o en el ámbito de sus intervenciones profesionales frente a un tribunal judicial u otro o una autoridad administrativa.

21. Las autoridades competentes tienen la obligación de asegurar que los abogados tengan acceso a la información, a los archivos y documentos pertinentes que estén en su poder o bajo su control, con antelación suficiente para que estos puedan prestar una asistencia jurídica eficaz a sus clientes. Este acceso les debe ser otorgado lo más rápidamente posible.

Dada la importancia de la materia, ciertamente no es al azar que, también en la esfera internacional, en el ámbito de la ONU, fuera creado un Informe Especial sobre la Independencia de Jueces y Abogados.⁵ Hoy bajo responsabilidad del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, el Informe Especial tuvo su mandato, nuevamente prorrogado por medio de la Resolución N° 26/7 del Consejo de Derechos Humanos. Innumerables especialistas se dedicaron a esta materia en el ámbito de la ONU, destacándose las siguientes afirmaciones importantes y recomendaciones:

Siempre que los agentes gubernamentales, actores políticos y económicos, jueces, abogados y acusadores no se comportan en conformidad con sus papeles específicos que ellos deben desempeñar en una sociedad democrática, los prerequisites para la independencia se tornan difíciles de alcanzar (ONU, 2016; § 39).⁶

Las amenazas a la independencia judicial pueden ser oriundas no solo del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo, sino también del crimen organizado, del empresariado, de megacorporaciones y multinacionales (ONU, 1996: 246).⁷

La corrupción judicial va mucho más allá de la corrupción económica. Puede adoptar la forma de juzgamientos parciales como resultado de una indebida politización del Poder Judicial, puede provenir de algún tipo de lealtad partidaria de los jueces (ONU, 2017).⁸

Ha habido un número cada vez mayor de solicitudes en relación a la identificación de abogados con sus clientes o con las causas de

5 Creada en 1994, por la Resolución N° 1994/41, de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.

6 Traducción libre.

7 Traducción libre.

8 Traducción libre.

sus clientes, especialmente abogados que representan a un acusado en casos políticamente sensibles. La identificación de los abogados con las causas de sus clientes puede ser y resultar en formas de intimidación y asedio, a lo que los gobiernos deben oponerse, de modo de proteger a los abogados. Se trata de una obligación estatal (ONU, 1998; § 179).⁹

Por su parte, el documento del Estudio Contra Drogas y Crimen (Unodc) de la Organización de las Naciones Unidas intitulado “Principios de Bangalore de Conducta Judicial” (ONU / Unodc, 2003) es enfático en determinar las conductas inaceptables por parte de cualquier magistrado.¹⁰ Se trata de un documento que fue anexado al informe presentado en la 59ª Sesión de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en abril de 2003. El 29 de abril de 2003, la Comisión adoptó, por unanimidad, la resolución 2003/43, que asimiló los Principios de Bangalore de Conducta Judicial.

Uno de tales principios de Bangalore es, otra vez, el Principio de Imparcialidad, así formulado en el mencionado documento:

La imparcialidad es esencial para el cumplimiento apropiado de los deberes del cargo de juez. Se aplica no solamente a la decisión, sino también al proceso de toma de decisión.

El Estudio Contra Drogas y Crimen (Unodc) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) hizo publicar el documento titulado “Comentarios a los Principios de Bangalore de Conducta Judicial”.¹¹ Según tal documento, se acuerda con la Corte Europea de Derechos Humanos en que

[...] hay dos aspectos de la exigencia de imparcialidad. Primero, el tribunal debe ser subjetivamente imparcial, *i.e.*, ningún miembro del tribunal debe detentar ningún preconcepción o parcialidad personales [...]. Segundo, el tribunal debe ser imparcial a partir de un punto de vista objetivo, *i.e.* debe ofrecer garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima a su respecto. Bajo este análisis, se debe determinar, no obstante la conducta personal del juez, hay determinados hechos que pueden levantar dudas acerca de su imparcialidad. De este modo, incluso hasta las apariencias pueden ser de cierta importancia. Lo que está en cuestión es la confianza con que las cortes, en una sociedad democrática, deben inspirar en el público, incluyendo una persona acusada. Consecuentemente, cualquier

9 Traducción libre.

10 Naciones Unidas (ONU), Estudio Contra Drogas y Crimen (Unodc). Ver también la obra Comentarios... (ONU / Unodc, 2008).

11 Ídem.

juez a cuyo respeto hubiera razón legítima para temer una falta de imparcialidad debe retirarse (ONU / Unodc, 2008; § 53).¹²

El ya citado documento prosigue, articulando una serie de subprincipios. Por ejemplo, según el principio 2.1., “Un juez debe ejecutar sus obligaciones sin favoritismo, parcialidad o preconcepto”. Y prosigue:

La parcialidad puede manifestarse verbalmente o físicamente. Epítetos, injurias, sobrenombres humillantes, estereotipos negativos, humor basado en estereotipos, tal vez relacionado al género, a la cultura o a la raza, amenaza, intimidación o actos hostiles sugiriendo una conexión entre raza, nacionalidad y crimen y referencias irrelevantes a las características personales son algunos de los ejemplos. La parcialidad o el prejuicio se pueden manifestar en el lenguaje corporal, en la apariencia o en el comportamiento dentro o fuera de la corte. El comportamiento físico puede indicar descreimiento de un testimonio, pudiendo de este modo influir impropriamente a un juez. La expresión facial puede transparentar la apariencia de parcialidad a las partes o abogados en el proceso, jurados, los medios y otros. La parcialidad o preconcepto pueden dirigirse contra la parte, el testigo o el abogado (ONU / Unodc, 2008; § 58).

El subprincipio 2.2 establece que “Un juez debe asegurarse de que su conducta, tanto en la corte como fuera de ella, mantiene e intensifica la confianza del público, de los profesionales legales y de los litigantes en la imparcialidad del Poder Judicial”. O sea, según el mencionado documento,

Un juez debe estar alerta para evitar un comportamiento que pueda percibirse como expresión de parcialidad o preconcepto. Reprimendas injustificadas a abogados, insultos y comentarios impropios sobre litigantes y testigos, declaraciones evidenciando prejuizgamientos, intemperancia y comportamiento impaciente pueden destruir la apariencia de imparcialidad y deben ser evitados (ONU / Unodc, 2008; § 62).

Un juez tiene el derecho de hacer preguntas buscando clarificar los asuntos. Pero si interfiere constante y virtualmente, asumiendo la conducción de un caso civil o el papel de persecución en un caso penal, y utiliza los resultados de su propio cuestionamiento para legar a una conclusión en el juzgamiento del caso, el juez se torna abogado, testigo y juez al mismo tiempo, y el litigante no recibe un juzgamiento justo (ONU / Unodc, 2008; § 63).

12 Se cita el caso Castillo Algar vs. Spain, Corte Europea de Derechos Humanos (1988) 30 EHRR 827.

Finalmente, el subprincipio 2.4 dispone que

[...] un juez no debe intencionalmente, cuando el procedimiento es previo o podría serlo, hacer cualquier comentario que pueda ser considerado razonablemente como capaz de afectar el resultado de tal procedimiento o damnificar la justicia manifiesta del proceso. Ni debe el juez hacer comentarios en público, o de otra manera, que puedan afectar el juzgamiento justo de cualquier persona o asunto.

Volviendo a examinar el ordenamiento brasileño, se destaca la distante Ley Orgánica de la Magistratura Nacional, la Ley Complementaria N° 35 del 14 de marzo de 1979, que establece en su art. 35, inc. IV, como uno de los deberes del magistrado, el de

IV- Tratar con civilidad a las partes, a los miembros del Ministerio Público, los abogados, los testigos, los funcionarios y auxiliares de la Justicia, y atender a los que lo procurasen, en cualquier momento, tanto se trate de la ayuda que reclame y posibilite la solución de urgencia.

De forma más detallada y consistente con la Constitución Federal, el Código de Ética de la Magistratura Nacional, aprobado por el Consejo Nacional de Justicia el 6 de agosto de 2008, determina la necesaria observancia al principio de la imparcialidad por el juez, al prever en sus artículos 8° y 9° que,

Art 8°. El magistrado imparcial es aquel que busca en la prueba de los autos la verdad de los hechos, con objetividad y fundamento, manteniendo a lo largo de todo el proceso una distancia equivalente de las partes, y evita todo tipo de comportamiento que pueda reflejar favoritismo, predisposición o preconcepción.

Art. 9° Al magistrado, en el desempeño de su actividad, le cumple dispensar a las partes igualdad de trato, vedado cualquier especie de injustificada discriminación.

Por lo tanto, sea en el ordenamiento nacional, sea con fundamento en normas internacionales, es indiscutible que el ejercicio de la abogacía debe dar siempre en la mayor amplitud posible, como función esencial a la justicia, al tiempo que cabrá al juzgador conducirse como agente estatal para, obrando con licencia, imparcialidad e impersonalidad, señalar el derecho en caso de litigio, sin adoptar preferencias personales, ideológicas o partidarias, y en absoluto respeto y cordialidad al ejercicio de la abogacía, como función pública. En caso de que así no se conduzca, el magistrado pactará su actuación en comportamiento arbitrario y contaminado de ilegalidades, rompiendo, de

forma irrevocable, con el principio de la imparcialidad y mancillando de inviabilidad la actuación jurisdiccional.

En la sentencia en debate, en que el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva fue condenado a la pena privativa de libertad de nueve años y medio de reclusión, por la supuesta práctica de crímenes de corrupción pasiva y lavado de dinero, además de la falta absoluta de pruebas para tal condena, a nuestro juicio, quedó demostrada la ruptura cabal y jurídicamente reprochable con el principio de la imparcialidad en el juicio.

Introducimos el análisis de algunos pasajes de la sentencia que, en la línea de lo que se viene argumentando, reproducen las ofensas odiosas al ejercicio legítimo de la abogacía y revelan la inequívoca ruptura con el principio de la imparcialidad del juicio.

I) ADJETIVACIÓN IRRESPECTUOSA SOBRE EL EJERCICIO DE LOS ABOGADOS DEFENSORES DE LULA

En su parágrafo 57, la sentencia dispone que:

57. Los cuestionamientos sobre la imparcialidad de este juzgador constituyen mera “cortina de humo” y, aunque sean comprensibles como estrategia de la Defensa, no dejan de ser lamentables ya que no encuentran ninguna base fáctica ni tampoco tienen base en argumentos mínimamente consistentes, como ya ha decidido, como se vio, el Egregio Tribunal Regional Federal de la 4ª Región.

Se constata que el magistrado obró con falta profunda de respeto al ejercicio de la abogacía al adjetivar como “lamentables” sus cuestionamientos. Violó, así, también el deber de civilidad, al exponer sus sentimientos personales demeritorios en relación al ejercicio de la defensa, en detrimento de un análisis técnico jurídico sin adjetivaciones.

II) CRÍTICA NEGATIVA CON RELACIÓN AL EJERCICIO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PETICIÓN POR LA DEFENSA DE LULA Y POSICIONAMIENTO ASUMIDO DE CONTRARIEDAD.

Y prosigue la sentencia, en sus párrafos 58 y 59:

58. En la línea de la estrategia de Defensa de Luiz Inácio Lula da Silva de descalificación de este juzgador, por temer aparentemente un resultado procesal desfavorable, fueron tomadas medidas cuestionables por ella por fuera de esta acción penal.

59. Así, por ejemplo, el expresidente Luis Inácio Lula da Silva, asistido por los mismos abogados, promovió la denuncia penal por abuso de autoridad y también por ruptura de confidencialidad respecto de la

intercepción telefónica contra el juzgador frente al Egregio Tribunal Regional Federal de la 4ª Región.

No cabe al magistrado adjetivar como “medidas cuestionables” las acciones propuestas por la Defensa de Lula en legítimo ejercicio del derecho de petición, constitucionalmente consagrado por la Constitución de la República. Incluso porque la decisión judicial sobre tales medidas no era de su competencia, sino de otro órgano judicial, siéndole vedado por la Ley Orgánica de la Magistratura Nacional emitir cualquier opinión al respecto.

Además de esto, no cabe al magistrado colocarse en posición de auténtico adversario procesal para hacer averiguaciones sobre las razones que llevaron a la defensa de Lula a adoptar medidas judiciales, o sea la frase “aparentemente temer un resultado procesal desfavorable”, denota el comportamiento de ex adversario, jamás de un juez imparcial y exento de sentimientos en relación a las partes.

III) CRÍTICA NEGATIVA AL EJERCICIO DE LOS ABOGADOS DEFENSORES DE PAULO OKAMOTO

En sus parágrafos 150 y 151, la sentencia dispone lo siguiente:

150. Cabe decir la responsabilidad de los acusados solamente con base en la Ley y en las pruebas, siendo irrelevante el comportamiento procesal de sus defensores.

151. Ilustrativamente, el juicio es absolutorio en relación a Paulo Tarciso Okamoto y esto a pesar del comportamiento inadecuado del defensor.

Una vez más, no cabe al magistrado manifestar opinión sobre el comportamiento de los abogados. Le cabe aplicar el derecho al caso concreto. Mera manifestación de que acuñando adjetivaciones demeritorias del ejercicio de la abogacía viola el deber de imparcialidad del juicio.

IV) MANIFESTACIÓN DE SENTIMIENTOS PERSONALES DEL MAGISTRADO AL PRONUNCIAR SENTENCIA CONDENATORIA CONTRA LULA

Prosigue la sentencia, en el parágrafo 961:

961. Finalmente, regístrese que la presente condena no le trae a este juzgador ninguna satisfacción personal, por el contrario. Es del todo lamentable que un expresidente de la República sea condenado criminalmente, pero la causa de esto son los crímenes por él cometidos y la culpa no es de regular aplicación de la Ley [...].

Nuevamente, no es dado a ningún juzgador manifestar si tiene o no “satisfacción personal” en condenar a un acusado, ni que considere “lamentable” la condena. El juez juzga, no expresa sentimientos que denoten sus preferencias, ni sus diferencias incuestionables con el comportamiento judicial como adverso al principio de imparcialidad.

Expuestos apenas algunos pequeños fragmentos de la larga sentencia condenatoria, se constata que el magistrado se condujo con sentimientos de desprecio y falta de respeto extremos al ejercicio de la abogacía, tanto de la defensa de Lula como de Paulo Okamoto, utilizando adjetivaciones demeritorias como “lamentables” o “inadecuado”, además de criticar negativamente el ejercicio legítimo del derecho de petición, frente a otros órganos judiciales, en manifiesto posicionamiento adverso, contraponiéndose al necesario comportamiento equidistante, esperable y exigible a todo magistrado, revelando, así, una profunda falta de respeto a los principios de la imparcialidad y la impersonalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Organización de las Naciones Unidas (ONU) 1996 “Documento E/CN.4/1996/37” (Ginebra: ACNUDH).
- Organización de las Naciones Unidas (ONU) 1998 “Documento E/CN.4/1998/39” (Ginebra: ACNUDH).
- Organización de las Naciones Unidas (ONU) / Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc) 2003 “Principios de Bangalore de Conducta Judicial” (Ginebra: ACNUDH / Unodc).
- Organización de las Naciones Unidas (ONU) / Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc) 2008 “Comentarios a los Principios de Bangalore de Conducta Judicial” (Brasilia: Conselho da Justiça Federal) Trad. M. da Silva Malha y A. E. Kloth. En <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf>.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU) 2016 “Documento de la A/HRC/32/34” (Ginebra: ACNUDH).
- Organización de las Naciones Unidas (ONU) 2017 “Documento A/HRC/35/31” (Ginebra: ACNUDH).

Francisco Celso Calmon*

LA TIRANIA TOGADA

“El arma de la crítica no puede, está claro, sustituir a la crítica de las armas, el poder material tiene que ser derrumbado por el poder material, pero la teoría también se torna fuerza material cuando se apodera de las masas”

K. Marx (2004).

CARGO MARCAS DEL COMBATE a la dictadura del 64, resistir al terror de los milicos fue una tarea ardua. Persecuciones políticas, secuestros, torturas, desapariciones y muertes fueron productos de aquel régimen. Ahora me veo en combate contra las arbitrariedades del golpe del 2016. Intervenciones telefónicas y conducciones coercitivas ilegales, espionajes, extorsiones, encarcelamientos como medios de tortura, delaciones y condenas a contramano de la ley, son frutos de un Estado policial que se caracteriza por un régimen de excepción, en el que los aparatos estatales controlan a la sociedad, mientras que en el Estado democrático la sociedad controla al Estado.

Como en todo régimen de excepción, el derecho es siempre la primera víctima, al subvertir el derecho, se desmorona la democracia.

Como en la Inquisición, en la que las torturas bárbaras terminaban en la hoguera, que ardía lentamente el cuerpo del condenado, la hoguera del *Lava Jato* arde y lacera la dignidad del acusado. Con un método intermitente, pero constante, de humillación, de coerción física y psicológica, asumiendo sádicamente el riesgo de causar enfer-

* Abogado y administrador. Coordinador del Fórum Memoria, Verdad y Justicia de Espíritu Santo.

medad e incluso la muerte, como la de la esposa del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, D. Marisa Letícia.

Como un ilusionista obligado a presentar sorpresas constantes para mantener los ojos de la platea fijos en él, el juez inquisidor, Sérgio Moro, y sus partidarios realizan el día entero un nuevo golpe al derecho y a la democracia, alcanzando a los trabajadores y a la patria.

Si en la actualidad la propia irracionalidad se ha convertido en la razón, es tan solo como la razón de la dominación. Así, continúa siendo la razón de la explotación y de la represión –aún cuando los dominados colaboran con ella. Y, por doquier, todavía hay personas que protestan, que se rebelan, que luchan (Marcuse, 2011).

La sentencia de la condena del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva proferida por el juez Sérgio Moro, de la 13ª Sala Federal de Curitiba, PR, es un documento que quedará marcado en la historia por el antiejempló de la técnica jurídica. En el futuro podrá servir para piezas teatrales de comedia, drama y terror. Así como en el curso del proceso el juez se comportó como un inquisidor capcioso, el desenlace está viciado de arbitrariedades, justificadas apenas por la voluntad de brillar bajo la luz de los reflectores, como el cazador exponiendo a su caza a la espera del trofeo, como bien definió el decano jurista capixaba, João Baptista Herkenhoff: “El juez, que abandona la imparcialidad para obtener el homenaje de los reflectores y las tapas de los periódicos traiciona su oficio. Aunque el gran público le aplauda, los ciudadanos bien informados al respecto del modelo constitucional condenan su procedimiento” (*A Gazeta*, 19 de julio de 2017).

El derecho procesual prevé que la sentencia penal debe contener una exposición sucinta de la acusación y de la defensa; la indicación de los motivos y hechos en que se fundamenta la decisión y la aplicación del derecho conforme el tipo penal correspondiente (art. 381 CP). Sin embargo, causa extrañeza que en la sentencia condenatoria del expresidente Lula, el juez Moro destina cerca de 50 páginas del total de 238 de la decisión para hablar de sí y defenderse, una especie de sentencia autoabsolutoria. Tal es el peso de su culpa que luego de divulgar la sentencia apoyó su cabeza sobre la biblia en una demostración de extenuación, pues perseguir cansa, golpear, cansa más todavía, y se dejó fotografiar.

En el análisis del objeto de la acción penal el juez reveló su parcialidad. No hay pruebas de que el acusado tendría o tuvo la posesión o la propiedad del “trípex” que le es atribuido por el Ministerio Público Federal y admitido por el juez. Llega al punto de crear conceptos extremadamente exógenos a la doctrina y a la ley, como el de la “titularidad formal”, contrariando los conceptos legales de la propiedad y de

la posesión. Si tales invenciones prosperan, ¿qué será del estudiante de hoy y de mañana que está aprendiendo los conceptos correctos? ¿Las pruebas y los hechos darán lugar a las suposiciones y a las averiguaciones?

Por lo tanto, no hay producto de los crímenes de corrupción y de lavado de dinero. Distinto de lo que pesa sobre el ilegítimo Michel Temer, sobre el candidato derrotado por Dilma, Aécio Neves y sobre el expresidente de la Cámara de Diputados, Eduardo Cunha –que abrió el proceso de *impeachment* contra la Presidenta legítimamente electa– cuya abundancia de hechos y pruebas de sus crímenes y lucros recurrentes se encuentran en sus bienes y cuentas bancarias en Brasil y en el exterior.

El documento de la sentencia considera delaciones como prueba, y no como meros indicativos y caminos para prospectar pruebas. Además de esta gravísima metamorfosis hay que considerar la cuestión de la delación.

La delación premiada es el intercambio de la traición por un premio; no es un arrepentimiento, no es una colaboración, sino una permuta, un trueque, un mercantilismo moral. Arrepentidos sin arrepentimientos, colaboradores sin colaboración. ¿Hasta cuándo engañar en nombre de parecer sin ser?

Culturalmente la delación es un contravalor. No debe ser cultivada. No es ejemplo para la educación de las nuevas generaciones. No queremos niños delatando compañeritos, adolescentes entregando sus compañeros, jóvenes profesionales señalando compañeros, porque nadie quiere una sociedad de delatores. “Entre los animales feroces, los de mordedura más peligrosa son los delatores; entre los animales domésticos, los aduladores” (Diógenes de Sinope, en la Grecia antigua).

El juez inquisidor, así como el Ministerio Público Federal, no consiguen, y no consiguen porque no existe, mostrar y comprobar los productos de los supuestos crímenes imputados al expresidente Lula.

Hay indicios de que el juez Moro está al servicio de los intereses de los EE. UU., pero, cuando sea juzgado, en cualquier momento de la historia, tendrá que haber pruebas. Los cursos, entrenamientos y constantes viajes a aquel país, así como sus correspondencias con agentes norteamericanos, son indicativos suficientes en la política para acusarlo de estar cooptado y al servicio de los objetivos geopolíticos de aquel país, sin embargo, desde el punto de vista del derecho, no es suficiente para condenarlo, a no ser que se apliquen los mismos criterios y parámetros inventados por el juez Sérgio Moro y los procuradores, aliados en esta cruzada de desmonte del Estado de Derecho.

En la fijación de la pena, el juez sigue delirando al aplicar la dosimetría. Dice que: “La culpabilidad es elevada. El condenado recibió ventaja indebida en consecuencia al cargo de Presidente de la República, o sea, de mandatario mayor. La responsabilidad de un Presidente de la República es enorme y, por consiguiente, también su culpabilidad cuando comete crímenes” (Sentencia Proceso N° 5046512-94.2016.4.04.7000, 13ª Sala Federal de Curitiba, PR).

Por esto, fija la pena base de cinco años para el crimen de corrupción y de cuatro años para el de lavado de dinero. Según esta vara, el juez también podría sopesar la pena con los resultados del gobierno de Lula, con los 52 (cincuenta y dos) millones de brasileños beneficiados por medio de políticas públicas: el aumento real del salario mínimo de 72%; salto del PBI per cápita de US\$ 2,8 mil a US\$ 11,7 mil, colocando a Brasil como la quinta economía mundial y protagonista internacional; inclusión de 1,5 millones de jóvenes en la Universidad a través del Programa Universidad para todos (Prouni), mientras que países como España, Portugal y Grecia amasaban una crisis que generó alrededor de 24 millones de desempleados en cada uno de estos países, y en los Estados Unidos de América hasta sopa se distribuyó en Nueva York durante la crisis iniciada en 2008.

Al concluir la dosimetría, la pena restrictiva de libertad quedó establecida en nueve años y medio. El repertorio de maldades del implacable juez es tal, que en las redes sociales ya indagaron: ¿Sería una analogía sádica a los nueve dedos y medio del expresidente Lula?

El juez Moro también osó en fijar la prohibición, además de la pena restrictiva de libertad, de que el expresidente Lula ejerciese cualquier cargo o función pública. Bueno, fijar este tipo de pena para quien ya fue agraciado con tantos títulos de doctor *honoris causa*, por los que puede trabajar de cualquier cosa, menos en ingeniería; o de médico, que no puede ejercer la medicina; o de metalúrgico, que no puede trabajar en metalurgia. Es la perversidad ininterrumpida, cuya finalidad de la sentencia deja de ser tal, y pasa a cercenar las actividades políticas, pues, en regla, el cargo y la función pública son de naturaleza político administrativa.

Este impedimento nos recuerda la dictadura del 64, cuando, a través del Decreto 477, penalizaba al estudiante considerado subversivo, suspendiéndolo por hasta tres años de las instituciones escolares, perjudicando no solo al joven, sino a Brasil, puesto que retardaría en tres años el ingreso del futuro profesional al mercado de trabajo. De la misma forma los combatientes de la dictadura, independiente de ser estudiantes o no, a través de denuncias o condenas, luego liberados, pero todavía en vigencia de la dictadura, quedaban

impedidos de trabajar por años, porque la dictadura obligaba a las empresas públicas y privadas a que exigiesen al candidato presentar la “Declaración de Buenos Antecedentes” y la “Declaración de Ideología Política”. El primero era completado por las secretarías de seguridad pública, en la que se dejaba constancia si el individuo respondía o ya había respondido al proceso instaurado por la dictadura, en caso de que constase, las empresas, como norma, no lo admitían. La Declaración Ideológica era requerida por las empresas públicas y constaba de un cuestionario que el candidato respondía en el Departamento de Orden Política y Social (DOPS). Este instrumento era para investigar si había alguna simpatía hacia la izquierda en lucha contra la dictadura, o sea, además del castigo de las torturas, el tiempo de prisión, también había una persecución duradera que era el impedimento para ingresar al mercado de trabajo y a la consecuente supervivencia. Nuevamente: además de un daño al individuo, había un daño al país.

Finalmente, el juez Sérgio Moro, luego de la desubicada sentencia de condena, profiere una nueva decisión, provocada por el Ministerio Público Federal en octubre de 2016 y que tramitaba en secreto de justicia, bloqueando las cuentas y confiscando los bienes del expresidente Lula, componiendo la intriga de la persecución paranoica de dificultar sus actividades políticas.

En la dictadura del 64 la Justicia Militar era menos desvergonzada que lo que viene siendo el juicio de la 13ª Sala Federal de Curitiba, creador de un modelo de Juicio de excepción.

El decano capixaba, João Baptista Herkenhoff, señala el objetivo de Moro. “Si no es posible derrotar un líder, que pretende alcanzar la Presidencia de la República a través del voto popular, podrá ser derrotado por el voto de un pequeño grupo de togados, sin derecho de apelar al Supremo Tribunal Federal en Brasilia” (*A Gazeta*, 19 de julio del 2017).

Es larga la lista histórica de inocentes condenados. La de Jesucristo generó la mayor religión del mundo occidental. La de Sacco y Vanzetti, absueltos 50 años después, generó una referencia de resistencia y dignidad frente a la (in)justicia de clase. Sócrates, condenado a muerte, al beber la cicuta (veneno) de un solo golpe y al oír a sus amigos sollozando, dijo: —No, amigos, todo debe terminar con palabras de buen augurio; permaneced, pues, serenos y fuertes. La condena de Lula está generando el aumento de quienes apoyan su candidatura y afiliaciones al Partido de los Trabajadores (PT). Y como él mismo dijo: —Si piensan que con esta sentencia me dejan fuera de juego, cada vez estoy más en el juego. Y: —Solo el pueblo brasileño tiene derecho a decretar mi fin.

Los brasileños, por primera vez, estaban creyendo en la construcción de una democracia de todos y en el Estado de Derecho que la garantiza; si este sentimiento se pierde, Brasil puede marchar hacia un caos social y desaparecer la autoestima de ser brasileño. Como ya decía Charles Darwin “El fin de la esperanza es el comienzo de la muerte”.

BIBLIOGRAFÍA

Marcuse, H. 2011 “Prólogo” en Marx, K. *O 18 de Brumário de Luís Bonaparte* (San Pablo: Boitempo).

Marx, K. 2004 (1844) *Crítica de la filosofía del derecho de Hegel* (Buenos Aires: Del Signo).

Gabriela Shizue Soares de Araujo*

LA CRISIS DE LAS INSTITUCIONES BRASILEÑAS REFLEJADA EN LA CONDENA DE UN EXPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA POR UN JUEZ SINGULAR

LA UNIÓN EUROPEA sufre hasta hoy los efectos de la crisis económica mundial que se inició en 2008, enfrentada equivocadamente con políticas de austeridad severas, que no permiten que los países más afectados del bloque se recuperen, mientras que las desigualdades socioeconómicas aumentan en medida muy desproporcional a la pretendida quita de deudas públicas.

El plebiscito realizado en 2016 en el Reino Unido, que aprobó su salida de la Unión Europea –también conocido como BREXIT–, fue uno de los principales reflejos de la falencia de las instituciones europeas en el enfrentamiento de la crisis y en su comunicación con los ciudadanos europeos.

Desde su inicio, posterior a la Guerra Fría, la Unión Europea venía desarrollándose como el modelo más moderno y democrático de integración regional del mundo, fundado en principios de solidaridad y cooperación mutua, y con el claro objetivo de crear una identidad

* Doctoranda y máster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de San Pablo (PUC-SP). Especialista en Derecho Tributario por la PUC-SP. Profesora asistente de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la PUC-SP. Profesora invitada de Derecho Constitucional en el Programa de Posgrado de la UNIFIEO-Osasco. Abogada.

europea que trascendiese los territorios nacionales de los Estados miembros, priorizando la economía del bienestar social.

Este proyecto degeneró, sin embargo, en la conformación de instituciones que “gobiernan” la Unión: mientras que los poderes decisorios están muy concentrados en los jefes de Estado de cada Estado miembro, resaltando la intergubernabilidad en detrimento de la supranacionalidad de las relaciones, el Parlamento se muestra enflaquecido y alejado de sus electores. Además, el exceso de medidas y procedimientos adoptados entre las instituciones europeas dificulta la comprensión del ciudadano común sobre su funcionamiento.

Con la crisis económica de 2008, el resultado de la medida de fuerza entre los diferentes Estados miembros que componen la Unión fue el derrape hacia una política económica extremadamente neoliberal, de austeridad y protección del sistema financiero en detrimento de gastos de educación, salud y asistencia social y de supresión de derechos sociales previamente adquiridos. Es la política de combate a los “déficits” públicos.

Casi una década después, se puede afirmar que la línea adoptada fue un equívoco: los países más afectados por la crisis no consiguen la bocanada para un repunte económico y siguen estrangulados con un aumento extraordinario de desempleo y marginalización de las clases populares, que acaba esparciéndose por todo el continente como razón de la erosión de las fronteras característica de la Unión Europea.

Tales factores, sumados al bajo nivel de comprensión de los ciudadanos europeos sobre el funcionamiento de las instituciones europeas y su posibilidad real de interferencia en la conducción de estas instituciones (déficit democrático), conforman un ambiente favorable para el crecimiento de movimientos nacionalistas, advertencias separatistas de la ultraderecha y la xenofobia. Los ciudadanos sienten los efectos de ser parte de la Unión Europea, pero al mismo tiempo no se sienten parte de ella.

Aunque no había sentido los efectos de la crisis económica por allá, en 2008, en gran parte a causa de las altas inversiones en políticas sociales y de infraestructura que seguían a pleno vapor durante el segundo mandato del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, por cierto que en un mundo globalizado, y teniendo en vista la prolongada recesión enfrentada por Europa durante la última década, no sería posible que Brasil pasase completamente incólume a la presión del sistema financiero mundial.

Brasil comenzó a sucumbir a la crisis, aunque tardíamente, en gran parte por los errores de la conducción económica de Dilma Rousseff, casi todos cediendo a las medidas de austeridad que ya es-

taban dándose en Europa. Cuando se habla de “cesión” es porque no se puede olvidar de la presión coordinada del sistema financiero globalizado, ávido por lucrar con la lógica neoliberal. Sin embargo, las pequeñas concesiones no contentaron al sistema financiero ni a las elites dominantes, al mismo tiempo que acarrearón consecuencias dañinas para las clases populares, principales fieles de los gobiernos petistas hasta entonces.

Súmese a esto una crisis institucional en las relaciones de fuerzas entre los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que supuestamente deberían equilibrarse armónicamente por un sistema de frenos y contrapesos.

Acerca del Congreso Nacional Brasileño, tal como ocurre con el Parlamento Europeo, puede destacarse el déficit democrático como uno de sus problemas principales. En nuestro caso, es posible citar como factores de influencia el bajo nivel de comprensión sobre las funciones reales del parlamento, la ausencia de obligatoriedad de un compromiso previo de los candidatos en la defensa de determinada política económica o social, la falta de transparencia y prestación de cuentas de los actos cometidos por los parlamentarios, y la inexistencia de un mecanismo de participación popular que permita al ciudadano controlar efectivamente el cumplimiento de los pactos políticos sellados y eventualmente destituir el mandato de aquellos que no los cumplieron.

Como ocurre en Europa, en donde el ciudadano europeo no se siente representado en el Parlamento, en Brasil las funciones ejecutivas parecen tener una relación mucho más directa con sus electores que las funciones legislativas. En ambos casos, la ausencia de una conciencia política se refleja en votos personalistas, generalmente influenciados por la superioridad económica de cada campaña. El *marketing*, la publicidad, los afiches de campaña tienen tanto valor porque no se votan ideas, programas, sino los rostros estampados en la propaganda electoral. Pero incluso así es fácil comprender las propuestas de los cargos mayoritarios y sus funciones son más claras para un ciudadano común.

Un ejemplo mayor del déficit democrático brasileño es la excéntrica sesión de votación del *impeachment* de la expresidenta Dilma, que extraordinariamente transmitida en vivo por la emisora de televisión que domina este medio de comunicación, fue un shock para la mayoría de los brasileños, sorprendidos con el bajo nivel de formación política o incluso personal de la mayoría de los parlamentarios, cuya justificativa de voto se basó en cuestiones demasiado ajenas al proceso, como sus propias familias, Dios y otras invocaciones narcisistas.

En este momento, es necesario señalar la falta de democratización de los medios, que, concentrados en las manos de un selecto grupo representante de las elites dominantes, solo toma partido de las informaciones que le convienen y generalmente vinculadas a sus intereses. Esto contribuye también para que buena parte del pueblo brasileño haya quedado sorprendido con la identidad de sus propios representantes en el Parlamento brasileño.

La dificultad de comprensión o educación para filtrar aquello que es diseminado por los medios monopólicos, hace que, incluso de manera consciente, la opinión publicada sea absorbida como verdad absoluta, de modo que la opinión publicada y la opinión pública pasan a ser sinónimos en el contexto nacional.

Esta crisis institucional toma proporciones todavía mayores, cuando la opinión publicada pasa a tener injerencia también sobre el Poder Judicial, intérprete mayor de la Constitución brasileña y detentor del poder burocrático de dar la última palabra en situaciones conflictivas involucrando a los demás poderes o sus acciones.

En otras ocasiones de la Historia mundial, en que los medios monopólicos promovieron el avance de fuerzas reaccionarias con el recrudecimiento del odio y el prejuicio de clase disfrazados bajo el discurso de la “moral y las buenas costumbres”, la omisión del Poder Judicial en el papel de proteger derechos fundamentales y su acobardamiento o connivencia frente a las siguientes medidas de excepción promovidas en el combate a un “enemigo” electo, posibilitaron la instalación de prolongados Estados de Excepción, como fue la Alemania nazi de Hitler o la reciente dictadura militar en Brasil.

Lo que permea la conocida “Operación *Lava Jato*” es un juez singular promovido por los medios monopolizados y una figura de superhéroe en el combate al mal –aquí representado por la corrupción de parte de la clase política que no sirve a los propósitos del sistema financiero y de las elites dominantes.

En vez de utilizar la fuerza o el poderío militar, se pretende la instalación de un Estado de Excepción por la actuación dirigente del propio Poder Judicial. A ejemplo de lo que se hizo en 1989 con Fernando Collor, el “cazador de Marajás”, todos los esfuerzos de los medios son dirigidos a la promoción de la figura del juez singular Sérgio Moro para impedir el retorno del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva a la presidencia de la República.

Aquí la expresión juez singular no se aplica en sentido jurídico del juez que decide solitario en primera instancia, sino por su propio adjetivo: se trata de un caso raro dentro del cuadro de la magistratura brasileña. Al final, huyendo de todos los principios y deberes que atraviesan a la profesión, esta figura singular se insufló de una parcialidad

persecutoria desde el inicio, ignorando los legítimos derechos y pruebas de las defensas y actuando de forma sobresaliente en el Ministerio Público no solo en incumplimiento de expresos preceptos legales y constitucionales, sino en la promiscua relación con los medios.

Se puede decir que el Consejo Nacional de Justicia o el Supremo Tribunal Federal serían los órganos capaces de controlar los abusos cometidos por el juez Sérgio Moro en el ejercicio de la magistratura, incluso para devolver credibilidad y seriedad a la institución. Como alertó Montesquieu, es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder es llevado a abusar de él, razón por la que es preciso que se estipulen límites y formas de control a su actuación. Sin embargo, existe una pasividad tan grande frente de los desvíos públicos cometidos en función, que tal vez solo pueda ser explicada por la presión incansable de la opinión publicada, y la cada vez más “santificada” promoción de la figura pública del singular juez de Curitiba.

Sérgio Moro condujo un largo y mediático proceso, orientado por su propio solipsismo. Ignorando todos los acuerdos de derechos humanos de los que Brasil es signatario y pasando por encima de la propia Constitución Federal, faltó el respeto a principios inherentes al debido proceso legal, como el derecho a la duración razonable del proceso, el derecho a un juez imparcial y el derecho a la paridad de armas, sin conseguir empero su objetivo final: pruebas de actos ilícitos cometidos por el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Con relación a la extensa sentencia condenatoria basada solo en suposiciones propias y en la declaración de un único testigo (que ni siquiera fue homologado como delación premiada), no cabe hacer aquí grandes digresiones sobre el proceso hermenéutico aplicado: la singular sentencia se explica por el desvío de función inexistente en la parcialidad de la conducta del juez que la profirió. Es que ni siquiera puede hablarse de círculo hermenéutico, en cuanto que el proceso interpretativo es cortado en la precomprensión del intérprete. A partir de ahí, su voluntarismo condujo toda la fundamentación de la sentencia.

No es una gran sorpresa que, luego de años de una interacción *snob* con los medios monopólicos, el juez Sérgio Moro condenase al expresidente Luiz Inácio Lula da Silva basado meramente en su convicción propia, aunque frente a la completa ausencia de pruebas. Es el típico juez solipsista, ya señalado anteriormente por Lenio Streck. Lo que preocupa, sin embargo, es la fundamentación de la sentencia con base en elementos completamente extraños al proceso, como cuestiones políticas y materiales publicados en los medios, y principalmente los ataques del magistrado a los abogados de la defensa, estos en el ejercicio de su profesión. Se percibe la intención deliberada no solo de condenar a alguien sin pruebas, sino también de condenar su le-

gítimo y constitucional derecho de defensa, a través de la represión a sus abogados.

Los abogados de defensa de todo el país, lamentablemente, ya comienzan a sentir el efecto dominó, en otras jurisdicciones, del quiebre institucional tan promovido bajo la figura de este juez singular de Curitiba. El peligro es que la singularidad se torne ordinaria, al punto de abrir espacio para la instalación de un Estado de Excepción, en este país que vivió tan poco en democracia.

Aún hay esperanza, está claro, de que el sistema jurídico se recomponga, con la revisión por parte de los tribunales superiores de este excepcional proceso político-mediático-jurídico que viene siendo enfrentado por el principal representante de las clases populares, el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Sin embargo, es necesario también que se haga un trabajo de reestructuración de nuestras instituciones, una revisión de punta a punta, comenzando por la reforma política y la democratización de los medios –muy diferente de la censura, resáltese–, para evitar que el país se sumerja en un Estado de Excepción permanente.

Como dice Thomas Piketty sobre la crisis de las instituciones en la Unión Europea, lo que vale también para la crisis institucional brasileña, “los hombres y mujeres son buenos: lo ruin son las instituciones y pueden mejorarse”.

Giovanni Alves*

LA ÓPERA DEL ATRASO, UN APELO A LA RAZÓN HISTÓRICA

LA CLASE DOMINANTE BRASILEÑA de extracción colonial esclavista tiene un compromiso histórico con la Razón Cínica, producto de un país capitalista dependiente y de industrialización híper tardía, incapaz de producir una burguesía ilustrada y comprometida con los valores democrático liberales de la era del ascenso histórico del capital. Nuestra burguesía nació de la sociedad agraria conservadora, esclavista y dependiente de los circuitos financieros internacionales. Nunca se comprometió a tener un Proyecto de Nación que representase el bienestar social del pueblo brasileño y el respeto a los derechos de ciudadanía, derechos laborales, asistencialistas y

* Doctor en ciencias sociales por la Unicamp, docente libre en sociología y profesor de la Unesp, campus de Marília. Investigador del CNPq con beca en investigación. Coordinador de la Red de Estudios del Trabajo (RET) <www.estudosdotrabalho.org> y del Proyecto Pantalla Crítica / Cine Trabajo <www.telacritica.org>. Autor de varios libros y artículos sobre el tema del trabajo y la sociabilidad, entre los que se destacan: “El nuevo (y precario) mundo del trabajo: reestructuración productiva y crisis del sindicalismo (San Pablo: Boitempo, 2000); “Trabajo y subjetividad: El espíritu del toyotismo en la era del capitalismo manipulador” (San Pablo: Boitempo, 2011); “Dimensiones de la Precarización del trabajo” (Bauru: Praxis, 2013); “Trabajo y neodesarrollismo” (Bauru: Praxis, 2014) y “Laberintos del labor” (Bauru: Praxis, 2017, en prensa). Correo electrónico: <giovanni.alves@uol.com.br>. Página web:<www.giovannialves.org>.

sociales. La Razón Cínica de la oligarquía brasileña impregnó a las capas medias y a la sociedad brasileña, intoxicándolas con la pérdida de la memoria histórica y la obsesión en la preservación de intereses particularistas contra el pueblo. Por esto, el pueblo es la gran amenaza de aquellos que concentran en sus manos la riqueza, el poder y el prestigio social. Contra la Razón histórica se impone la Razón Cínica de los poderosos de la oligarquía dominante. Todo lo que “apesta a pueblo” y representa sus intereses históricos debe ser condenado y perseguido.

Existe un *ethos* oligárquico que representa la Razón Cínica que traspasa la clase dominante y las camadas sociales que la apoyan. Brasil fue precoz en ejercitar la modernidad senil. Vivimos en tiempos de urgencia histórica en donde una vez más la Razón Cínica permea discursos y sentencias en nombre de valores hipócritamente reivindicados por aquellos que históricamente están comprometidos con el poder oligárquico desde hace siglos. Pero el futuro nos juzgará. Contra la vigencia de la Razón Cínica que permea los discursos del Poder que tomó de asalto a la República brasileña en 2016 solo nos queda apelar a la Razón histórica, a la lucidez comprometida con los valores de la civilización contra la barbarie social que nos condena. Dijo el filósofo: “El tiempo histórico es el Señor de la Razón”. Por lo tanto, nada como rescatar la memoria histórica de una saga de la oligarquía brasileña: el combate al PT y a su líder popular: Lula. No por lo que el PT y Lula son efectivamente –elementos del orden burgués en Brasil–, sino por lo que representan: el sueño del pueblo brasileño de una Nación menos desigual y más justa. Es esto lo que el Poder oligárquico quiere condenar. Ellos lo saben y, asimismo, lo hacen.

I. APERTURA

Asistimos, por lo menos en los últimos doce años, a una tremenda ofensiva de fracciones de la burguesía neoliberal brasileña ligadas al polo hegemónico del imperialismo norteamericano, el mismo que apoyó a la dictadura militar y los gobiernos de derecha en América del Sur. En las vísperas de la elección del 2006, se produjo en los laboratorios de los medios de derecha el “Escándalo del *Mensalão*”. El objetivo latente de los medios neoliberales articulados con fracciones de la oligarquía del alto Poder Judicial era crear un clima político y social para derrotar a Lula en las elecciones del 2006 e impedir su reelección. Era preciso innovar en la fundamentación jurídica para condenar a la cúpula del PT y al propio Presidente Lula acusándolos de corrupción. De este modo, se utilizó con creatividad corrupta, la teoría del Dominio de Hecho, adecuándolo al activismo judicial de la derecha brasileña. En verdad, en Brasil, se hizo una mezcla *a lo bra-*

sileño de la teoría del dominio de hecho con la Razón Cínica, que no es novedad en la escena brasileña desde el siglo XIX teniendo en vista que conciliamos aquí liberalismo y esclavitud (la vanguardia del atraso civilizatorio de la tierra brasileña debería impresionar y fascinar; por ejemplo, al filósofo alemán Peter Sloterdijk, autor de *Crítica de Razón Cínica* que, si fuese brasileño, tendría incluido en sus cinismos cardinales, el *cinismo judicial*).

Sin embargo, en 2006, el tiro les salió por la culata –la articulación jurídico mediática del Escándalo del *Mensalão* fracasó en su intención política, dado que Lula fue reelegido, derrotando al candidato del PSDB, José Serra. Por otro lado, la ofensiva jurídico mediática contra el PT y sus líderes políticos prosiguió, encarcelando a importantes cuadros de la estrategia de poder petista tales como, por ejemplo, José Dirceu.

Fue notable la habilidad política de Lula en lidiar con el poder oligárquico brasileño, dividiéndolo y en ocasiones confundiendo con él. A partir de 2007, luego de ser reelecto en la Presidencia de la República, se aproximó al PMDB de Michel Temer, buscando crear una mayoría política capaz de avanzar en el proyecto reformista del PT (el emblema del lulismo, “reformismo sin reformas” o “reformismo débil”, como diría André Singer). Imbuido de pragmatismo político intrínseco a la inteligencia sindical de Lula, el lulismo “se confundió” con la banda fisiológica de la oligarquía brasileña (el PMDB de Michel Temer) pretendiendo aislar a la derecha neoliberal aliada a los intereses del Departamento de Estado norteamericano.

El gobierno Lula enfrentó con éxito los impactos *inmediatos* de la crisis financiera de 2008 en Brasil. El éxito de la economía brasileña y los programas sociales con transferencia de renta, tal como Bolsa Familia, que redujo la pobreza extrema y combatió la desigualdad social, impulsaron su popularidad. Lula pasó a representar el sueño del pueblo brasileño de una Nación menos desigual y más justa –incluso cuando en su gobierno la burguesía financiera haya lucrado como nunca en este país.

El Escándalo del *Mensalão* y la acusación de corrupción contra el PT, cruzada ideológica llevada a cabo por los medios neoliberales y la oligarquía liberal del alto Poder Judicial brasileño, no impidió que Lula eligiese su candidata a la Presidencia de la República en 2010 –Dilma Rousseff por el PT, que tuvo como vicepresidente a Michel Temer, del PMDB. Lula cumplió con el acuerdo hecho con el “cacique” *peemedebista* luego de las elecciones del 2006, postulándolo como “sombra” de Dilma Rousseff. Sin embargo, como veremos, el *pragmatismo* del lulismo llevaría al PT a pagar un alto precio político más tarde.

El éxito del servicio al PT llevado a cabo por Dilma Rousseff fue bruscamente interrumpido por la coyuntura de la economía mundial abierta por la crisis del capitalismo global que llegó a Brasil en la primera mitad de la década de los dos mil diez. La desaceleración de China (2013) y la caída de los precios de los *commodities* (2014), además de errores puntuales en la política macroeconómica conducida por el ministro Mantega en el primer gobierno de Dilma Rousseff (2011-2014), contribuyeron a una de las mayores crisis de la economía brasileña de los últimos tiempos.

El ministro de Hacienda de Dilma erró al mantener la apreciación del real en detrimento de la industria nacional (aunque la reducción de la inflación al comienzo del gobierno de Dilma haya abierto el espacio para que el cambio fuera desvalorizado sin que esto implicase la ruptura de la meta de inflación, la política de desindustrialización se mantuvo); al adoptar una política de beneficios fiscales para el empresariado brasileño equivocándose con la perspectiva de que así ellos volverían a invertir (¡los beneficios fiscales concedidos por el gobierno de Dilma Rousseff, de 2011 hasta 2015, pasaron de los 408 millones de reales!); y al contener los precios de las tarifas de los servicios públicos (por ejemplo, el petróleo y la energía eléctrica) como estrategia para mantener la inflación dentro la meta [acordada]. Además, la rendición en 2013 ante la política del Banco Central, que frente a la retomada inflacionaria volvió a aumentar los intereses en un escenario de flagrante desaceleración de la economía. Sin embargo, los errores de conducción macroeconómica y la profunda falta de habilidad política de Dilma Rousseff frente al desmoronamiento de la arquitectura política lulista (conflictos en el PMDB y ruptura del PSB) indicaban algo más profundo: los límites del neodesarrollismo frente a la crisis estructural del capitalismo brasileño.

II. PRESTO AGITATO

La *lucha de clases* en un escenario de avance de la crisis de la economía e inquietud social, polarizó la izquierda y la derecha en el seno de la sociedad brasileña. La manipulación mediática de TV Globo y redes afines y la ofensiva jurídica con la nueva operación “desmante del PT” –la operación *Lava Jato*– iniciada en 2014, año de la elección de Presidente de la República, creó un clima de guerra en las vísperas de la elección de 2014.

Por un lado, la alta clase media hegemónizada por los medios neoliberales de derecha estuvo en las calles contra el gobierno de Dilma. Desde 2013, el año de las *jornadas de julio*, con la rebelión de los precarizados tornándose la revuelta de la “clase media” conservadora,

movimientos sociales –MBL, *Vem Pra Rua, Revoltados On-Line*– financiados por el empresariado brasileño –y probablemente con dólares– aprovecharon la crisis político moral en el país para instalar en las calles el programa de la derecha brasileña. La baja “clase media” inquieta por la proletarización –parte de ella bajo inspiración de ideologías “de izquierda” sedientas de la lucha de clases y reclamando la lucha por el socialismo– también se alzó como oposición contra el gobierno de Dilma confundiéndose *objetivamente* con la demanda política de la derecha reaccionaria.

A pesar de los desvíos a derecha e izquierda de la “clase media” brasileña, la *nueva clase trabajadora* (que Lula erró al denominarla “nueva clase media”), la *clase obrera* organizada y el *subproletariado* –beneficiarios de los Programas Sociales– consiguieron reelegir por un pequeño margen de votos a Dilma Rousseff en 2014, derrotando al candidato del PSDB, Aécio Neves. Fue una victoria pírrica. Una vez más, Lula, jefe electoral de Dilma, demostró su notable fuerza política de líder popular. La nueva derrota política de la derecha brasileña –¡la tercera derrota electoral en poco más de diez años!– sería inaceptable para el bloque en el poder de la oligarquía brasileña. El bloque de poder recompuesto en Brasil no dejaría impune el atrevimiento de la izquierda petista.

III. PRESTO BRUSCAMENTE

La arquitectura política del lulismo construida en 2006 se desmoronó incluso antes de la elección de Dilma Rousseff. El proyecto neodesarrollista del PT estaba condenado. En 2014, Lula, Dilma y el PT ganaron en el voto popular, pero perdieron efectivamente en la *correlación de fuerzas* en el interior de la sociedad política y del aparato del Estado, incluyendo el Parlamento y los estamentos de la Procuraduría General de la República, el Ministerio Público Federal, la Policía Federal y el alto Poder Judicial –el STF (elite política de clase media de extracción oligárquico universitaria bajo hegemonía liberal).

El Congreso Nacional, electo en 2014, tenía en su interior una composición-bomba, financiada por el gran capital y articulada en bancadas para acordar con el programa empresarial de la derecha conservadora. La conspiración efectiva por el “desmonte de Brasil” venía por lo menos desde 2013. La burguesía brasileña de extracción colonial esclavista, frente a la crisis profunda del capitalismo brasileño, en el calor del golpe en proceso, se expresó en 2015 por medio del Programa del PMDB –“Puente para el Futuro”– que señalizaba, apenas luego de que Dilma fuese reelecta, la necesidad de una nueva ofensiva neoliberal en Brasil. El golpe era la crónica de una muerte anunciada.

Electa en 2014, con el PT bajo el fuego cruzado de la Operación *Lava Jato* y sin mayoría política en el Congreso Nacional (la arquitectura de alianzas políticas del lulismo había detonado –¡la burguesía no quería más al PT!), y frente a la profundización de la crisis de la economía brasileña –caos de la economía creada por el empresariado nacional, capitaneado por la FIESP y el CNI– Dilma Rousseff cometió errores cruciales en la resistencia política: por ejemplo, se engañó (?) nombrando a Joaquim Lévy, hombre de Bradesco, en el Ministerio de Hacienda creyendo que podría calmar a la burguesía rentista que comanda el bloque de poder recompuesto. Otro error político: mantuvo como ministro de Justicia al débil José Eduardo Cardoso que, con su republicanismo venal, asistió impasible a movimientos del *golpismo* en las narices de la Policía Federal; puso en la Procuraduría General de la República a Rodrigo Janot, hombre del *corporativismo* del Ministerio Público Federal, otro articulador pasivo del golpe de 2016; y mantuvo como operador político al insulso Aluízio Mercadante. En fin, contra canallas el republicanismo, además de ineficaz, es burro. El 31 de agosto de 2016, Dilma Rousseff sería destituida por *impeachment* en un ritual macabro de venalidad parlamentaria nunca antes visto en la historia de este país.

IV. EL PARAÍSO DE LA RAZÓN CÍNICA

La Operación *Lava Jato*, nacida en 2014, y que hoy acusa y condena al expresidente Lula se tornó el personaje principal del proceso del golpe de 2016, que permitió que una cuadrilla de bandidos profesionales de la política tomasen por asalto el Parlamento brasileño y el Palacio de Planalto. En la Ópera del Atraso –el proceso del golpe de 2016– la Operación *Lava Jato* fue el bajo barítono que acompañó al alto Poder Judicial (STF) como barítono del golpe parlamentario jurídico de 2016. Como *tenores* y *contratenores* tenemos al Congreso Nacional. Las *contralto*, *mezzosoprano* y *soprano* están compuestas por los puestos clave del aparato de Estado en Brasil (Procuraduría General de la República, Policía Federal, Medios neoliberales hegemónicos). En 2017, luego de que la *canaglia* destituyese inconstitucionalmente a la Presidenta Dilma Rousseff (PT) e impusiese al Vicepresidente Michel Temer (PMDB) como Presidente de la República, se esgrimen entre sí para ver quién da continuidad al desmonte de la Nación y a la expoliación de los derechos del pueblo brasileño.

El ejercicio de memoria histórica se torna fundamental para recordarnos que *el vino se hace con la uva*, así como la digna Justicia que hoy condena a Lula es la misma que colaboró (y colabora) con el desarrollo de la Ópera del Atraso que se monta en este país, utilizando con desfachatez y de modo incorrecto la teoría del dominio de he-

cho. En el paraíso de la Razón Cínica no podría ser distinto –siempre adaptamos lo “moderno” a nuestros intereses arcaicos de extracción oligárquica. La ideología dominante en Brasil neoliberal pertenece a la constelación de la Razón Cínica, trazo ontogenético del *ethos* de la *terra brasílis* y que hoy se universalizó en la hipermodernidad senil. Tiempos sombríos. En verdad, el choque del capitalismo de FHC, Lula y Dilma produjeron ciudadanos encerrados en su narcisismo, armados de cinismo hasta el alma. La Razón histórica está al margen.

Sin embargo, el miedo del pueblo produce monstruos. El advenimiento de la Razón Cínica en la hipermodernidad senil anuncia una profundización de las mistificaciones constitutivas del sistema ideológico del capital –la política y la ideología jurídica, imponiendo limitaciones profundas al modo tradicional de operar el Estado democrático de Derecho. Como se sabe, tales mistificaciones aparecían como inherentes a la realidad social burguesa, como condición necesaria para que ella misma se reproduzca. Sin embargo, como bien observó Slavoj Žižek, la comprensión de la ideología en esta forma clásica suponía, según él, que los agentes comprometidos directamente en la práctica utilitaria, así como los analistas superficiales de los acontecimientos económicos, desconociesen los presupuestos objetivos de sus creencias. Dijo él que la mejor expresión de esta *inocencia por ignorancia* fue elaborada por el propio Marx (2008) cuando declara en las páginas de *El Capital* sobre la reducción del trabajo concreto al abstracto, que esto ocurría realmente por medio de las prácticas sociales cotidianas de los agentes económicos –y por qué no, jurídico políticos–, pero que ellos “no lo saben, pero lo hacen” (Žižek, 1992).

Sin embargo, Žižek concuerda con Peter Sloterdijk (2012) que el funcionamiento de la ideología se tornaría *cínico*. Según él, “el sujeto cínico tiene perfecto conocimiento de la distancia entre la máscara ideológica y la realidad social, pero, a pesar de esto, *continúa insistiendo en la máscara*” (énfasis nuestro). Por lo tanto, el filósofo Sloterdijk, en un acceso de sinceridad cruel, propuso un cambio en la fórmula expresiva de la ideología: en vez de afirmar que ellos “no lo saben, pero lo hacen”, sentenció que ellos “lo saben muy bien, pero lo hacen igual”.

Hoy más que nunca, frente al abismo histórico que nos convoca, después de la Ópera del Atraso, es preciso que los hombres de bien apelen a la Razón histórica, bajo pena de ver naufragar nuestros dignos valores civilizatorios, entre ellos la Justicia. Es preciso luchar contra la pulsión del atraso colonial esclavista que cultiva miedos y prejuicios atávicos contra el pueblo y sus representantes políticos. La burguesía *canalla* brasileña y su “clase media” heredaron del pasado lúgubre de la formación histórica de Brasil, el estigma del sentido de

la colonización (Caio Prado Jr.). Esto no es ninguna novedad. Desde 1964 vislumbramos los desvaríos de la miseria brasileña en los *golpes* nuestros de cada día (¿recuerdan la operación mediática de TV Globo contra Lula en las elecciones de Presidente de la República en 1989?). Los canallas apuestan al Alzheimer nacional: la enfermedad degenerativa de la memoria pública que azota al pueblo brasileño.

La magistral Ópera del Atraso que se monta frente a los ojos perplejos de la Inteligencia brasileña prosigue haciendo la *nueva (e insana) revolución burguesa en Brasil* –revolución y contrarrevolución. Los canallas se enfrentan entre sí. En la política de la Triste República, la grotesca alianza postrágica entre los medios neoliberales, la burguesía rentista, la clase media *idiotizada* y el pueblo inquietamente *somnoliento* (que el lulismo en su era dorada adormeció con el canto del consumo y la meritocracia) parece llevar al país hacia la convulsión social. 2018 es la incógnita de la incógnita. Como acto grotesco de la Ópera del Atraso, la condena de Lula por una sentencia que lo condena sin pruebas, parece representar un indicio de la Razón Cínica que caracteriza a la miseria brasileña.

BIBLIOGRAFÍA

- Marx, K. 2008 *El Capital* (Buenos Aires: Siglo XXI).
- Sloterdijk, P. 2012 *Crítica de la Razón Cínica* (Madrid: Siruela).
- Žižek, S. 1992 *Eles não sabem o que fazem: O sublime objeto da ideologia* (Río de Janeiro: Zahar).

Gisele Cittadino*

LOS MÚLTIPLES Y PERVERSOS SIGNIFICADOS DE LA SENTENCIA DE SÉRGIO MORO

TENEMOS LA COSTUMBRE de aprender, en las primeras clases de filosofía del lenguaje, que no podemos separar el discurso del sujeto del discurso. Esto significa que los textos son producidos por personas determinadas, con historias específicas, insertas en mundos de vida repletos de valores a los que tales sujetos del discurso se vinculan. Hay, por lo tanto, una conexión interna, estructurante, entre quienes somos y lo que producimos.¹ Por otra parte, el lector de un texto no lo aborda a partir de un no lugar. Recibimos el discurso del otro de lugares y contornos propios, compromisos internalizados, identidades construidas. La polisemia o los múltiples significados que un texto posee resultan exactamente de esta diversidad de lugares a partir de los que recibimos las informaciones, los discursos, los

* Profesora y coordinadora del Programa de Posgrado en Derecho de la PUC-Río. Becaria I-C en Productividad en Investigación del CNPq. Miembro del Consejo Científico del Instituto Joaquin Herrera Flores.

1 En el mundo del arte –y solo ahí– quedamos encantados con la capacidad de aquellos que consiguen hablar a partir de lugares que no son los nuestros. Chico Buarque nos emociona exactamente porque consigue autenticidad al expresarse como una mujer de la antigua Atenas, un obrero exhausto de la construcción civil o una madre desesperada que acaba de perder al hijo.

textos, que, a su vez, son igualmente producidos desde lugares diversos y perspectivas diferentes. Es importante resaltar, sin embargo, que la polisemia no resulta en la imposibilidad de la comunicación. Al contrario, nuestra capacidad de comunicarnos está intrínsecamente asociada al razonamiento. Podemos usar las piernas para patear una pelota, pero su función prioritaria es permitirnos caminar. De la misma manera, podemos usar el lenguaje para engañar, para eludir, pero ninguna sociedad sería capaz de mantener sus relaciones internas si el lenguaje fuese utilizado prioritariamente para una acción estratégica, vuelta hacia el engaño, y no para una acción comunicativa, vuelta hacia el razonamiento.

¿Cuántos de nosotros entramos en la sala de un aula contando con la posibilidad de que el profesor nos transmita falsas informaciones? ¿Quién de nosotros sale de una consulta médica considerando que el grave diagnóstico recibido fue el resultado de una broma de mal gusto? ¿Somos capaces de no obedecer al comando del bombero que manda agarrar la cuerda para sacarnos del incendio por suponer que él no pretende ayudarnos como parece? Ciertamente no. Ninguna de estas posibilidades es siquiera considerada porque sabemos que la acción estratégica es parasitaria, derivativa de la acción comunicativa. O, en otras palabras, usamos el lenguaje para entendernos. El engaño, la mentira, la manipulación son posteriores al razonamiento.

¿Por qué la sentencia de Sérgio Moro contra Lula nos deja tan indignados? No es difícil entender. Basta imaginar al juez al lado del profesor que siente placer en confundir a sus alumnos, al médico que se alegra con el dolor del paciente o del bombero que se divierte con las consecuencias de una cuerda frágil. Todas las veces en que somos capaces de darnos cuenta de la manipulación y del engaño, todas las veces en que percibimos la acción estratégica, igualmente descubrimos el proceso de proscripción de la comunicación y del razonamiento. ¿Y por qué esto nos deja indignados? Porque la perversidad, estratégica y manipuladora, significa ignorar el mal ajeno en la conquista de sus objetivos y placeres. Es lo contrario de la empatía, de la aproximación y del razonamiento.

Hay en la sentencia de Moro un conjunto de perversidades, todas ellas aseguradoras del engaño. Para alcanzar sus objetivos, el juez ignora las garantías procesales del acusado, manipula la ley y la teoría jurídica y, finalmente, pretende atacar un proyecto político de país. Sérgio Moro eligió tres enemigos: Lula, el derecho y la soberanía popular. No es poca cosa.

La sentencia condenatoria es algo terrible si recae sobre un inocente. No hay mayor injusticia que aquella representada por una

decisión ilegal de uno de los poderes del Estado sobre un ciudadano cualquiera. Cuando el poder estatal y el monopolio de la violencia recaen sobre cuerpos civiles, es fundamental que tal decisión sea legal y legítima. El expresidente Lula o cualquier otro ciudadano brasileño solo pueden ser condenados, perdiendo el patrimonio y la libertad, si la materialidad del delito estuviese hartamente comprobada, la defensa ampliamente asegurada, y garantizadas todas las normas del debido proceso. No es esto lo que estamos viendo. De una incomprensible conducción coercitiva a la divulgación ilegal de intervenciones telefónicas captadas ilegítimamente, pasando por toda suerte de coerciones públicas seguidas de filtraciones selectivas, el ciudadano Luiz Inácio Lula da Silva ha experimentado un calvario que nunca antes, en la historia de este país, recayó sobre un político.

La sentencia condenatoria igualmente manipula, desvirtúa y maneja la norma legal, las teorías del derecho y las reglas procesales a su voluntad perversa. El adjetivo “formal” es, sin la menor ceremonia, adherido al concepto de titularidad y somos todos presentados a la sensación más nueva del derecho civil: la propiedad de hecho. El expresidente Lula no tendría la “titularidad formal” del conocido “tríplex” –la defensa ya probó que el propietario “formal” es la Caja Económica Federal– pero fue condenado porque es “propietario de hecho”. La denuncia del Ministerio Público, a su vez, señala los sobornos que habrían sido recibidos por el expresidente en intercambio de ventajas para el grupo OAS en contratos de Petrobras. El juez, al contestar los embargos de declaración formulados por la defensa, afirma que nunca consideró la posibilidad de que el expresidente Lula hubiese recibido ventajas indebidas provenientes de los recursos ilícitamente desviados de Petrobras, inaugurando, de esta manera, una norma procesal que le permite condenar con base en algo que no está presente en la denuncia. Finalmente, y para no alargarme más en tierras ajenas, menciono la convicción de Moro, en la sentencia, de que debería meditar en la prisión del expresidente. Sin embargo, no lo hace con base en consideraciones de naturaleza política, argumentando sobre la posibilidad de un posible trauma. En este punto, es como si el miedo lo hubiese paralizado y, una vez más, nos encontramos con alguien que ignora la técnica y le falta el respeto a la función que ocupa.

Finalmente, la sentencia condenatoria tiene por objetivo desterrar al expresidente Lula de la vida política nacional. Entre todas las perversidades de esta decisión judicial, la que pretende impedir la libre manifestación de la soberanía popular es, sin sombra de dudas, la más grave, especialmente si consideramos la triste trayec-

toria política de un país que sufre con frecuentes rupturas institucionales, incluso cuando ya juzgábamos superados estos traumas. Creer que tiene la misión de expulsar a un líder político de la vida pública, sea porque no concuerda con su proyecto de país, sea porque su preferencia camina en otra dirección, es imaginarse a sí mismo como una especie de sustituto de la soberanía popular o como una vanguardia iluminista de primera instancia. La democracia brasileña, que ya sucumbió a un reciente golpe de Estado, no puede ser manejada por protagonismos judiciales que pretenden callar la libre manifestación popular.

Gladstone Leonel Júnior*

LA CONSTITUCIÓN A FREIR ESPÁRRAGOS, LLEGÓ EL AUTORITARISMO TOGADO

EL CASO DE UNA SENTENCIA VICIADA

AL MEJOR ESTILO LUIS XIV, que declaraba “El estado soy yo” en la Francia del siglo XVII, se observa al juez Sérgio Moro en la conducción y finalización del proceso vinculado al expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, actual postulante a la presidencia de la República para las elecciones de 2018. Por otro lado, el postulante a “rey Sol”, se coloca en posición superior a la propia Constitución Federal al sentenciar este caso, lo que debería ser visto como una conducta grave.

La sentencia del caso específico es la de aquellos documentos a ser guardados para que pueda de aquí a un tiempo constatarse, con mayor distancia histórica, cómo se aplicaban elementos de un Estado de Excepción en un período que regía una Constitución que aseguraba un Estado Democrático de Derecho.

Dejaré a los penalistas y procesalistas un análisis más detallado sobre las inconsistencias de la sentencia, vinculadas a estas temáticas, y me centraré en un abordaje a partir de algunos principios constitucionales completamente menospreciados en la sentencia en cuestión.

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal Fluminense. Doctor en Derecho, Estado y Constitución por la Universidad de Brasilia. Posdoctor en Derechos Humanos y Ciudadanía por la Universidad de Brasilia.

El artículo 5° de la Constitución Federal es suficiente para resguardar la argumentación necesaria a la preservación del debido proceso legal en el Estado Democrático de Derecho. La práctica judicial trata estos principios como secundarios y mantiene la lógica de un Poder poco republicano y superficialmente democrático. Estas son las consecuencias cuando se gesta un Poder Judicial apartado del pueblo en todas sus dimensiones, sea en su formación e ingreso hasta en el mantenimiento de sus privilegios. El mero autocontrol del sistema judicial se demuestra cotidianamente insuficiente.

El Poder Judicial pasó por varios regímenes políticos, sean dictaduras o democracias, sin haberse estructurado por una transversalidad democrática. Por más que terminasen los regímenes autoritarios y se iniciasen los regímenes democráticos, como ocurrió en Brasil, los profesionales de la Justicia se mantuvieron en los cargos reproduciendo una lógica propia de un poder casi intocable y distante del pueblo.

Teniendo por base este escenario, no es tan complejo constatar que el uso de los artículos constitucionales no siempre constituye un compromiso y respeto al Estado Democrático de Derecho en la práctica judicial. Veamos lo que ofrece el art. 5° de la Constitución, iniciando el análisis a partir del menosprecio dado a la amplia defensa en el proceso y, consecuentemente repercutido, en la sentencia que condena al expresidente Lula:

Art. 5° Todos son iguales frente a la ley, sin distinción de ninguna naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos:
[...]

LV- A los litigantes, en proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general son asegurados el ejercicio de contradicción y la amplia defensa, con los medios y recursos inherentes [...].

El principio de la amplia defensa no debe ser considerado solamente desde el punto de vista formal, o sea, las pruebas presentadas por la defensa deben ser consideradas en el proceso, quiera o no el juzgador. El magistrado no puede evadirse de esta premisa bajo riesgo de perjudicar el derecho de defensa y un juicio justo.

Además de aquél, el principio de la imparcialidad es otro que merece destacarse en este análisis. A lo largo del proceso y en el discurrir de la sentencia, este tal vez haya sido el principio constitucional más ridiculizado por el magistrado Sérgio Moro. Este principio, vinculado a otros principios constitucionales, permite visualizar los abusos contenidos en este proceso. Veamos lo que dice el art. 5°, inc. XXXVII:

XXXVII- No habrá juicio o tribunal de excepción.

El principio de juicio natural es correlativo al del debido proceso legal, lo que determina la observancia de las reglas objetivas y ya existentes para la fijación de la competencia, o sea, teniendo la posibilidad de ejercitar la jurisdicción en algún caso, algo de que cierta forma presupone la independencia e imparcialidad del órgano juzgador. Un magistrado imparcial es condición *sine qua non* para un juzgamiento adecuado a partir del ejercicio pleno de contradicción y de la amplia defensa, pues así se garantiza el respeto y la prudencia necesaria al establecimiento del debido proceso legal.

Este inciso deja clara la prohibición del juzgamiento parcial. Desde la perspectiva formal, no se montó un tribunal de excepción para juzgar a Lula, pero considerando el juicio desde el ámbito material, la parcialidad queda expuesta por tratarse de la figura del expresidente.

A lo largo de todo el proceso, el juez Moro se presentaba unido a los acusadores, conforme se destacaba en los titulares periodísticos, en el caso del Ministerio Público Federal capitaneado por el señor Deltan Dallagnol, mientras que cualquier estudiante de derecho tendría condiciones de constatar que el juez debería mantener distancia tanto de la acusación como de la defensa. Defensa esta, que tenía un tratamiento completamente distinto, sobre todo en su ejercicio en audiencia, donde el juicio adoptaba una postura autoritaria y despreciable en relación al ejercicio de este derecho. Algo que comprometió a la amplia defensa.

Una de las situaciones más viscerales de esta parcialidad ejercida en el devenir del proceso fue la interceptación y grabación ilegal de las conversaciones entre el expresidente Lula y la expresidenta Dilma Rousseff. Se trata de un hecho notorio, que la escucha y posterior divulgación en un momento político tumultuoso en donde Lula y Dilma podrían ser perjudicados, además de un acto irresponsable, configuran una usurpación de la competencia del Supremo Tribunal Federal, que debería ser la Corte juzgadora de este tipo de acción.

De la misma forma, la parcialidad y el interés político quedaron claros en la consideración de las delaciones, sobre todo aquellas que alcanzaban al presidente Lula, y en el episodio abusivo e irrazonable de la conducción coercitiva contra el mismo, sin ninguna necesidad.

La sentencia utiliza estas delaciones y expone la utilización parcial de las mismas, principalmente, al depararnos con el acuerdo de colaboración, que consistiría en una delación informal, que ni siquiera fue homologada, realizada por el empresario Leo Pinheiro. Acuerdo que fue reconocido solo después de que Leo Pinheiro atribuyó una conducta criminal al expresidente Lula.

En la sentencia, esta parcialidad se evidencia en las consideraciones respecto de la constitución probatoria. Para la caracterización

del tríplex, como supuesta propiedad del expresidente Lula, no se presentó en ningún momento, ningún registro de propiedad que pudiese indicar que él o D. Marisa tuviesen la propiedad, de hecho. La constitución de la prueba documental fue realizada a partir de nueve segmentos de la sentencia que contienen materiales del diario *O Globo*, usadas como consistentes y suficientes para esta caracterización. ¡Espántense! A partir de estas pruebas documentales, de acuerdo con el magistrado, sería posible rotular al presidente Lula como propietario, de hecho, del departamento en Guarujá.

No quedan dudas que los daños causados por jueces que tiñen su decisión en razón de la parcialidad tienen un potencial superior al que de un simple funcionario público en alguna actuación ilegal. Puesto que ese simple funcionario público, diferente del magistrado, no pone en riesgo el proceso por no ejercer la jurisdicción. El magistrado, obrando parcialmente, en tanto opta en mantenerse en el proceso excediendo sus funciones judiciales por obrar con evidente interés político particular, no posee condiciones de entablar una decisión jurídica capaz de considerarse legítima. Es en este tipo de situación que se verifica el abuso de la jurisdicción, visto que hay un alejamiento del interés público para la preservación, en este caso, del interés político particular.

En la práctica, lo que se verifica es un tribunal de excepción que se materializó con la sentencia de la condena de Lula. La fábula titulada *La ropa nueva del rey*, nos recuerda la posibilidad de presentar la metáfora cuando sentencia la farsa: “¡El rey está desnudo!”

Finalmente, cabe destacar la parte final de la sentencia en inglés: *‘Be you never so high the law is above you’* [“No importa cuán alto estés, la ley siempre estará por encima de ti”].

Este pasaje ilustra bien la actuación del magistrado. Era como si estuviese rindiendo homenaje a las enseñanzas y orientaciones que tuvo en los Estados Unidos para encarar este proceso. Al colocar que nadie estaba encima de la ley, se olvidó de sí mismo, aquel que ignoró la Constitución y comprometió gravemente el debido proceso legal. Este último pasaje, solo demuestra cómo el Poder Judicial continúa obrando a partir de la colonialidad del saber y concibe la figura del magistrado como un producto listo para el ejercicio de la colonialidad del ser.

Incluso delante de estas afrontas constitucionales, se espera que el Tribunal Regional Federal reforme la sentencia, absolviendo al expresidente Lula, no por convicción, sino por una cuestión de Justicia.

Isabela de Andrade Pena Miranda Corby*
y Daniel Gonzaga Miranda**

LA SENTENCIA DE LULA Y EL *LAVA JATO* A LA LUZ DEL DERECHO INQUISITORIAL EN EL BRASIL DEL SIGLO XVIII

EN LAS OPORTUNIDADES que nos referimos a la temática del Derecho Inquisitorial,¹ casi siempre nos viene a la imaginación escenas de hogueras, castigos en plazas públicas de la Europa Medieval y magistrados parciales que, como tentáculos de la Iglesia, investigan, inquietan, sentencian y ejecutan. Todo este imaginario nos lleva a creer que el Derecho construido por los tejidos de la Inquisición presenta una estructura jurídica sin criterios previamente definidos y su aplicabilidad es consecuente de una voluntad de saña de castigo de la Iglesia y el Estado, conectados por el régimen del Patronato, el que puede entenderse como “una combinación de derechos, privilegios y deberes concedidos por el papado a la Corona

* Abogada en la Asesoría Popular María Felipa. Máster en Derecho por la UFMG. Profesora en el Curso de Derecho en la Facultad *Promove* en Belo Horizonte. Feminista y militante social.

** Graduado en Historia por la Universidad Federal de São João del Rei y militante de las Brigadas Populares.

1 El Derecho Inquisitorial explorado en este ensayo es el oriundo de la Inquisición Ibérica, creado en los Reinos de Castilla y Aragón y de Portugal en el tránsito del siglo XV al XVI. Para más informaciones, ver: Marcocci y Paiva (2013).

portuguesa, patrona en las misiones e instituciones eclesiásticas católicas romanas” (Azzi, 1983: 155).

Sin embargo, nuestra formación histórico jurídica es deficitaria en muchos aspectos –inclusive en este campo de los institutos inquisitoriales. Esto implica generalmente la reafirmación del escenario explicitado antes, el que tiene como horizonte un Tribunal del Santo Oficio Portugués y deja fuera de los libros del Derecho la presencia de la Inquisición en el cotidiano de la colonia brasileña, actuante desde el primer visitador inquisitorial Heitor Furtado, entre 1591 y 1595, responsable de inspeccionar Pernambuco, Itamaracá y Paraíba (Marocci y Paiva, 2013: 118).

La presencia de los agentes inquisitoriales –notarios, comisarios y familiares– en la colonia fue robusta en algunas capitanías, principalmente en aquellas que suponían más lucros para la Corona, como Minas Gerais. Su actuación perduró hasta el final del siglo XVIII, incluso sin una estructura física de un Tribunal Inquisitorial en las tierras brasileñas. Hay un grupo notable de historiadoras e historiadores que se vienen dedicando hace algunas décadas a desmontar esta historia oficial, tales como Aldair Rodrigues, Anita Novinsk, Bruno Feitler, Laura de Mello Souza, Lina Goinstein, Luiz Mott, Neusa Fernandes, Patricia Ferreira dos Santos, Ronaldo Vainfas, Sonia Siqueira y Ylan de Mattos.

¿Por qué traer la perspectiva del Derecho Inquisitorial para analizar brevemente la sentencia de Lula y la turbulenta Operación *Lava Jato*? Porque la espectacularización de los medios hegemónicos, sumada a las críticas de juristas sobre procedimientos adoptados en esta “cruzada de la fe” por el combate a la corrupción, han traído debates que circundan el imaginario de instituciones relacionadas al Derecho Inquisitorial, como por ejemplo la postura (im)parcial del juez Sérgio Moro y la fuerza de operaciones del Ministerio Público Federal de Paraná, así como la falta (o no) de observancia a los criterios legalmente previstos.

Específicamente en el caso de la sentencia de Lula, varios juristas² han señalado la falta de pruebas concretas y objetivas, evidenciando la carencia de fundamentación jurídica para su condena frente a las exacerbadas convicciones personales del magistrado en el decurso de la construcción del documento condenatorio. Estas críticas, publicadas principalmente en los medios contrahegemónicos, nos suscitan algunas inquietudes y reflexiones en lo que se vincula con las averiguacio-

2 Algunos sitios publicaron críticas en esta vertiente: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/12/comunidade-juridica-critica-condenacao-de-lula-por-sergio-moro/>> y <<http://www.revistaforum.com.br/207/07/16/fernando-britto-na-sentenca-moro-critica-lula-por-nao-cometer-crime/>> Acceso 17 de julio de 2017.

nes en las que el Sistema de Justicia Criminal, al investigar, procesar y condenar a Lula (no podemos olvidar a los demás del mismo campo político ya condenados), obra de forma inquisitorial bajo el comando de los “inquisidores”.

Sin embargo, de antemano osamos desacordar parcialmente con esta deducción, pues, al encaminarnos por los estudios del Derecho Inquisitorial y sus fuentes primarias –sobre todo las denuncias de crímenes del Santo Oficio en el Episcopado de Mariana, en el período de 1745-1764–³ con la cautela de evitar el anacronismo histórico jurídico, verificamos que el desempeño de la máquina inquisitorial en el siglo XVIII en la colonia estaba limitada por un rigor mayor y más calificado en los criterios jurídicos procedimentales, en contrapartida a lo que hemos asistido en el caso concreto de Lula en la Operación *Lava Jato*. Por obvia, esta constatación debe ser considerada en la debida proporcionalidad histórica, observándose las características de cada época.

Proponemos esta reflexión a partir del estudio de las denuncias enviadas al Tribunal del Santo Oficio en el primer Obispado de Mariana (1745-1764),⁴ principalmente de los supuestos crímenes de heterodoxias, blasfemias, desacatos y hechicerías, valiéndose de la microhistoria y de la historia desde abajo –metodologías que privilegian las voces de los silenciados por la Historia oficial. Estas denuncias fueron compiladas en un documento intitulado “Cuadernos de Promotor”.

Una voluminosa serie documental compuesta por manuscritos sueltos, organizados en forma de código, de entre 300 y 600 folios, contiene el registro de denuncias, sumarios de testigos, inquisiciones y averiguaciones realizadas en Brasil durante el período de actuación del Santo Oficio en la Inquisición de Lisboa (Chaves de Resende, 2013: 403).

En los diecinueve años del primer obispado en la capitanía *mineira*, se localizaron 152 denuncias de crímenes en los “Cuadernos del Promotor”, documentación que reúne diversos delitos previstos por el Regimiento Inquisitorial de 1640 (Siqueira, 1996). Esta codificación extensa se dividía en 3 libros y 72 títulos, condensando cuáles eran los crímenes y cómo serían procesados, desde la investigación, hasta la ejecución de la sentencia por el Tribunal del Santo Oficio, así como por sus agentes. Fernandes (2011: 60) afirma que el poder

3 La autora se dedicó a este estudio a lo largo de su maestría, que originó la obra: *A Santa inquisição nas Minas: Heterodoxias, Blasfemias, Desacatos e Feitiçarias* (Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2017).

4 Para más informaciones sobre este período, ver Ferreira dos Santos (2007. 306).

obtenido por el Santo Oficio era consecuente de la madurez institucional detallada en esta legislación, sobre todo debido a la observancia del texto legal en su aplicabilidad. Teniendo en vista lo expuesto, se muestra equivocado el imaginario suscitado en el inicio de este ensayo de que la Inquisición tuvo una estructura jurídica vacía y sin criterios: en realidad, los estudios demuestran lo contrario.

Además, hay otro dato relevante a ser considerado sobre estas denuncias. Algunos historiadores como Aldair Rodrigues, Leônia Chaves de Resende y Ronaldo Vainfas, revelan que gran parte de estas denuncias ni siquiera se tornaron procesos inquisitoriales por medio de distintas perspectivas en sus justificaciones. Vainfas considera que muchas de las denuncias relacionadas a las hechicerías y adivinaciones, el mayor número de entre los otros supuestos crímenes localizados en las denuncias del primer obispado de Mariana era motivado por intrigas y venganzas:

Enemistades, pequeñas disputas, son algunas de las razones de varias denuncias hechas al visitador; que, en verdad, siempre inquiría a los delatores sobre sus relaciones con los acusados. Aunque incitase oposición en la comunidad, la Inquisición deseaba acusaciones verdaderas y fundamentadas, aunque sea el “no escuché nada al respecto” y no las disputas de vecinos (Vainfas, 2010: 296).

A partir de la mirada de Vainfas, percibimos que la alternativa del Derecho Penal desde la Inquisición fue utilizada como medio de venganzas personales y justamente por esto es que los agentes inquisitoriales tenían la cautela de obtener un número razonable de testigos, denuncias y realizaciones de averiguaciones para llevar adelante un proceso en el Tribunal del Santo Oficio. Realizadas estas breves consideraciones sobre los procedimientos inquisitoriales, y sin dejar de tener como horizonte los abusos cometidos por sus agentes en nombre de la pureza de la fe, es posible constatar que en este sistema había una mínima observancia en cuanto a las previsiones legales de aquella época.

La sentencia de Lula, en la que se fija una condena de nueve años y seis meses, fue fundamentada en gran medida –por no decir totalmente– en una única fuente de prueba: la segunda delación de Leo Pinheiro, ex presidente del grupo OAS. Su primer acuerdo de colaboración premiada, en la que Lula era tenido por inocente, fue rechazado. El proceso escuchó un total de 73 testigos, de los cuáles 27 por la acusación negaron que él hubiera recibido un departamento triplex en Guarujá (SP) como contraprestación de corrupción en contratos firmados entre Petrobras y la constructora OAS.

Este único dato de la sentencia de Lula, por sí solo, demuestra que la Operación *Lava Jato* se contrapone al Derecho Inquisitorial Ibérico, y en cierta medida es menos *craterioso* al aplicar la legislación y sus procedimientos, faltando una base de pruebas mínimas para condenar a un expresidente de la República, teniendo en vista que no hay ningún registro que compruebe que el triplex sea propiedad de Lula. En suma, la falta de criterios deja esta sentencia distante incluso del mismo Derecho Inquisitorial.

Sin embargo, otras características presentan semejanzas, como el uso de testigos como prueba cabal para condenar crímenes por herejía. El magistrado Sérgio Moro utiliza este mismo recurso, más allá del hecho de que la sentencia es enorme, repetitiva, sin objetividad y nada contundente. El Tribunal del Santo Oficio también se valía de este expediente. Ya existía duda acerca de las condenas, así que eran necesarias páginas y páginas para convencer de una culpa previamente impuesta. Además de esto, la propia espectacularización elaborada por los medios acerca de la Operación *Lava Jato* asume una de las consecuencias más significativas impuestas por la Inquisición a los colonos: la exposición de los pecadores en la plaza pública.

En virtud de las semejanzas detectadas y de algunas distorsiones sobre lo que realmente fue el Derecho Inquisitorial, discordamos parcialmente con los informes de que Lula sufrió una Inquisición. Pero algo precisa ser el norte de nuestros horizontes. La Inquisición no dejó resquicios, pero sí marcas indelebles en nuestra práctica penal –y precisamos superar las prácticas jurídicas de la edad moderna.

En consecuencia, no podemos olvidar que todas las arbitrariedades y abusos ocurridos en este proceso contra Lula son prácticas rutinarias en el ejercicio de la abogacía penal, cuya clientela es la población negra y periférica que sigue siendo encarcelada en masa en los presidios brasileños. Luego, se torna imperioso para el campo político de la izquierda proponer nuevas políticas de seguridad y un plano urgente de democratización del sistema de Justicia brasileño.

BIBLIOGRAFÍA

- Azzi, R. “A Instituição Eclesiástica durante a primeira época” en Hoornaert, E. *et al.* 1983 *História da igreja no Brasil: ensaio de interpretação a partir do povo. Tomo II* (Petrópolis: Vozes).
- Chaves de Resende, M. L. 2013 “Minas Gerais sub examine: inventário das denúncias nos Cadernos do Promotor da Inquisição de Lisboa (século XVIII)” en Furtado, J. F. y Chaves de Resende, M. L. (orgs.) *Travessias inquisitoriais das Minas Gerais aos cárceres do Santo Ofício: diálogos e trânsitos religiosos*

- no império luso-brasileiro (sécs. XVI – XVIII)* (Belo Horizonte: Fino Traço).
- Corby de Andrade Pena Miranda, I. 2017 *A Santa Inquisição nas Minas: Heterodoxias, Blasfêmias, Desacatos e Feitiçarias* (Belo Horizonte: D' Plácido).
- Fernandes, A. N. 2011 *Dos manuais e regimentos do Santo Ofício portugueses: a longa duração de justiça que criminalizava o pecado (séc. XIV-XVIII)*, Disertación de Maestría en Historia, Universidad de Brasília, Brasília. En <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/8790>> Acceso 02 de abril de 2015.
- Ferreira dos Santos, P. 2007 *Poder e palavra: discursos, contendas e direito do padroado em Mariana (1748-1764)*, Disertación de Maestría en Historia, Universidad de San Pablo, San Pablo.
- Justificando 2017 “Comunidade jurídica critica condenação de Lula por Sérgio Moro” en <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/12/comunidade-juridica-critica-condenacao-de-lulapor-sergio-moro/>> Acceso 17 de julio de 2017.
- Marcocci, G. y Paiva, J. 2013 *História da Inquisição Portuguesa (1536-1821)* (Lisboa: A Esfera dos Livros).
- Revista Fórum 2017 “Fernando Britto: na sentença Moro crítica Lula por não cometer crime” en <<http://www.revistaforum.com.br/2017/07/16/fernando-britto-na-sentenca-moro-critica-lula-por-naocometer-crime/>> Acceso 17 de julio de 2017.
- Siqueira, S. 1996 “A disciplina da vida colonial: os Regimentos da Inquisição” *Revista del Instituto Histórico y Geográfico Brasileño* (Río de Janeiro: IHGB) Año 157, N° 392, jul.-sept.
- Vainfas, R. 2010 *Trópico dos pecados* (Río de Janeiro: Civilização Brasileira).

James Walker Jr.*

LA CRIMINALIZACIÓN DE LA AMPLIA DEFENSA

INVITADO A PARTICIPAR de esta relevante obra que trata críticamente sobre la sentencia¹ proferida por el juez titular de la 13ª Sala Federal Criminal de Curitiba, a través del cual fue condenado el expresidente de la República, vislumbramos, *ab initio*, una serie de situaciones anómalas y, por esto, extrañas al ejercicio regular de la judicatura.

Se verifica en la fundamentación decisoria una característica de deslegitimación sistémica del ejercicio defensivo y de garantías, capaz de generar una dificultad intrínseca de reconocimiento de legitimidad de los preceptos decisorios, en la medida en que el magistrado confunde el ejercicio del derecho de acción como una “táctica bastante cuestionable, como de intimidación a quien juzga, con la proposición

* Abogado criminalista, profesor universitario, presidente del Instituto Brasileño de Cumplimiento (IBC), presidente de la Comisión de Anticorrupción y Cumplimiento de la OAB-Barra RJ, presidente de la Asociación Brasileña de los Abogados Criminalistas (ABRACRIM-RJ), especialista en *Compliance* por la Fordham University, NY, especialista en *Compliance* y Derecho Penal por la Universidad de Coimbra, doctorando en Ciencias Jurídicas por la Universidad Autónoma de Lisboa (UAL), socio del gabinete Walker Abogados Asociados.

1 Disponible en <http://estaticog1.globo.com/2017/07/12/sentenca_lula.pdf> Acceso 21 de julio de 2017.

de una denuncia infundada, y de intimidación de otros agentes de la ley, Procurador de la República y Delegado con la proposición de acciones de indemnización por crímenes contra la honra”.

Históricamente, podríamos referenciar que desde Beccaria (2001 [1764]), existe una meta racional de la dogmática, capaz de limitar los excesos del Estado, impidiéndose que, al contrario, estos excesos sean empleados en la perspectiva de una racionalidad utilitarista de la persecución penal.

En su decreto condenatorio el magistrado describe, en una perspectiva de violación de derecho, el regular ejercicio del derecho de acción como mecanismo represor, o incluso intimidatorio, cuando la defensa, obediente a los estamentos propios de la práctica defensiva, propone acciones legítimas para alcanzar los primados defensivos constitucionales.

Así describe el juez:

958. Como defensa en la presente acción penal ha adoptado, orientado por sus abogados, tácticas bastante cuestionables, como de intimidación a quien juzga, con la proposición de denuncia penal improcedente, y de intimidación de otros agentes de la ley, al Procurador de la República y Delegado, con la proposición de acciones de indemnización por crímenes contra la honra. Incluso promovió acción de indemnización contra los periodistas que revelaron hechos relevantes sobre el presente caso, también juzgada improcedente (tópico II.1 a II.4). Ha todavía proferido declaraciones públicas como mínimo inadecuadas sobre el proceso, por ejemplo sugiriendo que de asumir el poder irá a encarcelar a los Procuradores de la República o Delegados de la Policía Federal (05 de mayo de 2017, “si ellos no me encarcelan luego quién sabe si un día yo mando a encarcelarlos por las mentiras que ellos dicen”).² Estas conductas son inapropiadas y revelan el intento de intimidación de la Justicia, de los agentes de la ley y hasta de la prensa para que no cumplan su deber.

Surge de la transcripción una autocreación jurídica, con la pretendida intención de coexistencia sistémica con la matriz de garantías constitucionales, donde el magistrado pone en desacuerdo la fundamentación condenatoria, para intentar criminalizar el ejercicio del derecho de acción, como práctica defensiva, en verdadera hipertrofia del control penal, valiéndose de argumentos de espectacularización, que rayan el sensacionalismo, cuando invoca, inclusive, el legítimo ejercicio de acción indemnizatoria del expresidente en frente de los periodistas,

² Según <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/se-eles-nao-me-prenderem-logo-quem-sabe-eu-mando-prende-los-diz-lula/>>.

para intentar caracterizar una táctica cuestionable de defensa: “[...] Incluso promovió acción de indemnización contra periodistas que revelaron hechos relevantes sobre el presente caso [...]”.

En la perspectiva del juez, se percibe una verdadera hipérbole sensacionalista,³ capaz de capturar el estado emocional del lector menos preparado para la hermenéutica, sobre todo de aquellos que, naturalmente, en razón del tono mediático del caso, se alejan de los estándares mínimos de seguridad del sistema de garantías constitucional, promoviéndose un verdadero desnivel en el campo de juego.

Afirmar en una sentencia, por medio de la pluma de un magistrado, que la defensa del acusado, al emprender el legítimo ejercicio del derecho de acción, inclusive frente a los periodistas, puede significar una táctica de “intimidación a quien juzga”, caracteriza una autocreación jurídica, que enfrenta la epistemología garantista, capaz de herir sustancialmente el cognitivismo ético de la actividad judicante.

Podemos invocar, en alguna medida, las lecciones del profesor René Ariel Dotti (2013: 799), acerca del ejercicio de la acción penal de iniciativa privada, que así señala:

“La acción penal de iniciativa privada es una de las conquistas democráticas de la ciudadanía y corresponde a una de las garantías fundamentales de la CF: El acceso al Poder Judicial para la defensa del bien jurídico amenazado o perjudicado (art. 5°, inc. XXXV)”.

Se revela esta argumentación como una de entre varias iniciativas de aquel juez, tendientes a subvertir la estandarización del sistema penal, creándose una elasticidad de la interpretación artificial del ejercicio del derecho de acción como instrumento de criminalización de los mecanismos de defensa y lucha contra la arbitrariedad.

En efecto, el lenguaje empleado por el magistrado para acuñar la iniciativa defensiva, atribuyéndole el rótulo de “intimidatoria”, revela una contaminación del discurso, capaz de revelar severas influencias de la psiquis del juez, probablemente capturada por la indeseable repercusión mediática del caso, en donde las pasiones políticas promovieron un verdadero vaciamiento de la seguridad jurídica, capaz de alcanzar los contornos de legalidad de aquel decreto condenatorio.

3 Carvalho (2015: 420): “En que pesen algunos documentos procesales caracterizados por una intrigante debilidad informacional –sobre todo aquellas que provocan el inicio de la persecución criminal y, consecuentemente, demarcan aquello que será el objeto jurídico de discusión (noticia criminal, denuncia o demanda)–, la traducción de la situación delictiva en un proceso penal igualmente produce discursos potencialmente sensacionalistas”.

Esta contaminación lingüística que denota la captura psíquica del juez por variables no jurídicas, propias del proceso mediático, sobre todo en los denominados maxiprocesos, impone el desafío epistemológico de separar las interferencias probatorias de las creencias, estas últimas consideradas como un “estado mental” (Boghossian, 2011: 21).

Esta es la lección que se extrae del aula de los profesores Juarez Tavares y Geraldo Prado (2016) cuando exponen:

Además de los procesos penales hay procedimientos definidos de delación premiada y, como es inevitable, en circunstancias semejantes, alimentadas por el interés de la comunicación social, que confieren a los hechos amplia e intensa cobertura, dicha en un lenguaje que colonizará requerimientos y decisiones, desviándose de términos técnico jurídicos, los prejuizamientos tomarán la forma inadecuada de los fundamentos decisorios, al paso que las convicciones todavía se suceden con la excusa de cualquier actividad probatoria.

El proceso y la sentencia revelan un duelo ideológico, donde el juez, abandonando su lugar histórico de equidistancia entre las partes, se posicionó, desde siempre, incluso en materia mediática, como una especie de “defensor del sentimiento de la patria traicionada”, aproximándose peligrosa y lamentablemente a la posición de inquisidor.

Al confirmar esta aproximación inquisitoria del juez al órgano de acusación, desnaturalizando su función juzgadora e hiriendo de muerte el principio de juez imparcial, traemos a colación las palabras del propio magistrado, no dichas en los autos, pero sí en su canal de comunicación de preferencia, léase, los medios, diciendo así (*GI Globo*, 2015):

“El premio en verdad no es para mí, hay un trabajo colectivo que involucra al Ministerio Público, la Policía Federal, la Recaudación Federal e, incluso en el Poder Judicial, existe un trabajo que no es solo mío, sino mío, del tribunal, del Superior Tribunal de Justicia, del Supremo Tribunal Federal, y es un trabajo todavía en curso, y la única preocupación es llegar al final de este trabajo garantizando a todos el debido proceso legal sin atropellos. Pero nos contentamos con el premio, pues constituye el reconocimiento de la calidad del trabajo”, dijo el juez.

Se revela fuera de duda la perspectiva aproximativa establecida entre el magistrado y la acusación, que no solo es confirmada como erigida a la categoría de premio, entendiendo el juez que su trabajo es obra de iniciativa colectiva con la policía, el ministerio público y otros órganos de represión.

Se impone el restablecimiento del paradigma histórico del principio del juez imparcial, equidistante de las partes, capaz, sí, de castigar, sin reclamar para sí la iniciativa punitiva, o establecer la con-

frontación con el acusado, según las lecciones de Foucault (2014: 73): “Es preciso castigar de otro modo: eliminar esta confrontación física entre soberano y condenado, este conflicto frontal entre la venganza del príncipe y la cólera contenida del pueblo, por intermedio del torturado y el tirano”.

En pleno siglo XXI, frente a la necesidad estatal de mantenimiento del orden jurídico, nos deparamos con un modelo ancestral de justicia criminal, donde el Estado-juez emprende la cosificación del enjuiciado, arrebatándole derechos y garantías constitucionales, reinaugurando una inquisición dormida desde hace mucho.

Que los tribunales superiores puedan rescatar, en un momento inoportuno, la tradición brasileña de una justicia democrática, restableciendo el primado constitucional de garantía de los derechos y principios que sitúan al ser humano en la centralidad del orden jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

- Beccaria, C. 2001 (1764) *Dos delitos e das penas* en <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>> acceso 21 de julio de 2017.
- Boghossian, P. 2011 *O medo do conhecimento contra o relativismo e o construtivismo* (Lisboa: Gradiva).
- Carvalho, S. 2015 *Antimanual de Criminologia* (San Pablo: Saraiva) 6ª edición.
- Dias, J. de F. 2012 *Direito Penal - Parte Geral. Tomo I* (Coimbra: Coimbra editora) 2ª edición.
- Dotti, R. A. 2013 *Curso de Direito Penal - Parte Geral* (San Pablo: Revista dos Tribunais) 5ª edición.
- Ferrajoli, L. 2014 *Direito e Razao: Teoria do Garantismo Penal* (San Pablo: Revista dos Tribunais) 4ª edición.
- Foucault, M. 2014 *Vigiar e punir: nascimento da prisao* (Río de Janeiro: Petrópolis) Trad. R. Ramallete. 42ª edición.
- G1 Globo 2015 “Juiz da Lava Jato ganha premio de personalidade do ano do ‘Globo’” en <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/03/juiz-da-lava-jato-ganha-premio-de-personalidades-do-ano-do-globo.html>> Acceso 21 de julio de 2017.
- Silva Jardim, A. 2007 *Direito Processual Penal* (Río de Janeiro: Forense) 11ª edición.
- Travares, J. y Prado, G. 2016 *O Direito Penal e o Processo Penal no Estado de Direito: Analise de casos* (Florianópolis: Emporio do Direito).

João Paulo Allain Teixeira*,
Gustavo Ferreira Santos** y
Marcelo Labanca Corrêa de Araújo***

MORO, LULA Y EL TRÍPLEX

NOTAS SOBRE UN JUICIO

EN EL DÍA 12 DE JULIO fue publicada la sentencia del juez Sérgio Fernando Moro condenando al expresidente Lula a 9 años y medio de prisión por crimen de corrupción y lavado de dinero.¹ La decisión, vertida en 238 páginas y 962 párrafos, desarrolla la justificación y los fundamentos del juez Sérgio Moro para la condena por el caso del departamento tríplex en Guarujá. Llama la atención en el

* Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Pernambuco y de Filosofía del Derecho de la Universidad Federal de Pernambuco. Máster (UFPE / Universidad Nacional de Andalucía) y doctor (UFPE) en Derecho.

** Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Pernambuco y de la Universidad Federal de Pernambuco (licenciado). Máster (UFSC) y doctor (UFPE) en Derecho. Posdoctor por la Universidad de Valencia. Becario de Productividad en Investigación del CNPq. Procurador del Municipio de Recife.

*** Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Pernambuco. Máster y doctor en Derecho (UFPE). Posdoctor por la Universidad de Pisa. Procurador del Banco Central.

1 La decisión señala la condena. Sin embargo, establece en el párrafo 959 que “la prisión cautelar de un expresidente de la República no deja de involucrar ciertos traumas, la prudencia recomienda que se aguarde al juzgamiento por la Corte de Apelaciones antes de extraerse las consecuencias propias de la condena. Así, el expresidente Luiz podrá presentar su apelación en libertad”.

documento la fragilidad de los argumentos jurídicos, pareciéndose más en varios pasajes una autodefensa que una condena propiamente dicha, circunstancia típica de un juez que, al haberse envuelto personalmente en la causa, perdió la imparcialidad y la condición de legítimo juzgador.

Notorio entusiasta de la experiencia italiana con la operación *Mani Puliti*, considerada por el propio Moro (2004: 56), como “una de las más impresionantes cruzadas judiciales contra la corrupción política y administrativa”, el juez indica como decisiva la “deslegitimación de la clase política” para el éxito de las investigaciones en casos de corrupción (Moro, 2004: 57). Para alcanzar este fin, Moro defiende la alianza entre el Poder Judicial y la opinión pública a través de una amplia divulgación de los medios respecto de la actuación de los magistrados. No en vano los videos en que el propio Moro pide apoyo a la población para la continuidad de su cruzada. En cuanto a los métodos adoptados para la obtención de las pruebas, Moro es un defensor entusiasta de la delación premiada, considerando que “los crímenes contra la Administración Pública son cometidos de manera oculta y, en la mayoría de las veces, mediante artificios complejos, siendo difícil desvelarlos sin la colaboración de uno de los participantes” (Moro, 2004: 58).

La sentencia del juez Moro en la Acción Penal N° 5046512-94.2016.04.7000 que condena al expresidente Lula, además de reflejar estas creencias y convicciones, también es reveladora de las dificultades relativas a la politización del derecho y del modelo activista de actuación judicial en Brasil. La sentencia es en sí misma una muestra de la peligrosa utilización del derecho para finalidades políticas, tal como ocurre en las hipótesis de “*lawfare*”, cuando el derecho es convertido en un instrumento de guerra.

La función de la jurisdicción es dar respuestas jurídicas a problemas jurídicos. La pretensión de responder políticamente a problemas jurídicos compromete la autonomía y la funcionalidad del derecho. Está claro que, tratándose del juicio a un expresidente de la República y candidato potencial al cargo en 2018, la dimensión política del juicio estará siempre presente. En este caso, cabe al juez celar por el estricto cumplimiento del derecho, evitando la utilización política del proceso, ya que el espacio apropiado de la política no es el poder judicial, sino las calles.

En la decisión del juez Sérgio Moro, el informe resume en 47 párrafos la denuncia y la defensa, iniciando la fundamentación de la decisión a partir del cuestionamiento de la defensa sobre la imparcialidad del juez. Por lo tanto, la sentencia evidencia un conjunto de decisiones del TRF-4 que confirman decisiones anteriores del juez

Moro en la conducción del proceso, entre ellas la excepción de sospecha frente a los artículos académicos publicados por el juez, las decisiones sobre ruptura de la confidencialidad telefónica, conducción coercitiva, registros e incautaciones, relaciones con la prensa, etc. Todo este camino argumentativo se extiende hasta el parágrafo 138, cuando entonces la decisión se ocupa de la transcripción de pasajes de las declaraciones en las que el juez habría sido supuestamente ofendido por la defensa.

Entre los varios aspectos de la sentencia merecedores de observación, escogemos trabajar con las delaciones premiadas como estrategia procesal y con algunos pasajes de la evaluación del universo probatorio del juez Moro:

a. Las delaciones premiadas surgieron en Brasil con la Ley 12.850/13, sancionada por la entonces presidenta Dilma Rousseff. De acuerdo con la legislación, la delación tiene por objetivo instrumentalizar la investigación y, por lo tanto, la delación no tiene valor probatorio en sí misma, debiendo ser confirmada por las pruebas que indica. Es un procedimiento cercado de garantías, que estipula los derechos del delatado en los términos del art. 5º, inc. V, “no tener su identidad revelada por los medios de comunicación, ni ser fotografiado o filmado, sin su previa autorización por escrito”. Las delaciones son utilizadas por Moro como mecanismo fundamental de la formación/confirmación de su convicción. El problema de la delación es que ella puede prácticamente transformarse en instrumento de intercambio.² Si el delator dice algo que interesa al juez, tendrá el beneficio, en caso contrario, se aplica el rigor de la ley. En este contexto, la delación asume un papel fundamental. El decreto de prisión preventiva bien puede servir para forzar una delación, así como la libertad acaba siendo el premio para quien la cometió.

b. Para la comprobación de la propiedad del triplex, la sentencia revela desproporción analítica, ya que Moro reserva pocos párrafos para analizar la tesis de la defensa. Para la acusación, el espacio dedicado en la decisión es extenso. Moro recurre incluso a las noticias de los periódicos para formar su convicción.³ El juez transforma, en

2 Art. 40, § 80, L. 12.850/13: “El juez podrá recusar homologación a la propuesta que no atienda a los requisitos legales, o adecuarlos al caso concreto”.

3 Parágrafo 376: “Resta destacar que, en el año siguiente a la transferencia del emprendimiento inmobiliario para Emprendimientos OAS, el *Jornal O Globo*, publicó material de la periodista Tatiana Farah, más específicamente el 10/03/2011, con el siguiente título “Caso BANCOOP: triplex del matrimonio Lula está atrasado”; Parágrafo 412: “No mucho después, el 07/12/2014, el *Jornal O Globo* publicó materia de los periodistas Germano Oliveira y Cleide Carvalho al respecto del departamento triplex del Condominio Solaris, en Guarujá, y que, según ella, pertenecería a Luiz Inácio Lula da Silva y a su esposa Marisa Leticia Lula da Silva. Ver <<http://oglobo>.

varios pasajes de la decisión, suposiciones de testimonios en afirmaciones perentorias. Por ejemplo cuando afirma en la sentencia, sobre la declaración de: “Según ella, la visita habría tenido el objetivo de verificar si el departamento estaba quedando bien con la reforma”. En verdad, el testigo respondió a la pregunta del Ministerio Público sobre el objetivo de la visita al departamento de Marisa Leticia y su hijo: “Mire, verificar el avance de la reforma, sostengo que eso”. Y, más adelante, dijo “yo no estaba muy cerca de ellos, fue un ‘ah, está quedando bien’, ahí se da a entender qué fue lo que ellos pidieron” (parágrafo 488).

Los rumores oídos por los testigos también se volvieron pruebas. En la sentencia se destaca la declaración de Rosivane Soares de que era “afirmación común” en el condominio y en la región de que el departamento era del presidente Lula. Dijo la testigo, respondiendo si escuchaba hablar de quién era el departamento:

[...] sí, la mayoría de los que vivían en el condominio, de los negocios en la región, yo experimenté hasta sorpresa cuando comencé a trabajar allá, que no sabía sobre esta información, y fui informada, hasta la primera ocasión que tuve con un comerciante cuando fui a hacer un registro de la empresa para poder facturar, para poder comprar materiales básicos de la construcción, y fue él justamente que me dijo: —Ah, es el departamento de Lula—; pero no fui informada desde el principio, así, de manera documentada, no tengo ningún documento en que me fuera formalizada esa información (§ 500).

Es común, en estas declaraciones de los funcionarios de las empresas responsables por las reformas, preguntas sobre la postura de Marisa Leticia en la visita al departamento. El sentimiento de los testigos sobre su comportamiento en tanto compradora o propietaria es utilizado para fundamentar la decisión. Afirma el magistrado en el parágrafo 506: “En una de las visitas de Marisa Leticia Lula da Silva, la testigo afirma que le habría mostrado las dependencias del condominio y que, en su opinión, ella se portaba como una propietaria del inmueble y no como una potencial compradora”

La alianza del juez con la opinión pública (que Moro defiende y cultiva) patrocinada por los grandes medios nacionales transformó las pruebas en un mero detalle procedimental. Cuando las pruebas (o su ausencia) no hablan por sí mismas, toda decisión se torna imprevisible, fluctuando al sabor de la conveniencia del momento.

globo.com/Brasil/cooperativa-entrega-triplex-de-lula-mas-tresmil-ainda-esperam-imovel-14761809>.

La sentencia es, así, no solo reveladora de una expansión peligrosa de la jurisdicción en Brasil, sino que presenta además las medidas típicas de un régimen de excepción democrático. No hay juicio verdaderamente justo con la limitación del derecho de defensa y con la predominancia de averiguaciones y conjeturas por parte del juez para conducir decisivamente el curso del proceso.

La decisión que condenó al Presidente Lula no está fuera de contexto. Se inserta en un proceso de expansión del poder de los jueces. Proceso que ya preocupaba cuando era diagnosticado en las estrategias argumentativas adoptadas en la jurisdicción constitucional. Ahora, cuando se aloja en la justicia criminal, hace encender una luz amarilla. Sin frenos, asistiremos a nuevos espectáculos de decisiones arbitrarias y voluntarismo en los próximos años.

Cuando las personas investidas de los poderes especiales de magistrado se sienten con la voluntad de decidir de la forma que entienden como la correcta, sin necesidad de atender a normas, orientadas apenas por su sentido personal, todos estamos amenazados. Las bases del Estado de Derecho son corrompidas. Quedamos a merced de la reacción de una autoridad sin límites, que lo puede todo.

En la clásica tipología weberiana de las formas de dominación, la dominación carismática es caracterizada por la creencia en cualidades extraordinarias del gobernante. Ahí se insertan los demagogos y los caudillos. Lo que el juez Moro ha hecho es una típica apelación a las masas, propia de las democracias cesaristas, algo problemática cuando se trata del Jefe del Ejecutivo, pero especialmente preocupante cuando hablamos de alguien responsable por el ejercicio de la jurisdicción.

BIBLIOGRAFÍA

Moro, S. F. 2004 “Considerações Sobre a Operação *Mani Puliti*” en <http://s.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>.

João Ricardo Wanderley Dornelles*

EL MALABARISMO JUDICIAL Y EL FIN DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

*Moro condenó a Lula con mala consciencia.
¿Por qué precisó 60 páginas de autojustificación
antes de “fundamentar” y dictar la sentencia?*

Leonardo Boff

EN LA ACTUALIDAD VERIFICAMOS la ampliación de las prácticas penales como medio de regulación de los conflictos en la sociedad. Esto ha llevado al pasaje de la política al campo del sistema de justicia, con los procedimientos penales ocupando centralidad en este proceso. El protagonismo del Poder Judicial en los procesos de criminalización ampliada es uno de los puntos más importantes para el enflaquecimiento del orden constitucional democrático y el crecimiento significativo de los espacios de excepción. En Brasil, tales características han sido introducidas como forma de intervención en la lucha política, en especial en las acciones de la “Operación *Lava Jato*”, teniendo como consecuencia inmediata la criminalización de la política, el aumento de la selectividad penal, la estigmatización a través de la construcción de la figura del “enemigo” con profundos retrocesos en el orden democrático constitucional.

Así, ¿cómo justificar una sentencia condenatoria donde no se presentan pruebas, o donde lo que es considerado como prueba se restringe a la delación de otro acusado en intercambio de beneficios en

* Profesor del Programa de Posgrado en Derecho de la PUC-Río. Coordinador General del Núcleo de Derechos Humanos de la PUC-Río. Miembro del Instituto Joaquín Herrera Flores.

su juzgamiento? ¿Cómo considerar sería una sentencia condenatoria sin pruebas materiales, sin documentos comprobatorios de la materialidad del crimen imputado?

Es el caso de la sentencia proferida el día 12 de julio de 2017 por el juez Sérgio Moro, de la 13ª Sala Criminal Federal de Curitiba, contra el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Una decisión que en nada se parece a una sentencia judicial. Asemejándose más a una larga, con más de 200 páginas, opinión personal en relación al acusado.

Al seguir la trayectoria del juez Sérgio Moro, desde el inicio de la llamada “Operación *Lava Jato*” percibimos una gran cantidad de situaciones y decisiones como mínimo dudosas practicadas por él. Comenzando por las innumerables y exhaustivas conducciones coercitivas de diferentes acusados, incluyendo la del propio expresidente; la enorme cantidad de personas presas preventivamente por un largo período de tiempo, sin juzgamiento: las innumerables condenas sin pruebas o con fragilidad de evidencias materiales, llegando a la sentencia condenatoria contra Lula.

La primera lectura de la sentencia llama la atención por la cantidad de páginas, cerca de 70, donde el juez Sérgio Moro da la impresión de que está haciendo una defensa política de la sentencia que irá a anunciar al final de la misma.

Algunos puntos, entre otros, que llaman la atención:

- El juez responsable asume la postura de inquisidor al presentarse simultáneamente como juez y acusador. En diferentes momentos se confundía como parte del proceso;
- Práctica de *lawfare* en relación al acusado;
- Limitación del derecho de defensa, faltándole el respeto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a las Convenciones Internacionales firmadas por Brasil, en lo tocante al tratamiento dispensado al acusado y a sus abogados;
- Selectividad del propio Sistema de Justicia, que condenó al expresidente Lula sin pruebas, mientras que existe una enorme cantidad de pruebas contra el senador Aécio Neves, Michel Temer, Gedel Vieira Lima, etcétera;
- La condena del acusado con absoluta falta de pruebas;
- Escucha ilegal de las conversaciones telefónicas entre el expresidente Lula y la presidenta Dilma Rousseff.

Desde el punto de vista jurídico, la sentencia de Moro es un amontonamiento de argumentos e insinuaciones que no prueban nada. Un

documento que confronta la doctrina jurídico penal, el orden constitucional democrático y los principios civilizatorios que fueron dejados de lado en toda la Operación *Lava Jato*.

La sentencia de Moro incorpora todo lo peor que existe en el área jurídico penal: la lógica inquisitorial del eficientismo penal, del “derecho penal del enemigo”, la confusión promiscua entre el acusador y el juez. En fin, expresa un retroceso, una vuelta al pasado premoderno, preiluminista.

La sentencia del juez Moro, todavía en su informe, en el ítem 32, letra “p”, afirma “que hay pruebas documentales, testimoniales y periciales de que el expresidente era el propietario del inmueble y que las reformas fueron destinadas a él, sin que hubiese pagado el precio o el valor de las reformas”.

Volvemos a la pregunta que no queremos callar. Dónde están las “pruebas documentales, testimoniales y periciales” que el juez Moro afirma que existen. Una afirmación que cae en el vacío, ya que las pruebas jamás aparecieron a lo largo de la sentencia o en los documentos juntados por el Ministerio Público Federal.

No basta anunciar algo para que esto se torne verdad.

Solo por suposición, imaginemos la siguiente situación: alguien resuelve acusar al juez Moro de muchas cosas, imputarle crímenes u otros ilícitos y acciones morales. Y tales acusaciones serán juzgadas por otro magistrado. Sin embargo, las acusaciones quedarían en el campo de las averiguaciones, de las suposiciones, del deseo subjetivo de quien lo habría acusado, en la intención, en caso de que no fuesen presentadas pruebas materiales, testimoniales o periciales. Es decir, *la intención, la suposición, el deseo, la intuición y la convicción*, por sí solo, no se transforman en la comprobación de un hecho, no se tornan verdades. Las acusaciones, sean contra quien sea, solo se tornan verdades con la existencia de pruebas documentales o testimoniales, que provean materialidad a la acusación, dándole contenido y concreción precisa sobre los hechos y los actos imputados al acusado. Solamente tales pruebas son admitidas por el derecho brasileño.

Saliendo del ejemplo anterior, lo mismo se da con relación a la sentencia del juez Moro con relación a las acusaciones contra el expresidente Lula. Todo quedó en el plano de la *subjetividad del juez*, tal vez de su deseo confundiendo con la realidad. Y lo más grave, confundiendo su deseo y subjetividad con su papel público (o lo que debería ser el papel público de un magistrado), con sus deseos personales y/o con sus convicciones y posicionamientos político ideológicos. Pero, aun así, sin las pruebas admitidas en el ordenamiento jurídico brasileño.

La crítica que se hace aquí se refiere a la emisión de una sentencia condenatoria contra un ciudadano, independientemente de quién sea. Una sentencia condenatoria que necesita de más de dos centenas de páginas para intentar probar, de forma meramente argumentativa, la responsabilidad dolosa del acusado con relación al acto imputado a él. Y toda la sentencia fue moldeada apenas con los argumentos presentados por el Ministerio Público Federal y acompañados por el juez.

Y siempre somos obligados a volver a la cuestión inicial, ¿dónde están las pruebas? Atención, estamos preguntando sobre las pruebas, no sobre los deseos expresos a través de argumentos, convicciones o afirmaciones. Pruebas concretas. ¿Dónde están, juez Moro?

Todo esto se torna más grave cuando lo que se presenta como pruebas conclusivas (¿o deberíamos escribir “pruebas”, entre comillas?) son las delaciones premiadas.

Como escribió el Profesor Afrânio Silva Jardim en su “Parecer para o Comitê de Direitos Humanos da ONU”, del año 2016, denominado por él como “Testimonio Calificado”:

Estoy convencido de que el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva está “previamente condenado”. Contra él, se creó un “clima” de verdadera persecución, a través de investigaciones policiales y un proceso penal carentes de tipicidad penal y del mínimo de pruebas de conducta de autoría o participación en delitos. Como se acostumbra decir: seleccionaron al “criminal” y ahora están buscándole el crimen [...].

Para el jurista Fernando Hideo Lacerda “no hay materialidad para la condena por el crimen de corrupción”, como tampoco “hay basamento jurídico para la condena por el crimen de lavado de dinero”. Para él,

[...] el hecho que determina la condena del expresidente Lula fue definido por el juez como la “propiedad de hecho” de un departamento en Guarujá. Frente a esto, fue condenado por corrupción (porque habría recibido este departamento reformado como ventaja indebida del Grupo OAS en razón de contratos con Petrobras) y lavado de dinero (porque habría ocultado y disimulado la titularidad de este inmueble)”.

Moro, en su sentencia, afirmó que “el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva y su esposa eran PROPIETARIOS DE HECHO del departamento 164-A, tríplice, en el Condominio Solaris, en Guarujá”. Hizo tal afirmación, aunque no exista ningún testigo que afirme que Lula o su esposa hayan frecuentado el referido inmueble.

El concepto de “propiedad de hecho”, usado por el juez Moro en su sentencia, no existe en el ordenamiento jurídico brasileño. Y no existe porque es el concepto de Posesión el que más se aproxima a tal

situación. El Código Civil brasileño dispone en su artículo 1.196 que “Se considera poseedor a todo aquel que tiene de hecho o ejercicio, pleno o no, alguno de los poderes inherentes a la propiedad”. En ninguna parte de la sentencia el juez Moro probó que Lula o su esposa hubieran ejercido, plenamente o no, alguno de los poderes inherentes a la propiedad. Es decir, *Lula y D. Marisa nunca fueron propietarios ni tuvieron posesión del referido inmueble* o, si así lo prefiere el juez Moro, nunca tuvieron la “propiedad de hecho” (*sic*).

Por lo tanto, en la sentencia no aparece ninguna prueba, o incluso indicio, de que el expresidente o su esposa hubieran ejercido la posesión sobre el tal triplex. Lo que existe de hecho fue apenas una visita del matrimonio al lugar para conocer el inmueble. Y una visita no configura posesión (“propiedad de hecho”, según el juez) y, mucho menos, propiedad.

En este sentido, ¿qué tenemos? Tenemos una única visita para que el juez concluya que Lula detentaba la posesión sobre el departamento.

Lo más curioso (¿o sería solamente un descuido del juez Moro?) es que no se presentó ningún documento sobre posibles negociaciones para la compra del inmueble, ningún registro de propiedad, ninguna promesa de compra y venta, promesa de donación, nada que pueda indicar que Lula y su esposa habían obtenido al menos la posesión del triplex o la perspectiva de llegar a ser propietarios del mismo.

Hideo Lacerda también llama la atención de que en la sentencia del juez Moro, por lo menos nueve veces, se haya usado material del periódico *O Globo* como si fuesen pruebas documentales. Ciertamente, reconocemos que las Organizaciones Globo tienen un poder especial en relación a todo el proceso de la llamada “Operación *Lava Jato*”, sabemos, como bien se nos recuerda, que “Globo hace la diferencia”. Pero es irse muy lejos el dar estatus de prueba documental a los reportajes periodísticos del diario carioca. Extraño, para no decir lamentable o risible.

Este conjunto de materias de *O Globo*, que en un pase de magia judicial se transformó en “*pruebas documentales*”, ¿sería la comprobación de que Lula es el “propietario de hecho” (*sic*) del departamento? Como dije antes, extraño, lamentable, risible.

Mas era importante vincular el caso a Petrobras, ¿al final cómo justificar que tal juzgamiento estuviese en el ámbito de la Operación *Lava Jato*? El malabarismo judicial no tiene límites. Aquí entra el papel de los delatores del grupo. Un ex director del Grupo OAS, Leo Pinheiro, sería la prueba testimonial para comprobar que la propiedad del inmueble y una reforma realizada serían resultados de las negociaciones que involucran a Petrobras. Debemos recordar que Leo Pinheiro ofreció dos versiones de su delación premiada. En la prime-

ra, eximió al expresidente Lula. Como la versión original no agradó al juez de Curitiba, se hizo otra versión de la delación, desmintiendo lo que había sido declarado anteriormente.

¿Y dónde están las pruebas documentales sobre tales afirmaciones? En ningún documento. Nada. Lo único que existe son las declaraciones reunidas a través de la negociación de acuerdo de delación premiada. Es importante recordar que a los delatores no se les requiere que digan la verdad. *Los delatores las ofrecen no en nombre de la justicia o por elevados principios éticos o nobleza de sus actos, sino para intentar negociar una pena más blanda o, diciéndolo mejor, "salvar su piel".*

También recordamos otras cosas: que el juez Moro no consideró en la sentencia los más de setenta testimonios de defensa de Lula; que en el suceder de los juzgamientos de la Operación *Lava Jato* fue selectivo al tratar las delaciones premiadas, acatando aquellas que podrían indicar algo contra Lula y descartando las que negaban su involucramiento en el recibimiento de sobornos o, por "no venir al caso", las que involucraban a políticos del PSDB, como el expresidente Fernando Henrique Cardoso, Aécio Neves, etcétera.

Para el jurista Dalmo Dallari (2017), la condena del expresidente Lula es ilegal, pues no indica la práctica de ningún crimen. No teniendo fundamento legal, es una sentencia con motivación política, configurando una conducta inconstitucional del juez Sérgio Moro, la que lo sujetaría a su responsabilización, pudiendo llegar a su castigo, por los órganos superiores de la Magistratura.

Dallari (2017) también percibe que la "*decisión larguísima*" cita hechos y presenta argumentos que "no contienen ninguna comprobación de la práctica de un crimen que habría sido cometido por Lula". Concluye que la condena del acusado se dio sin ninguna base de fundamentación legal, por lo tanto resulta una condena política, expresando así su inconstitucionalidad.

La sentencia tiene en consideración la afirmación de que Lula, cuando estaba en ejercicio de la Presidencia de la República, habría recibido un departamento triplex en Guarujá en intercambio de ventajas con el Grupo OAS en contratos con Petrobras. Según Dallari (2017),

Si realmente esto hubiera ocurrido habría un fundamento jurídico para el encuadramiento de Lula como autor de un crimen y para su consecuente condena jurídicamente correcta. Ocurre, sin embargo, que en los registros públicos competentes no consta que Lula haya sido o sea *propietario* del mencionado departamento, ni fue exhibido ningún documento en que él figure como tal, o incluso como comprador comprometido.

Como el acto que fundamentó la condena de Lula jamás existió y ninguna prueba fue presentada para su confirmación, la sentencia condenatoria se basó en un fundamento falso, por lo tanto ilegal.

Finalmente, cabe el recurso para el Tribunal Regional Federal de la 4ª Región (TRF-4), con sede en Porto Alegre. Según el diario *El Estado de S. Paulo*, el TRF-4 ya se opuso al 38% (treinta y ocho por ciento) de los recursos interpuestos contra decisiones del juez Moro. Se espera, así, que aquel tribunal anule la sentencia contra el expresidente Lula. Es bueno recordar que recientemente, en el día 27 de junio de 2017, el TRF-4 recogió el recurso de João Vaccari Neto, ex tesorero del PT, condenado por Sérgio Moro a 15 años y 4 meses de prisión, absolviéndolo de los crímenes de corrupción, lavado de dinero y asociación criminal. Votaron favorablemente a la absolución los jueces de apelación Leandro Paulsen y Victor Luiz dos Santos Laus. El único que defendió el mantenimiento de la condena fue el juez de apelación João Pedro Gebran Neto. El recogimiento del recurso se fundamentó exactamente en la falta de presentación de pruebas en la sentencia condenatoria del juez Moro.

El número relevante de sentencias del juez Sérgio Moro reformadas en el TRF-4 puede ser un indicador de una práctica rutinaria en sus decisiones sin basamento legal.

Lo normal es que los jueces de apelación consideren la fragilidad de las evidencias materiales que fundamentaron la sentencia y absuelvan a Lula. Sin embargo, no vivimos tiempos normales y pesa sobre estos jueces la presión política para impedir su candidatura en 2018. Presión ejercida por los mismos sectores involucrados en el golpe de 2016 que, de forma inconstitucional, apartó a la presidenta Dilma Rousseff.

Una vez más la lección de Dalmo de Abreu Dallari (2017) es esclarecedora:

El dato fundamental es que la condena de Lula por el juez Sérgio Moro no tuvo fundamentación jurídica, quedando, entonces, como justificativo, la motivación política. Y aquí hay que recordar con énfasis que la Constitución brasileña, en el artículo 95, párrafo único, establece, textualmente, que a los jueces les está vedado: “III. Dedicarse a la actividad político partidaria”. Evidentemente, esta actividad puede ser ejercida, y estará siendo ejercida, cuando alguien practica actos teniendo por motivación un objetivo político, sea el favorecimiento de un candidato o de una corriente política, sea la creación de obstáculos para integrantes de una orientación política contraria a las preferencias del juez. O bien profiriendo una decisión desprovista de fundamento jurídico, buscando crear obstáculos para un político opuesto a sus convicciones y a los candidatos de su preferencia, el juez está

participando de una actividad político partidaria. Fue precisamente lo que hizo el juez Sérgio Moro, que, además de proferir sentencia desprovista de fundamento jurídico, ofendió la disposición expresa de la Constitución.

Así, además de la falta de pruebas materiales, la sentencia fue emitida sin fundamento legal y con evidente motivación política. No se trató de una sentencia fundamentada en el derecho, sino de un juicio de excepción.

BIBLIOGRAFÍA

Dallari, D. de A. 2017 “Condenação de Lula: sem fundamento legal” en *Jornal do Brasil*, 15 de julio. En <www.jb.com.br> Acceso 15 de julio de 2017.

João Victor Esteves Meirelles*

LA INCOMPETENCIA DE LA 13ª SALA FEDERAL DE CURITIBA PARA JUZGAR EL “CASO DEL TRÍPLEX”

INTRODUCCIÓN

Alcanzar la madurez significa alcanzar un grado de desarrollo completo, la fase adulta, el grado de plenitud en el arte, en el saber o en la habilidad adquirida (Houaiss, y De Salles Villar, 2009: 1.259).

La madurez de un individuo, o sea, su desarrollo hasta la fase adulta, es medida en el día a día por la forma con que este reacciona frente a las experiencias cotidianas. Es a partir de sus acciones frente a los acontecimientos diarios, principalmente aquellos que le resultan desagradables que se percibe, cualitativamente, su grado de desarrollo. Así, por la forma en que obra, no por lo que afirma, se conoce el grado de desarrollo del individuo.

Con la democracia¹ es igual. El termómetro de la madurez democrática de una sociedad que está bajo el régimen de un Estado de Derecho no se aprende por aquello que declara en su Constitución,

* Abogado. Maestrando en Derecho Penal en la PUC-SP. Posgraduado en Ciencias Criminales por la ESPMP. Graduado en Derecho PUC-SP.

1 Para evitar una confusión semántica en relación al concepto de democracia aquí utilizado, vale resaltar que el término, en este texto, siempre se refiere a la democracia constitucional, no a la democracia mayoritaria. Lo que distingue a ambas es que, mientras en la primera hay adopción de voluntad de la mayoría, respetándose los

por los enunciados normativos que esta posee, sino por su aplicación efectiva, por la forma con que trata a sus ciudadanos frente a las experiencias cotidianas.

De forma similar como se mide el desarrollo del individuo, el estado de madurez democrática de una sociedad se desnuda en los momentos de turbulencia, de experiencias desagradables, mucho más que en los tiempos de normalidad, cuando se navega en aguas tranquilas, al margen de las tempestades.

En los momentos de turbulencia, una sociedad demuestra su compromiso con la democracia por medio del mantenimiento y aplicación de las instituciones esenciales del Estado de Derecho. En los momentos alborotados es donde se constata una democracia constitucional, que prevé los derechos fundamentales de las mayorías, ejerce su función contramayoritaria, contraponiéndose a la voluntad de la mayoría incauta e irracional.

En este caso, la ardua tarea de protección y garantía de los derechos fundamentales contra la barbarie cabe al Poder Judicial, el que jamás puede ceder a la presión social consecuente de la opinión pública(da), bajo pena de vaciamiento de su sentido de existencia.

Brasil vive momentos de turbulencia, tiempos sombríos en que están siendo puestos a prueba los enunciados de lo que fue denominado *Constitución Ciudadana*.

La tempestad, iniciada con el proceso y juzgamiento de la Acción Penal 470 del STF, renombrada por los medios de comunicación social como *Mensalão*, ahora alcanza su ápice con la denominada Operación *Lava Jato*, que investiga la práctica de conductas ilícitas de políticos y grandes empresarios.

La operación, presidida la mayoría de las veces por el juez Sérgio Moro, que se tornó figurita repetida en el noticiero nacional como supuesto emisario de justicia, sirve de paradigma de esta tempestad institucional –en especial en el reciente juzgamiento del expresidente Luis Inácio Lula da Silva– para analizar la fuera de los derechos fundamentales previstos por la Constitución.

Cabría al referido magistrado, en el ejercicio de su función contramayoritaria, contener las pasiones de la parte de la población que destina poco aprecio a los derechos fundamentales, a fin de juzgar el caso con imparcialidad, de acuerdo a la legislación vigente.

derechos fundamentales de minoría, en la segunda hay una predominancia ilimitada de la voluntad de la mayoría. Por el hecho de la democracia mayoritaria, en verdad, se trata de una dictadura de la mayoría, lo que es incompatible con el Estado de Derecho, siempre que se menciona el término democracia en este texto, se adopta el sentido de democracia constitucional.

Sin embargo, muchas decisiones del magistrado responsable por la operación –y la condescendencia de las instancias de recursos con estos actos decisorios– parecen anunciar que nuestra conciencia democrática todavía gatea y que está lejos, muy lejos, de aquello que sería una democracia constitucional.

PREMISAS ACERCA DE LA DEFINICIÓN DE LA COMPETENCIA CRIMINAL

Son muchas las ilegalidades ya perpetradas en el ámbito de la *Operación Lava Jato*, pero una tiene gravedad especial.

Por un lado por la falta de atención de los tribunales y de la opinión pública sobre ella, y, por otro lado, por el peligro que genera para el mantenimiento del Estado Democrático de Derecho: la (in)competencia de la 13ª Sala Federal de Curitiba, PR para procesar y juzgar los casos originados en la operación y, entre ellos, el relacionado al afamado *tríplex de Guarujá*, SP, supuestamente entregado por OAS al expresidente Luiz Inácio Lula da Silva como ventaja indebida.

En un Estado Democrático de Derecho, al Estado le cabe el monopolio para la indagatoria y la aplicación del castigo en los casos en que hubo ofensa o amenaza de derecho.

El artículo 5º, inciso XXXI, de la Constitución Federal de 1988, atribuye al Poder Judicial esta tarea, al establecer que “la ley no excluirá de la consideración del Poder Judicial lesión o amenaza de derecho”. Así, frente a la supuesta práctica del crimen, emergiendo al Estado el poder-deber de considerar el hecho y de castigar a su autor, le cabe al Poder Judicial –y solamente a él– considerar y, si fuese el caso, aplicar el castigo a quien cometió el delito.

Esta función estatal delegada al Poder Judicial se denomina *jurisdicción*, que, en las palabras de De Plácido e Silva (2007: 802) “manifiesta la extensión y el límite del *poder de juzgar* de un juez”.

A pesar de ser ejercida por todos los órganos del Poder Judicial, por cuestión de la división del trabajo y para fines de especialización de las actividades, la jurisdicción se distribuye en diferentes órganos, por medio de criterios de fijación de competencia.

La competencia del juez, en palabras de Badaró (2014: 146), es “el ámbito legítimo del ejercicio de la jurisdicción conferido a cada órgano jurisdiccional”. En otras palabras, se refiere al límite que posee el juez para ejercer su jurisdicción, o sea, la parte de la jurisdicción que compete al órgano jurisdiccional de acuerdo a la ley.

La definición de la competencia para juzgar la práctica de un delito, conforme establece el artículo 69 del Código de Proceso Penal, es fijada con base en el lugar de la infracción, domicilio o

residencia del acusado, la naturaleza de la infracción, la distribución, la conexión o continencia, la prevención o la prerrogativa de función.

Considerando que el objetivo de este artículo es analizar la competencia de la 13ª Sala Federal de Curitiba, PR para procesar y juzgar la acción penal relacionada al tríplex localizado en la ciudad de Guarujá, SP, pero cuyas premisas son válidas para todos los demás casos de la *Operación Lava Jato*, interesa analizar el tema de los criterios fijadores de la competencia por el *lugar de la infracción* y por la *conexión*.

El primer criterio se basa en la localidad de la infracción para establecer la competencia. Así, se tiene que el juez competente es aquel de la localidad en donde se consumó el hecho delictivo.

El segundo criterio que interesa es la conexión, prevista en el artículo 76, incisos I, II y III, del Código de Proceso Penal. La primera modalidad ocurre en los casos de conexión intersubjetiva, intersubjetiva concursal o intersubjetiva por reciprocidad, por medio de las que se justifica el juzgamiento por un mismo juez en consecuencia del interés probatorio y del esclarecimiento de las circunstancias de la conducta.² La segunda modalidad de conexión, prevista en el inciso II del artículo, trata de la conexión objetiva, la que se vincula con los crímenes antecedentes que justifican la atracción de un juez para juzgar hechos que, en un principio, no serían de su competencia. Finalmente, la conexión prevista en el inciso III, denominada conexión probatoria, se refiere a la relevancia comunicativa de las pruebas, lo que justificaría una atracción del juicio con el fin de garantizar una visión más amplia de los hechos por el juez.

Finalmente, también interesa para el presente estudio mencionar la competencia de la prerrogativa de función.

La Constitución define foros especiales para la indagatoria y el juzgamiento de conductas de individuos que ocupan determinados cargos públicos, o sea, el foro se define según la función desempeñada. Así, establece el art. 102, inc. I, apartados “b” y “c”, que cabe al Supremo Tribunal Federal juzgar los crímenes comunes supuesta-

2 De acuerdo a Alexandre Morais da Rosa (2017: 632): “En los términos del art. 76, I, del CPP, se da la conexión intersubjetiva, cuando la conducta criminalizada ocurre en paralelo, sin previo acuerdo, pero en condiciones de justificar el juzgamiento simultáneo (peleas colectivas, protestas conjuntas, etc.), la intersubjetiva concursal, cuando el previo acuerdo para la realización de conductas criminales guarda vínculo entre sí (fruto de arma seguido de robo, por ej.), o intersubjetividad por reciprocidad cuando las conductas autónomas se vinculan por la situación fáctica (lesiones recíprocas, amenazas)”.

mente cometidos por el Presidente de la República, Vicepresidente, miembros del Congreso Nacional, sus Ministros y el Procurador General de la República; y los crímenes de responsabilidad y comunes cometidos por Ministros de Estados, los Comandantes de las Fuerzas Armadas, los miembros de los Tribunales Superiores, del Tribunal de Cuentas de la Unión y los Jefes en misión diplomática de carácter permanente.

LA DEFINICIÓN DE LA COMPETENCIA EN EL CASO DEL TRÍPLEX DE GUARUJÁ: EL ORIGEN DE LA INVESTIGACIÓN Y LA FALACIA DE LA CONEXIÓN

Al subsumir estos criterios legales al caso del *tríplex de Guarujá*, así como para los demás casos de la rumorosa *Operación Lava Jato*, resulta indudable que, ya desde el comienzo, el juez Sérgio Moro no poseería competencia para juzgar estos procesos. Esto porque, salvo una excepción rarísima, no hay hecho ocurrido en el Estado de Paraná que justifique su competencia.³

Ocurre que, de modo sistemático, en cada nueva fase de la denominada *Operación Lava Jato*, la referida autoridad judicial justifica su competencia en virtud de supuesta *conexión* de los nuevos casos con una investigación de lavado de dinero consumado en Londrina, PR. En otras palabras, el juez Sérgio Moro sustenta que el referido lavado de dinero tendría relación con el pago de ventajas indebidas a partir de contratos de Petrobras con sus proveedores.

Se debe, por este motivo, desenmascarar una falacia repetida mil veces por la autoridad judicial de la 13ª Sala Federal de Curitiba, PR, la que se tornó una “verdad”, un “hecho consumado”.

En el caso del *tríplex de Guarujá* no fue diferente. Al decidir sobre el pedido de registros y confiscaciones en la investigación preliminar, la autoridad judicial consignó ser competente, bajo fundamento de haber *conexión* del caso con aquél que investigó el referido lavado de dinero consumado en Londrina, PR.⁴

3 Nótese que la 13ª Sala Federal de Curitiba tiene competencia para el proceso y juzgamiento de acciones penales que versen sobre lavado de dinero ocurrido en el territorio de la Sección Judicial de Paraná, esto es, en el Estado de Paraná.

4 Veamos: “2. Tramitan por este juicio diversos interrogatorios, acciones penales y procesos incidentes relacionados a la así denominada Operación Lava Jato. La investigación, con origen en los interrogatorios 2009.70000032500 y 2006.700000186628, se inició con la averiguación del crimen de lavado consumado en Londrina, PR, sujeto, por lo tanto, a la jurisdicción de esta Sala, habiendo originado el hecho la Acción Penal N° 504722977.2014.404.7000” (Pedido de registro y confiscación criminal N° 500661729.2016.4.04.7000/PR).

Para que el fundamento del Magistrado se sustentase, sería necesario demostrar de forma inequívoca que había un vínculo, una *conexión*, entre el proceso N° 504722977.2014.404.7000 (lavado de dinero en Londrina, PR) y el caso del *tríplex de Guarujá*, de acuerdo con los criterios expuestos anteriormente (incisos del art. 75 del Código de Proceso Penal).

Sin embargo, de largada, todavía sin entrar en la existencia de la supuesta *conexión*, al contrario de lo que argumenta el juez, los elementos del caso de Londrina, PR demuestran que jamás hubo relación de ese lavado de dinero con el pago de ventajas indebidas a partir de contratos de Petrobras con sus proveedores, luego, jamás hubo competencia del juez Sérgio Moro por prevención (art. 78, inc. II, apartado “c”).

En una breve lectura del informe de Acción Penal N° 5047 22977.2014.404.7000 –mencionada por la autoridad judicial como la acción de averiguación de lavado consumado en Londrina– se nota que, en verdad, los recursos utilizados en el referido lavado de dinero tenían por origen ventaja ilícita recibida por el ex diputado federal José Janene vinculada a los hechos de la Acción Penal 470 del Supremo Tribunal Federal.⁵

Jamás hubo prueba alguna de que el monto utilizado por el ex diputado federal para invertir en la empresa Dunel Indústria, ubicada en Londrina, PR, tuviese relación con el recibimiento de ventaja indebida de contratos de constructoras con Petrobras.

La propia denuncia de la Acción Penal N° 504722977.2014.404.7000 relaciona tales ventajas indebidas con los hechos constatados en la Acción Penal N° 470 del Supremo Tribunal Federal.

5 Veamos: “3. En síntesis, según la denuncia, los acusados habrían lavado recursos criminales de titularidad del ex Diputado Federal José Janene para inversiones en un emprendimiento industrial en Londrina, PR, constituyendo la empresa Dunel Indústria. 4. Dice la denuncia que el ex diputado José Janene fue denunciado en la Acción Penal N° 470 ante el Supremo Tribunal Federal, quedando probado en aquellos autos el recibimiento por él y otros diputados del Partido Progresista, por quince veces, de soborno, de cerca de R\$ 4.100.000,00; en el esquema fraudulento conducido por Marcos Valério Fernandes de Souza. El referido diputado habría escapado de la condena por haber fallecido antes del juicio. 5. Alrededor de R\$ 1.165.600,08 en recursos criminales, de titularidad de José Janene, habrían, a su vez, sido invertidos subrepticamente en un emprendimiento industrial en Londrina, específicamente en la empresa Dunel Indústria, que sería de Hermes Freitas Magnus y Maria Teodora Silva. De estos, R\$ 537.252,00 serían originados en transferencias bancarias de cuentas en nombre de personas interpuestas, pero controladas por Carlos Habib Chater, según la denuncia, operador del mercado de cambio negro en Brasilia. De estos, R\$ 618.434,08 tendrían origen en la empresa CSA Project Finance Consultoría e Intermediación de Negocios Empresariales Ltda., Empresa controlada por Alberto Youssef” (Sentencia de la Acción Penal N° 504722977.2014.404.7000).

En realidad, la autoridad judicial siempre tuvo plena conciencia de que su Juicio no era competente para procesar y juzgar a ninguno de los cientos de casos relacionados con la denominada Operación *Lava Jato*. Sin embargo, era preciso “crear” algún fundamento para justificar su competencia. De ahí que fue pincelado un hecho ocurrido en Londrina, PR y, sin mayores preocupaciones, se menciona que tal hecho tiene la capacidad de generar una infinita competencia por *conexión*, sin ninguna explicación acerca de su subsunción a las hipótesis del art. 76, incisos I a III, del Código de Proceso Penal.

Tal artimaña solapa por completo la garantía que todo ciudadano tiene de ser juzgado por un *juez natural* del hecho.

Sin embargo, en un Estado Democrático de Derecho quien define al juez competente para el juzgamiento de un hecho es la ley, solamente la ley. La ley previa, clara y estricta, no el juicio de conveniencia del juez de turno.

Los hechos descritos a continuación revelan cómo la referida autoridad judicial instauró una investigación perpetua contra objetivos seleccionados, extendiendo su jurisdicción a todo el territorio nacional.

Todo esto a lo largo de una investigación que se inició en julio de 2006 y que, aún hoy, *no tiene fecha de finalización*.

Nótese que, en el origen, no había ninguna información que dijese algo respecto de Petrobras.

Ya *llegó la hora* de decir basta a este estado inconstitucional de las cosas.

Los hechos que se multiplican en el seno de la *Operación Lava Jato* deberían haber sido remitidos a sus jueces naturales, dado que la 13ª Sala Federal de Curitiba no es un juez universal.

Ocurre que, en la Acción Penal N° 504722977.2014.404.7000, el hecho originario de la *Operación Lava Jato* es insistentemente utilizado por el Juez Federal Sérgio Moro para invocar el instituto de la *conexión procesal*, ¡hubo una elección dirigida del juez!

A partir de esto, reiteradamente, se usurpó la competencia de otros órganos jurisdiccionales, inclusive del STF.

Sin embargo, antes de la acción referida, se dio el prolongamiento de las investigaciones por casi una década, lo que, por sí solo, es un hecho de extrema gravedad.

Es evidente que la función pública ejercida por el Dr. Sérgio Moro no le confiere la prerrogativa de traspasar perpetuamente la vida de los ciudadanos, ni tampoco la de usurpar la competencia constitucional de otros órganos jurisdiccionales.

La investigación que culminó en la irrupción de la *Operación Lava Jato* tuvo su inicio en 2006. Desde entonces, el titular de la 13ª

Sala Federal de Curitiba, PR ha recibido denuncias contra cientos de investigados y ha autorizado medidas cautelares, además del retorno de los autos, para garantizar una investigación eterna, a su arbitrio.

El 14 de julio de 2006, la autoridad policial requirió al titular de la 13ª Sala Federal de Curitiba, PR con el objetivo de investigar la relación de Alberto Youssef con el fallecido diputado federal José Janene (fojas 05-10 del IPL N° 2006.70.00.018662-8). Fue entonces cuando se inició el fraude en la distribución, con la instauración del procedimiento diverso N° 2006.70.00.018662-8 (posteriormente vuelto como IPL 714/2009), distribuido por dependencia del procedimiento N° 2004.70.00.002414-0.

El elemento que la autoridad policial señaló para requerir la instauración del procedimiento criminal diverso es una prueba de origen ilícita: la intervención de diálogos telefónicos mantenidos entre el abogado Adolfo Góis y su cliente Roberto Brasiliano respecto la declaración que este último prestaría ante la Policía Federal. Además, en aquel momento tanto la autoridad policial como el titular de la 13ª Sala Federal de Curitiba, PR tenían pleno conocimiento de que el Sr. José Janene ocupaba un asiento en el Congreso Nacional, luego, poseía fueros por prerrogativa de función frente al STF (arts. 53, *caput* y § 1º, c.c. 102, *caput* e inciso I, "b", de la CRFB).⁶

Regístrese que el fallecido Sr. José Janene ocupó un asiento en la Cámara de los Diputados en la Legislatura comprendida entre los años 2003 y 2007.⁷

6 Estos son los términos exactos de la representación policial que confirman este argumento: "Para corroborar los indicios de que ALBERTO YOUSSEF sabe y participa de la cuadrilla de lavadores de dinero del Diputado JOSE JANENE, entre ellos, ROSA, MEHEIDIN y STAEL FERNANDA, en el PCD 2006.70.00.012177-4, de interceptación telefónica, constan dos vínculos que dejan indicios que ALBERTO YOUSSEF participó, en la noche del día 20.06.2006, de una reunión en la casa de STAEL FERNANDA, en el Condominio ROYAL GOLF RESIDENCE en Londrina, ya secuestrada por esta Sala Federal, junto a su esposa, JOANA DARC, donde además de ellos participaron: STAEL FERNANDA, ROSA ALICE VALENTE, y MEHEINDIN HUSSEIN JENNANI, el Dr. Adolfo Góis, Abogado de los tres últimos, y el Sr. JOSÉ JANENE. [...] Así, demostrados indicios vehementes de que ALBERTO YOUSSEF sabe y participa, junto con JOSÉ JANENE, como mentor de las artimañas para lavar dinero del diputado a través de su esposa, STAEL y sus asesores ROSA y MEHEINDIN, es que se REPRESENTA por la instauración del PCD [...], Londrina, 14 de julio de 2006. GERSON MACHADO Delegado de Policía Federal" (Fojas 6-10 de la investigación N° 2006.70.00.018662-8).

7 Ver <http://www2.camara.leg.br/deputados/pesquisa/layouts_deputados_biografia?pk=97792&tipo=0>.

El 19 de julio de 2006, el juez Sérgio Moro concedió todos los pedidos de la autoridad policial, sin previa manifestación del MPF, y luego no los puso en disposición al órgano ministerial.

La próxima manifestación de la autoridad policial en los autos solo ocurrió casi un año más tarde, el 03 de mayo de 2007, apenas para remitir los autos a la Sala Federal, que estaba bajo inspección general ordinaria (p. 37 de la investigación N° 2006.70.00.018662-8).

La primera resolución en disposición del MPF solo ocurrió el 9 de septiembre del 2008, más de dos años después de la apertura de la investigación (p. 47 de la investigación N° 2006.70.00.018662-8). El contenido de esta manifestación ministerial es sintomático para que se constate la ausencia de la neutralidad del titular de la 13ª Sala Federal de Curitiba, PR en la conducción de una investigación.⁸

Dos años después del inicio de la investigación, el propio MPF manifestó que las averiguaciones “*resultaron infructíferas*”, razón por la cual requirió a su remesa a la Policía Federal, a fin de que la autoridad policial especificase si había otras averiguaciones pendientes de realización.

El 6 de enero de 2009, casi 120 días después de la manifestación del MPF y sin que la autoridad policial especificara si había investigaciones pendientes de realización, hubo la recolección de una “denuncia anónima” en forma de *e-mail*, instruida con diversos documentos (extractos bancarios y un borrador de contrato comercial). La referida “denuncia anónima” describió que los supuestos hechos cometidos por el fallecido diputado federal José Janene y por Alberto Youssef habrían ocurrido en la ciudad de San Pablo, en una oficina en el barrio Itaim Bibi, utilizado como supuesta base de operaciones de la empresa CSA Project Finance (pp. 54-71 de la investigación N° 2006.70.00.018662-8). Basta observar que la referida empresa fue señalada por la Policía Federal como el centro de operaciones del investigado Alberto Youssef.

8 La conclusión del MPF en su primera manifestación en los autos: “II. Los interrogatorios perpetrados hasta el presente momento para la obtención de pruebas sobre el eventual vínculo entre Alberto Youssef y José Janene para la práctica del delito de lavado de dinero quedaron infructuosas. Además, las conversaciones telefónicas que indican la actuación de Alberto Youssef en el esquema delictivo ocurrieron en junio de 2006, no hay indicios más recientes en cuanto a la posible conducta delictiva. De este modo, este órgano ministerial no vislumbra otros interrogatorios a realizar para profundizar las investigaciones. No obstante, el MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL requiere el retorno de los autos a la autoridad policial, a fin de que indique si vislumbra otros interrogatorios a realizar en el presente hecho, especificándolos. Curitiba, 12 de septiembre de 2008. Leticia Pohl Martello Procuradora de la República” (p. 50 de la investigación N° 2006.70.00.018662-8).

El despacho proferido por la autoridad policial inmediatamente después de la reunión de esos documentos es esclarecedor en cuanto al lugar en que ocurrieron los hechos del procedimiento primitivo de la *Operación Lava Jato*. Se menciona expresamente que el lugar de los hechos era la ciudad de San Pablo.⁹

O sea, en 2006, en el inicio de la investigación, frente al fuero por prerrogativa de función del difunto diputado federal José Janene, el titular de la 13ª Sala Federal de Curitiba, PR violó la competencia del STF para conocer los hechos. En 2009, los documentos juntados en los autos de investigación demostraron que, en aquella etapa, debería haber ocurrido la declinación de competencia de uno de los Fueros Federales Especializados de la Subsección Judicial de San Pablo, por fuerza de los arts. 70 y posteriores del CPP.

Aunque fuese procedente el argumento de que el lavado consumado en Londrina, PR realmente tuviera alguna relación con el recibimiento de ventajas indebidas en contratos con Petrobras, lo que se admite solo por amor al debate, hay que cuestionarse: ¿cuál es la relación de tal hecho con lo que fue objeto de la denuncia ofrecida contra el expresidente Lula? ¿Cuál es la prueba de la infracción investigada en la Acción Penal N° 504722977.2014.404.7000 o en cualquiera de sus circunstancias elementales que influye en la prueba de la infracción investigada en el proceso N° 5046512-94.2016.4.04.7000, a razón del instituto de la competencia por conexión?

La respuesta la da Lênio Luiz Streck:

[...] en un país en que aquel que provoca tumulto en un puesto de gasolina Petrobras situado en Agudo o en Inhambu corre el riesgo de ser juzgado en Curitiba habla de la competencia infinita de la operación *Lava Jato* [...] ¿Cómo esta puede ser competente? No sé. No tengo la menor idea. Estoy apenas metaforizando. Moro siempre tiene una forma de ver y encontrar una conexión [...] Se trata de la conexión para llevar todo a Curitiba. Todo siempre está relacionado, como en la historia del sujeto que pega una bofetada a otro que lo llamó, por deducción, “cornudo”. En realidad, el afectado le había ofrecido un pedazo de queso. Que viene de la leche. Que viene de la vaca. Que tiene cuernos. Simple, pues.¹⁰

9 Este es el despacho del delegado de la Policía Federal en este sentido: “Que JOSE JANENE se queda durante la semana, la mayor parte del tiempo en la ciudad de San Pablo, especialmente en la sede del Partido Progresista, donde ejerce de hecho y de derecho la función de Tesorero. [...] Si JANENE pasa la mayoría de los días de la semana en la ciudad de San Pablo-PR (*sic*) y ALBERTO YOUSSEF no es diferente, basta una investigación de sus acciones en San Pablo, que seguramente encontrarán sus conexiones con NAGI NAHAS” (pp. 72-76 de la investigación N° 2006.70.00.018662-8).

10 Fuente: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-26/lenio-streck-queijo-ver-escandalo-teles>> Acceso 20 de julio de 2017.

BIBLIOGRAFÍA

- Badaró, G. H. 2014 *Processo Penal* (Río de Janeiro: Elsevier) 2^a edición.
- De Plácido e Silva 2007 *Vocabulário Jurídico* (Río de Janeiro: s/d).
- Houaiss, A. y De Salles Villar, M. 2009 *Dicionario Houaiss da lingua portuguesa* (Río de Janeiro: Objetiva).
- Morais da Rosa, A. 2017 *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos* (Florianópolis: Emporio do Direito) 4^a edición.

Joao Vitor Passuello Smaniotto*
y Décio Franco David**

PARCIALIDAD Y FETICHE

FREUD EXPLICA

“Nosotros decimos no: nos negamos a aceptar esta mediocridad como destino”.

Eduardo Galeano

EL SISTEMA, DEFINIDO por Eduardo Galeano (2016: 83) como “máquina”, enseña a “aceptar el horror como se acepta el frío en el invierno”. En coincidencia, en este invierno de 2017 recibimos la divulgación de la sentencia condenatoria del expresidente Lula, en la que el magistrado federal Sérgio Moro lo condena por la práctica de los delitos de corrupción pasiva y lavado de dinero. Las 218 páginas redactadas por el magistrado demuestran claramente la intención del proceso y su inclinación hacia un juicio valorativo ajeno a la realización de una conducta típica, concentrándose, exclusivamente, en el símbolo representado por la figura del expresidente. Aquí, en esta rela-

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Políticas (Universidad Pablo de Olavide, Sevilla). Máster en Derechos Humanos, interculturalidad y desarrollo (Universidad Pablo de Olavide, Sevilla). Máster en Derechos Fundamentales y Democracia (Centro Universitario Autónomo de Brasil, Unibrasil). Profesor de Ciencia Política y Teoría del Estado, Derecho Constitucional, Derecho del Trabajo, Derecho Sindical e Introducción al estudio del Derecho, por las Facultades Integradas del Valle del Iguazú, Uniguazú. Abogado.

** Doctorando y máster en Ciencia Jurídica por la Universidad Estatal del Norte de Paraná (UENP). Máster en Derecho Penal por la Universidad de San Pablo (USP). Profesor suplente de Derecho Penal de la Universidad Federal de Paraná (UFPR). Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Educación Superior de Paraná (FESP). Abogado.

ción entre el sujeto y el objeto es que se torna comprensible el interés del juez. Aquí reside la verdadera materialización de todo el cuadro paranoico instituido y confirmado por el primado de la hipótesis sobre el hecho (Cordero, 1986: 51).¹

Inicialmente, puede verificarse que en buena parte de la decisión, hay una preocupación sincera (¡o no!) del magistrado en justificar sus actos, intentando apartar sus valores y opiniones personales en una clara tentativa de afirmar “no hay otra opción que la condena”. Sin embargo, a partir de los estudios freudianos, es sabido que se “acostumbra decir más de lo que se pretende” (Casara, 2015: 100). Al final, en todo discurso, el sujeto habla de aquello de lo que tiene conciencia, pero, al mismo tiempo, el inconsciente también se

1 La constatación de Cordero se explica en que el magistrado crea una hipótesis sobre la cual busca, a lo largo de la instrucción, solo hechos o significantes confirmadores de la acusación, dispensando cualquier elemento diverso. El mismo razonamiento está presente en Cordero (2003: 25). En el psicoanálisis de Freud, encontramos un pasaje semejante cuando él trata de apartar el sufrimiento de la realidad: “La tendencia a independizarse del mundo exterior, buscando las satisfacciones en los procesos internos psíquicos, manifestada ya en el procedimiento descrito, se denota con intensidad aún mayor en el que sigue. Aquí, el vínculo con la realidad se relaja todavía más; la satisfacción se obtiene en ilusiones que son reconocidas como tales, sin que su discrepancia con el mundo real impida gozarlas. El terreno del que proceden estas ilusiones es el de la imaginación, terreno que otrora, al desarrollarse el sentido de la realidad, fue sustraído expresamente a las exigencias del juicio de realidad, reservándolo para la satisfacción de deseos difícilmente realizables. A la cabeza de estas satisfacciones imaginativas encuentra el goce de la obra de arte, accesible aun al carente de dotes creadoras, gracias a la mediación del artista. Quien sea sensible a la influencia del arte no podrá estimarla en demasía como fuente de placer y como consuelo para las congojas de la vida. Mas la ligera narcosis en que nos sumerge el arte solo proporciona un refugio fugaz ante los azares de la existencia y carece de poderío suficiente como para hacernos olvidar la miseria real.

Más enérgico y más radical es otro procedimiento: el que ve en la realidad el único enemigo, la fuente de todo sufrimiento, con la cual es imposible vivir y con la que, por lo tanto, deben romperse todos los lazos, para ser feliz en algún sentido. El ermitaño da la espalda a este mundo, nada quiere saber de él. Pero también puede ir más lejos, empeñándose en transformarlo, construyendo en su lugar un nuevo mundo en el cual los aspectos más intolerables sean eliminados y sustituidos por otros adecuados a los propios deseos. Quien, en desesperada rebeldía adopte este camino hacia la felicidad, generalmente no llegará muy lejos, pues la realidad es la más fuerte. Se convertirá en un loco a quienes pocos ayudarán en la realización de sus delirios. Sin embargo, se pretende que todos nos conducimos, en uno u otro punto, igual que el paranoico, enmendando algún cariz intolerable del mundo mediante una creación desiderativa e incluyendo esta quimera en la realidad. Particular importancia adquiere el caso en que numerosos individuos emprenden juntos la tentativa de procurarse un seguro de felicidad y una protección contra el dolor por medio de una transformación delirante de la realidad” (Freud, 2010: 37-38; Vol. 18).

manifiesta en el discurso, sea por la elección de palabras, en las asociaciones, en los lapsus del lenguaje, en la insistencia de algunos significantes, etcétera.²

Esta interpretación psicoanalítica de la decisión nos permite comprender y concluir, desde ya, que se está frente a un fetiche punitivo y que la construcción del contenido decisorio refuerza una matriz retributiva,³ muy próxima de lo que en Nietzsche (2011: 31 y ss.) se identifica como espíritu de la venganza y que, diferente a lo que sustenta en su decisión, el juez está influenciado por los medios y direccionado a una persecución política o, en términos constantes de la decisión, “guerra jurídica”.⁴

Así, sabiendo que el inconsciente no está tan oculto,⁵ la condena del expresidente demuestra claramente la ausencia de imparcialidad del juez. Un sistema procesal democrático centraliza su actuación en la inercia e imparcialidad del magistrado.⁶ Como bien afirma Rubens Casara (2015: 144), este pilar de la estructura de la función jurisdiccional corresponde a un derecho público subjetivo, derecho fundamental del ciudadano, materializado por el acceso a un juez independiente e imparcial. Luigi Ferrajoli (2010: 534) afirma que la imparcialidad se manifiesta en tres perfiles inherentes a la actuación jurisdiccional: i) *equidistancia*: correspondiente al apartamiento del juez de los intereses de las partes; ii) *independencia*: representada por la exterioridad del magistrado al sistema político, y; iii) *naturalidad*: representada por la determinación de su designación y de sus competencias. La decisión demuestra la infracción a los tres perfiles identificados por Ferrajoli. *La naturalidad* fue objeto de reflexión del magistrado al justificar su competencia para el análisis del proceso (ítem II.1) e, independientemente al hecho de no concordar con los fundamentos presentados por el magistrado, hay, aun, una agresión grotesca a los otros dos perfiles. Se observa fácilmente que la *independencia* del magistrado es inexistente. Si el sujeto juez debe permanecer ajeno al sistema político (*independencia*), ¿cómo no cuestionar su parcialidad al hecho de haber participado en un evento político del

2 Conforme se verifica en Freud (2011: 4-21; Vol. 16). En el mismo sentido, Gomes (2003: 118).

3 Sobre el asunto, ver: David (2015) y Salomão Neto (2016: 1-17).

4 Expresión contenida en los ítems 39, 66, 77, 83, 118, 127, 128, 131, 132, 138 de la sentencia.

5 “El inconsciente es un concepto forjado en el rastro de aquello que opera para construir al sujeto” [...]. “El inconsciente es aquello que decimos” (Lacan, 1998: 844).

6 Conforme Lopes Jr (2014: 169-171).

partido de oposición al expresidente?⁷ Del mismo modo, su desempeño como verdadero investigador (parte procesal activa) demuestra la ausencia de respeto por la equidistancia. Por cierto, la deseada imparcialidad no se confunde con neutralidad, según explica Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2000: 12). Por el contrario. Es preciso que además de mantenerse en una imparcialidad extraprocesal por la equidistancia y el alejamiento de la gestión de la prueba, el magistrado presente una imparcialidad subjetiva (Casara, 2015: 146), expresión máxima de su independencia. Esto evita la trasgresión de la democracia procesal, la que exige que los sujetos se asuman ideológicamente (De Miranda Coutinho, 2000: 12).

La adopción de un posicionamiento ideológico debe conformarse a la estructuración sistemática constitucional democrática. En otras palabras, si yo juzgo a un acusado, debo juzgarlo como la persona digna y ciudadana que es, y si hubiera algún factor que interfiriese en el proceso debo apartarme de él. En otras palabras, ¡si mi (in)consciente desea el castigo, antes incluso del análisis de las pruebas, que yo, magistrado, no ejerza el acto de juzgar! Esta constatación evita la formalización de una relación fetichista de castigar, subvirtiendo la parte por el todo.⁸ Esta subversión, en el caso reflejado, corresponde al castigo de un miembro del partido como si estuviera castigando a todo el partido en virtud de ser una posición contraria a la ideología del colectivo (partido) o en un castigo falaz que confía en restaurar el *statu quo*, sea por la privación de libertad o por el bloqueo de bienes.⁹

Sin embargo, en este juego procesal, el expresidente no fue identificado como sujeto (significante) por el magistrado, sino como objeto (subversión de la parte en nombre del todo) y, por tal razón, se abandonó a la comprensión de un significante¹⁰ y se buscó la

7 Aquí, una observación. El hecho se comprueba con imágenes, inclusive, de participaciones del magistrado en eventos del PSDB. Sin embargo, solo para mantener el referente académico, siga el *link* del reportaje en <<http://www.gazetadopovo.com.br/blogs/certas-palavras/sergio-moro-e-o-palanque-do-pre-candidatodo-PSDB>>. Además, se destaca la crítica al hecho de que la decisión contenga como sustrato condenatorio el reportaje del sitio digital del diario “*O Globo*”, como fundamento de su posicionamiento (art. 376 de la sentencia).

8 Esta sustitución del todo por la parte integra las características fetichistas presentadas por Binet (abstracción y exageración). De esta forma, el objeto particular es una representación o proyección de una imagen del todo. Sobre el tema, ver: Safatle (2010: 40-41).

9 En el mismo sentido, David (2015) y Salomão Neto (2016: 10 y ss.).

10 “Un sujeto es lo que puede ser representado por un significante para otro significante” (Lacan, 2008: 21).

satisfacción (alcanzar) del objeto fetiche (castigar). Desde el famoso escrito de Freud (2014: 302-310; Vol. 17), el fetiche puede ser comprendido como algo correlativo a la imagen, el símbolo, etc. La proyección sobre lo que se espera del objeto por la realización de una pulsión (o incluso una perversión),¹¹ desencadena actos para alcanzar el objeto deseado, olvidándose el individuo de que muchas veces el objeto deseado no se corresponde con lo alcanzado, justamente por ser un objeto redescubierto (Lacan, 2008: 25), lo que, de cierta forma, es representado por la concepción de *imagen fantasmática*.¹² En el presente caso esto corresponde a castigar a alguien para extirpar la corrupción endémica. En suma, la *imagen fantasmática* sería el expresidente preso, satisfaciendo, por lo tanto, el fetichismo punitivo.

Esto es perceptible por expresiones vagas y ambiguas y argumentos que denotan una inclinación anticipada al juicio condenatorio. En especial, en los ítems 106 al 110, la decisión afirma que es posible la realización de escuchas indebidas, lo que no caracterizaría una infracción por el hecho de que no fue utilizado ningún contenido de esta ilegalidad, como si el derecho a la vida privada y a la intimidad fuesen pasibles de relativización por el simple hecho de que no fueron utilizadas tales escuchas. En el ítem 126, el juez afirma que la posibilidad de “revisión de decisiones judiciales por las instancias superiores es parte del sistema”, lo que es correcto. Sin embargo, su posicionamiento ideológico no es este. Como es de conocimiento general, el juez defendió abiertamente la propuesta para reducir el número de recursos procesales.¹³

En los ítems 242, 243, 244 y 245, la decisión afirma que hay confirmación del contenido presentado en delaciones, sin embargo, a lo largo del texto se verifica apenas una mención a las propias declaraciones y documentos incapaces de corroborar el juicio acusatorio. Además de esto, en pasajes de la decisión, hay un claro intento de

11 Lacan entiende que el fetichismo debe ser clasificado como una perversión (Lacan, 2008: 157).

12 “Vimos anteriormente cómo Freud, en un movimiento que será bastante implementado por Lacan, abre las puertas a la resonancia del sentido más arcaico de la palabra idealización. Se trata de la sumisión del objeto al esquema mental que de él poseemos. Es decir, se trata de la aprehensión del objeto como proyección de un esquema mental que, en el caso del fetichismo, es la imagen fantasmática. [...] Lo que nos explica, por ejemplo, por qué el fetichista es necesariamente un *escenógrafo* que, a través de una especie de contrato, construye situaciones en las que busca anular toda disonancia presente en el cuerpo del objeto por intermedio de su conformación perfecta a la imagen” (Safatle, 2010: 120-121).

13 Sobre el tema, ver: David (2015).

inversión de la carga probatoria (especialmente en los ítems 442, 447, 448, 449 y 450). Las menciones a las contradicciones presentadas por el juzgador sirven para proyectar una idea de que el acusado debe probar algo, cuando, en verdad, como bien define Paulo Rangel, es la carga exclusiva de la acusación.¹⁴ En otras palabras, al afirmar que el expresidente “no presentó ninguna explicación concreta” (ítem 450), el magistrado invirtió la carga probatoria, característica fundamental de la presunción de inocencia, consignada en el artículo 5º, LVII, de la Constitución Federal.

Igualmente, en los ítems 468, 591, 592, 593, 627, 628, 629 y 630 el magistrado afirma la existencia de contradicciones y, en vez de valorar los argumentos (denominados por él pruebas) bajo el filtro de *in dubio pro reo*, él interpreta en sentido opuesto (“*¡si hay incoherencia, es culpable!*” –expresión clara de la perversión fetichista). Esta disposición previa a la condena es fuertemente expuesta en la consideración selectiva de declaraciones, conforme se constata en los ítems 641, 642, 643 y 644. En estos, solo fueron consideradas “verdaderas” las declaraciones incriminadoras al expresidente, materializando, por lo tanto, la imagen fantasmática relativa al objeto del fetiche. Lo mismo ocurre con las innumerables repeticiones en cuanto a las contradicciones y la insistencia del magistrado en pedir reiteradamente la misma explicación (basta una lectura rápida de los pasajes del interrogatorio que fueron transcritos en la sentencia –ítem 437).

Un proceso penal democrático debe centrar su estructuración en la *comprensión escénica* defendida por Winfried Hassemer (2005: 172 y ss.) según lo cual el magistrado, en el papel de espectador, asiste a las *historias* de los actores procesales –no hay que ver verdades por convicción (Hassemer, 2005: 186)– de modo que al final del pro-

14 A modo de ejemplo, si el Ministerio Público relata, en la denuncia, el hecho llamado “*matar a alguien*” con descripción del *modus operandi* y todas las circunstancias del delito y en su interrogatorio el demandado alega que en la fecha y hora del hecho se encontraba en viaje en otro estado o país, corresponderá al Ministerio Público probar lo que describió en la denuncia: un hecho típico, ilícito y culpable y, en consecuencia, su coartada es falsa, a través de los medios de prueba admitidos en el ordenamiento jurídico. [...] En fin, [...] el acusado alega, pero la carga de la prueba, hoy, ante la Constitución, es exclusiva del Ministerio Público. No se confunde el derecho que tiene el acusado de alegar, en su defensa, lo que bien entiende, con la carga de la prueba. Esto es total y exclusivamente del MP. La norma inserta en el art. 5º, LVII, de la CRFB debe ser vista como inversora total de la carga de la prueba y cualquier duda que quede frente a la no comprobación del hecho imputado al acusado por el ministerio público debe, obligatoriamente, ser resuelto a su favor. Se trata de la aplicación del principio de *in dubio pro reo* (Rangel, s/f: 507).

ceso de diálogo, se llega a un juicio sobre el caso producido (análisis de un objeto fugaz).¹⁵ La comprensión escénica, en sí, corresponde a la comprensión de la relación entre lo que ya está producido en el enunciado penal (Derecho Penal – caso) con lo que va a ser completado (Derecho Procesal Penal) en la forma (cómo y cuándo) que el texto regula (actos, plazos, sujetos, procedimiento, etc.), todo en conformidad con las reglas procesales democráticas. En este modelo, el acusado “no es solamente participante de la comprensión escénica, sino también el objeto: él es el propio medio de prueba” (Hassemer, 2005: 200), y, como tal, merece todo el respeto y la preservación de sus garantías procesales y materiales. Infelizmente, tanto el proceso como la sentencia no corresponden a este modelo. Por eso, se puede hablar de una desenfrenada y delirante búsqueda de “felicidad” mediante el castigo.¹⁶

Frente a todo esto, nos negamos a aceptar el *horror como el frío del invierno*. En este momento histórico en que las garantías constitucionales penales parecen evaporarse frente a la furia punitiva, nos unimos para decir *no* a esta decisión y, al decir *no*, decimos *sí* a la democracia, como bien escribió Galeano (1990: 12-13):

Y en este cuadro de cosas, nosotros decimos *no* a la neutralidad de la palabra humana. Decimos *no* a quienes nos invitan a lavarnos las manos ante las cotidianas crucifixiones que ocurren a nuestro alrededor. A la aburrida fascinación de un arte frío, indiferente, contemplador del espejo, preferimos un arte caliente, que celebra la aventura humana en el mundo y en ella participa, un arte irremediablemente enamorado y peleón. ¿Sería bella la belleza, si no fuera justa? ¿Sería justa la justicia, si no fuera bella? Nosotros decimos *no* al divorcio de la belleza y la justicia, porque decimos *sí* a su abrazo poderoso y fecundo.

Ocurre que nosotros decimos *no*, y *diciendo no estamos diciendo sí*.

Diciendo *no* a las dictaduras, y *no* a las dictaduras disfrazadas de democracias, nosotros estamos diciendo *sí* a la lucha por la democracia verdadera, que a nadie negará el pan ni la palabra y que será hermosa y peligrosa como un poema de Neruda o una canción de Violeta [Parra].

15 La misma ponderación sobre la relación con objeto que mencionamos antes es hecha por Hassemer (2005: 186): “los objetos no existen fuera de nuestra percepción y fuera de nuestras declaraciones sobre ellos, de modo que para verificar la verdad del conocimiento solo se deben comparar las declaraciones con los objetos. La teoría de la correspondencia de la verdad es ingenua; correcta es la ‘teoría del consenso sobre la verdad’”.

16 Ver nota inicial del texto.

BIBLIOGRAFÍA

- Casara, R. 2015 *Mitologia Processual Penal* (San Pablo: Saraiva).
- Cordero, F. 1986 *Guida alla procedura penale* (Tornio: UTET).
- Cordero, F. 2003 *Procedura penale* (Milano: Giuffrè) 7ª edición.
- David, D. F. 2015 “As ‘boas intenções’ causam mais um terremoto no sistemajurídico-penal. Justificando” en <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/04/13/as-boasintencoes-causam-mais-um-terremoto-no-sistema-juridico-penal/>> Acceso 20 de julio de 2017.
- De Miranda Coutinho, J. N. s/f “O papel do novo Juiz no Processo Penal. Empório do Direito” en <<http://emporiiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacintonelson-demiranda-coutinho/>>. Acceso el 21 jul. 2017.
- De Miranda Coutinho, J. N. 2000 “Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro” en *Separata ITEC*, Año 1, N° 4: 12, ene., feb., mar.
- Ferrajoli, L. 2010 “Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal” (San Pablo: Revista dos Tribunais) 3ª edición.
- Freud, S. 2010 *Obras Completas, Vol. 18: O mal-estar na civilizacao, novas conferencias introdutoria a psicanalise e outros textos (1930-1936)* (San Pablo: Companhia das Letras).
- Freud, S. 2011 *Obras Completas, Vol. 16: O eu e o id, “autobiografia” e outros textos (1923-1925)* (San Pablo: Companhia das Letras).
- Freud, S. 2014 *Obras Completas, Vol. 17: Inibição, sintoma e angústia, O futuro de uma ilusão e outros textos (1926-1929)* (San Pablo: Companhia das Letras).
- Galeano, E. 1990 *Nos dizemos nao* (Río de Janeiro: Revan) 3ª edición.
- Galeano, E. 2016 *Dias e noites de amor e de guerra* (Porto Alegre: L&PM Pocket).
- Gomes, G. 2003 “A teoria freudiana da consciencia” en *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, Vol. 19, N° 2: 118.
- Hassemer, W. 2005 *Introdução aos fundamentos do Direito Penal* (Porto Alegre: SAFE Porto Alegre).
- Lacan, J. 1998 *Escritos* (Río de Janeiro: Zahar).
- Lacan, J. 2008 *O Seminário, livro 16: de um outro ao outro* (Río de Janeiro: Zahar).
- Lopes Jr., A. 2014 *Direito Processual Penal* (San Pablo: Saraiva) 11ª edición.

- Nietzsche, F. 2011 *A genealogia da moral* (Petropolis: Vozes) 2ª edición.
- Rangel, P. s/f *Direito Processual Penal* (San Pablo: Atlas) 23ª edición.
- Safatle, V. 2010 *Fetichismo: Colonizar al Otro* (Río de Janeiro: Civilização Brasileira).
- Salomão Neto, A. 2016 “Fetichismo e Pena: Reflexões sobre psicanálise no Direito Penal” en *Revista O Mal-Estar no Direito*, Vol. 2, Nº 2: 1-17, sept.

Jorge Bheron Rocha*

LA DOSIMETRÍA DE LA PENA APLICADA A LULA

ANÁLISIS A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN Y DE LA CIENCIA PENAL MODERNA

SON MUCHOS LOS PRINCIPIOS fundamentales que se refieren a las garantías del individuo en materia penal frente al *jus puniendi* estatal, a fin de promover la protección de la persona frente al poderío incontestable del Estado –*das kälteste aller kalten Ungeheuer* (Nietzsche, 2014: 97)– para la limitación a la (y legitimación de la) imposición de la sanción penal.

Entre estos principios que se vinculan a la sanción penal destacamos el de la intransmisibilidad de la pena y el de la individualización de la pena, bajo cuyas luces de las conceptualizaciones modernas, y eventuales consecuencias, será analizada la sentencia en que el juez Sérgio Fernando Moro impuso al expresidente Luiz Inácio Lula da Silva la pena privativa de libertad de 9 (nueve) años y 6 (seis) meses por la condena de los crímenes de corrupción pasiva (art. 317 del Código Penal - CP) y de lavado de dinero (art. 1º de la Ley 9.613/98), específicamente en lo que se refiere a la incorrección de la fijación de la sanción, abstrayéndose de las cuestiones vinculadas a la ausencia de materialidad y atipicidad de los delitos imputados, materia, ciertamente, que será objeto de análisis de otros artículos.

* Doctorando en Derecho Constitucional (Unifor). Máster en Ciencias Jurídico Criminales (FDUC-Portugal). Profesor de Derecho y Proceso Penal. Defensor público.

La fijación de la pena –o dosimetría de la pena– en Brasil adopta un criterio trifásico,¹ apartando el sistema de penas fijas implementadas por el legislador o la discrecionalidad plena del juez, promoviendo, por el contrario, una repartición de funciones entre uno y otro, en la medida en que aquél elige niveles mínimos y máximos de la pena y los parámetros de la dosificación, y este determina la sanción en el caso concreto a partir de los criterios legales.²

En la sentencia analizada, en la primera fase, el juez entendió valorar negativamente las circunstancias y consecuencias del crimen y la culpabilidad del agente en relación a la corrupción pasiva y la culpabilidad en relación al lavado de dinero, según nuestro parecer, de forma equivocada, pues dañó los Principios de Intransmisibilidad de la Responsabilidad Penal y de la Individualización de la Pena.

El denominado Principio de la Intransmisibilidad o Intrascendencia de la Pena está previsto textualmente en la Constitución de 1988 en el art. 5º, inc. XLV, que determina que *ninguna pena pasará de la persona del condenado*, no pudiendo abarcar –directamente–³ a otras personas. En verdad, respecto de las categorías dogmáticas de la Ciencia Penal, no solo la pena, sino todos los elementos que componen la responsabilidad penal no son susceptibles de transmisión, lo que conduce a innumerables *refracciones* del principio de intrascendencia,⁴ de forma que “son intransferibles la conducta, la culpa, la pena e incluso las razones de política criminal que llevaron a la elección de los ins-

1 La primera fase de la dosimetría analiza las circunstancias judiciales establecidas en el art. 59 (culpabilidad, conducta social, personalidad y antecedentes del agente, motivos, circunstancias y consecuencias del crimen y comportamiento de la víctima) y establece la pena base. En la segunda fase se analizan las circunstancias agravantes y atenuantes para encontrar la pena provisional o intermedia. Por último, la pena definitiva se alcanza en la tercera fase con el análisis de eventuales causas de aumento (mayoritarias) o causa de disminución (minoritarias).

2 “Repartición de las tareas y deber de cooperación vinculadas jurídico constitucionalmente, que existen entre el legislador y el juez para la individualización y la aplicación de la pena” (Dias, 2005: 193).

3 Los efectos indirectos de la prisión ocurren, naturalmente, y son incluso reconocidos por el Estado, cuando prevé, por ejemplo, la concesión de ayudas de reclusión a la familia del preso. En este sentido: “*no queda la menor duda de que el conductor profesional, condenado a este último castigo, tendría mucha dificultad para el sustento de la familia, la cual acabaría por ser indirectamente alcanzada*” (Shecaira, 2011: 92-93); “*la multa que se impone al padre de familia repercute sobre la capacidad económica del grupo familiar*” (Zugaldia Espinar, 2008: 163).

4 Canotilho Gomes y Moreira (2007: 504) ejemplifican: “(a) *extinción de la pena (cualquiera que sea) y del procedimiento criminal con la muerte del agente; (b) prohibición de la transmisión de la pena para familiares, parientes o terceros; (c) imposibilidad de subrogación en el cumplimiento de las penas*”.

trumentos eficaces para el castigo y la prevención de la criminalidad” (Rocha, 2015: 9).

Es en este sentido que el Constituyente derivado portugués substituyó la fórmula original que se refería a la intransmisibilidad de la pena por una fórmula más amplia, al prescribir la intransmisibilidad de la responsabilidad penal,⁵ de forma de abarcar todos los demás sentidos aptos a la integral protección de la persona frente al Estado, dándose la debida extensión y consideración a la intrascendencia.

En la sentencia, el magistrado valora negativamente las circunstancias del crimen porque supuestamente la “práctica de la corrupción involucró la destinación de dieciséis millones de reales a agentes políticos del Partido de los Trabajadores -PT y a las consecuencias del crimen en razón de que el costo del soborno ha sido traspasado a Petrobras, a través del cobro de un precio superior al estimativo, y que la estatal recaudó con el perjuicio en el valor equivalente”, generándose un conflicto, sin embargo, con la premisa de la misma sentencia (§ 862) de que “hay crimen de corrupción si hay un pago de ventaja indebida a un agente público en razón del cargo por él ocupado”, fijando esta ventaja, en el caso específico, con el valor de R\$ 2.252.472,96231. La corrupción pasiva del expresidente, para el magistrado, habría sido caracterizada por el pago de este valor como ventaja indebida, valor muy inferior a los supuestamente averiguados *dieciséis millones de reales pagados* a agentes políticos del PT, habiendo, por lo tanto, una nítida transposición de responsabilidad penal al atribuir el monto total destinado a innumerables personas a un único individuo, como forma de valoración negativa de las circunstancias y de las consecuencias del crimen.

Además, resalta el magistrado en innumerables pasajes, especialmente en la fundamentación, que “para el juzgamiento del presente caso, basta verificar si existe prueba de su participación (Lula) en los crímenes de corrupción y lavado relatados en la denuncia” (§ 807), o sea, la responsabilidad individual del acusado, aunque en oposición al dispositivo de la sentencia que utiliza los argumentos de que “el crimen fue cometido en un esquema criminal más amplio en el que el pago de sobornos se había vuelto rutina” y de que la “estatal incluso recaudó con el perjuicio en el valor equivalente”, para la negativización de las regulaciones de las circunstancias y las consecuencias. Percíbase, por lo tanto, que en la sentencia analizada

5 Art. 13: Apartado 3 del art. 30 de la Constitución (“las penas son intransferibles”) se sustituye por: “3. La responsabilidad penal no es transmisible”. Ley Constitucional N° 1/97 del 20 de septiembre (cuarta revisión constitucional).

hubo una transmisibilidad inaceptable de la responsabilidad penal averiguada en el proceso en que se dio la condena.

Así, en lo relativo al expresidente Lula, no se estaba frente a la investigación de la ocurrencia general del desvío de sobornos, sino de la investigación de la responsabilidad penal en el crimen de corrupción pasiva, que supuestamente involucraba, en relación a él específicamente, el monto de R\$ 2.252.472,96, y, en este punto, la Intrascendencia de la responsabilidad penal –bajo la forma específica de las circunstancias y consecuencias del crimen– está íntimamente ligada al Principio de la Individualización de la Pena,⁶ en el sentido de que la fijación de la pena a ser impuesta al individuo debe tener como condicionantes solo los hechos que se configuren como en circunstancias y consecuencias propias, que les son imputadas, y no hechos ajenos.

Por otro lado, concretamente, los citados marcos que el magistrado considera como delimitados en la acusación y supuestamente probados por esta, son inherentes al propio tipo penal aplicado, y, por lo tanto, ya castigados por esta, configurando *bis in ídem* su utilización como circunstancias judiciales del art. 59 CP, insubsistente, por lo tanto, la posibilidad de ser valoradas negativamente.

Percíbese que en relación a la condena de lavado de dinero el magistrado considera las circunstancias como neutras, lo que demuestra todavía más la irresponsabilidad total de la comparación desfavorable de la regulación en la condena del crimen de corrupción pasiva.

En el análisis de la última regulación –la de la culpabilidad, registramos que la sentencia confunde los conceptos de personalidad y culpabilidad como criterios para la fijación de la pena base. O bien se verifican las cuestiones presentes en los autos relativos a la culpabilidad, o se analizan las cuestiones atinentes a la personalidad.

Como se dijo, no se admite la transmisión, más allá de la pena, de las acciones y omisiones de un individuo a otro, o de la culpa penalmente relevante de una persona a otra. En este último aspecto, regístrese el razonamiento de que la culpabilidad tiene doble función en la actual categorización penal. Por un lado, se entiende que la culpa es –al lado de la tipicidad y la ilicitud (Correia, 1996: 23)– una categoría dogmática esencial a la imputación de cualquier delito a una perso-

6 “[...] desde el momento de la discusión, elaboración, votación y aprobación de las normas penales incriminadoras, en cuyas previsiones se encuentran las penas abstractamente aplicables, en razón de la exigencia de legalidad y anterioridad a los crímenes ocurridos después de su entrada en vigor, pasando por el momento de investigación del crimen, la constitución de los acusados, la instrucción criminal, la sentencia condenatoria, el período de cumplimiento de la pena y su extinción, y más allá incluso, en la reglamentación de la rehabilitación, las normas de reincidencia y registro criminal” (Rocha, 2015: 9).

na, sea ella individual o colectiva, no pudiendo concebirse la idea de perpetración de un crimen sin que el agente haya obrado con culpabilidad.⁷ Uno de los principios basilares del Derecho Penal reside en la comprensión de que la culpa se constituye en soporte axiológico normativo que no puede apartarse de la pena (su fundamento), expresa también a través de la frase en latín *nulla poena sine culpa*. Por otro lado, la culpa o, diciéndolo mejor, la medida de la culpa, constituye un límite infranqueable de la pena.⁸

Formulándolo de otra manera: la culpa caracteriza la responsabilidad penal –el propio crimen– junto con la tipicidad y la antijuridicidad, y es medida de la pena, en lo que no se puede permitir la transmisibilidad de la culpabilidad, sea para caracterizar la existencia del crimen, sea para valorar el *quantum* de pena aplicado.

Del hecho de que la culpabilidad es medida de la sanción, le sigue que la individualización de la pena se da a través de la individualización de la culpa, dado que esta constituye criterios para la determinación de la medida concreta de la pena (Oliveira, 2010: 26), teniendo especial relevo en el ordenamiento jurídico brasileño, en tanto el CP prevé como una de las regulaciones de la pena base –la primera de las tres fases de la dosimetría de la pena– la culpabilidad. Resáltese que es sobre la pena base que inciden las demás fases, pudiendo, por lo tanto, como consecuencia de un mal análisis, imponerse una pena injusta e inadecuada, no solamente en relación al *quantum*, sino, v.g., imposibilitando la sustitución de la pena privativa de libertad por una restrictiva de derechos; la suspensión de aquella; o, incluso, la imposición de un régimen más gravoso.

Para el juez Sérgio Moro, la culpabilidad de Lula sería elevada, y de ahí es negativamente valorada, porque “el condenado recibió ventaja indebida en consecuencia al cargo de Presidente de la República”. Y, todavía, porque el “crimen se inserta en un contexto más amplio, de un esquema de corrupción sistémica en Petrobras y de

7 En este sentido: “[...] estudiemos los elementos intelectuales del dolo se verá que ellos son el conocimiento de los hechos y de su significación. Estos elementos intelectuales se reputan por muchos penalistas de nombrarla como problema general de la culpabilidad. Sea así, o, como nosotros creemos, tan sólo contenido del dolo, es lo cierto que sin tal conocimiento fáctico o antijurídico, la culpabilidad no puede edificarse; al menos no puede construirse en su más distintiva especie. Las personas morales no son capaces del conocimiento de los hechos y de su significación injusta, y en consecuencia no pueden ser culpables. Si la culpabilidad es una de las características básicas de la infracción penal, es obvio que las sociedades no pueden perpetrar delitos” (Jiménez de Asua, *ob. cit.*: 211).

8 Es expresión en la fórmula adoptada por el art. 40, N° 2 del CP portugués, que afirma que “en ningún caso la pena puede sobrepasar la medida de la culpa”.

una relación espuria”. Esta última fundamentación se inserta en el contexto de la prohibición de la transmisibilidad de hechos ajenos, anteriormente demostrado como incompatible con el tejido constitucional, pues transportan al condenado la culpabilidad que no le es imputada, sino imputada a muchos otros agentes que participaban en un esquema de corrupción.

La fundamentación de la valoración negativa ligada al cargo de Presidente de la República, se aproxima a un sobrepasado y enorme concepto de culpabilidad del autor, en detrimento del actual concepto de culpabilidad de hecho. Esto explica muy bien la afirmación del magistrado de que la culpabilidad negativa de la forma con que fue analizada “también podría ser encuadrada como negativa a título de personalidad”.

Fíjese que el Estado Democrático de Derecho fundamentado en la dignidad de la persona humana rechaza la existencia de una culpabilidad de autor, aceptándose, solamente, una culpabilidad del hecho. Es que la primera reprueba al agente por su supuesto carácter, y no lo juzga o aprueba al hombre por lo que él hace, sino por cuestiones que se encuentran estrechamente vinculada a su trayectoria de vida (Jescheck y Weigend, 2002: 453-454), extendiéndose al conjunto de la personalidad del autor y a su desempeño. A su vez, el juicio de culpabilidad debe incidir sobre el cometimiento de un delito en concreto, por acción u omisión, que infrinja una determinación impuesta por el ordenamiento jurídico, no por el modo de vida o por el modo de ser de un agente. El objeto del juicio de censura es la conducta humana, debiendo ser considerado como un factor jurídicamente reprochable la actitud vinculada a la acción típica, en la medida en que exista una posibilidad de autodeterminación diversa en el caso concreto.

Así, no hay que admitir que a la existencia de un esquema de corrupción sistémica, involucrando a innumerables agentes públicos, le siga el incremento de culpabilidad de uno solo de estos agentes, al que le sería trasplantada la culpabilidad de los demás y tendría que soportar un correspondiente aumento de la pena.

Por otro lado, no hay cómo verificar la ocurrencia de la (o el *quantum* a ser fijado en la) medición de la culpabilidad en razón del cargo ocupado o de las responsabilidades pertinentes a este cargo, por absoluta imposibilidad de ser gradual desde el inicio –servidor público para los efectos penales, conforme el art. 327, CP– hasta el Presidente de la República, pasando por técnicos, analistas, ingenieros, médicos, abogados públicos, magistrados, promotores, defensores, ministros, prefectos y gobernadores. En verdad, el ocupar un cargo público es premisa de la caracterización del tipo penal en

el caso concreto, en tanto su participación en el nombramiento de personas para los cargos directivos de Petrobras es una atribución inmanente del cargo.

Por último, importa destacar que, no obstante las circunstancias judiciales y los agravantes/atenuantes no posean un valor objetivo de fijación de aumento o de reducción en la legislación, los doctrinarios y juzgadores han buscado parámetros razonables. En este tono, la cuantificación de la medición de culpabilidad en el crimen de lavado de dinero sobrepasa el monto al que normalmente se orientan las Cortes Superiores, de que alcance el 1/8 de la diferencia entre la pena máxima y la mínima. Por otro lado, hubo una fijación desproporcional del valor de atenuación como consecuencia de que el condenado era mayor de 70 (setenta) años a la fecha de la sentencia, en razón de la doctrina⁹ y la jurisprudencia¹⁰ han fijado en 1/6 de la pena base –a fin de diferenciarla de las de penas menores y mayores– lo que resultaría en una atenuación de 10 meses en el crimen de corrupción pasiva y de 8 meses en el crimen de lavado de dinero.

BIBLIOGRAFÍA

- Canotilho Gomes, J. J. y Moreira, V. 2007 *Constituição da Republica Portuguesa anotada* (Coimbra: Coimbra Editora) 4ª edición.
- Correia, E. 1996 *Direito Criminal. Vol. II* (Coimbra: Almedina).
- Dias, J. de F. 2005 *Direito penal português: as consequências jurídicas do crime* (Coimbra: Coimbra Editora).

9 “[...] LA VARIACIÓN DE ESTAS CIRCUNSTANCIAS (ATENUANTES y agravantes) no debe llegar hasta el límite mínimo de los mayores y menores, que ES FIJADO EN UN SEXTO. En caso contrario, las agravantes y las atenuantes se equipararían a aquellas causas modificadoras de la pena que, a nuestro juicio, presentan mayor intensidad, situándose poco por debajo de las calificadoras (en el caso de las mayores). En otros términos, coherentemente, nuestro Código Penal adopta una escala valorativa para la agravante, mayor y calificadora, que son distinguidas, unas de otras, exactamente por el grado de gravedad que representan [...]” (VV. AA., 2016: 783; parte geral I).

10 *Mutatis mutandi*: “A pesar de que la ley penal no fija un parámetro específico para el aumento en la segunda la fase de la dosimetría de la pena, el magistrado debe guiarse por el principio de la razonabilidad, no pudiendo dar a las circunstancias agravantes mayor expresión cuantitativa que a las propias causas de aumentos, que varían de 1/6 (un sexto) a 2/3 (dos tercios). Por lo tanto, por regla general, debe respetarse el límite de 1/6 (un sexto)” (HC 282.593 / RR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, juzgado el 07/08/2014, DJe 15/08/2014). En este sentido: “modificada la pena base, el aumento de 1/6 (un sexto), en la segunda fase de la dosimetría, en razón de la reincidencia, implica en el redimensionamiento de la pena para 3 (tres) años, 10 (diez) meses y 20 (veinte) días de reclusión” (STF - HC 131945 PB, DJe-010 01/02/2016).

- Jescheck, H. H. y Weigend, T. 2002 *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Granada: Comares) Trad. M. Olmedo Cardenete. 5ª edición, corregida y ampliada.
- Jiménez de Asua, L. D. s/f *Derecho Penal* (s/d).
- Nietzsche, F. 2014 *Also sprach Zarathustra: Ein Buch für Alle und Keinen* (Salt Lake City: Project Gutenberg).
- Oliveira, F. da C. 2010 *Crime Negligente e Culpa na dogmática penal e na prática judiciária* (Coimbra: Almedina).
- Rocha, J. B. 2015 “A (In)Transmissibilidade da Responsabilidade Penal da Pessoa Coletiva”, Disertación de de Maestría, Universidad de Coimbra, Coimbra.
- Shecaira, S. S. 2011 *Responsabilidade penal da pessoa jurídica* (Río de Janeiro: Elsevier).
- VV. AA. 2016 *Tratado de direito penal: parte geral I* (San Pablo: Saraiva) 22ª edición, corregida, ampliada y actualizada.
- Zugaldia Espinar, J. M. 2008 *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones* (Valencia: Tirant lo Blanch).

José Carlos Moreira da Silva Filho*

CONDENA SIN PRUEBAS Y JUICIO DE EXCEPCIÓN COMO AMENAZA A LA DEMOCRACIA

UNA INFAMIA A SER SUPERADA

I

La sentencia publicada el día 12 de julio de 2017 por el juez titular de la 13ª Sala Federal de Curitiba, condenando al expresidente Luiz Inácio Lula da Silva a nueve años y medio de reclusión por la práctica de crímenes de corrupción pasiva y de lavado de dinero, representa una grave amenaza al Estado Democrático de Derecho. Ya está consolidado en el ámbito del pensamiento crítico al respecto del Poder Judicial nacional que buena parte de la magistratura brasileña, especialmente en el ámbito criminal, comete ilegalidades, arbitrariedades y violaciones claras de los principios y reglas constitucionales relativos a la materia, y que el núcleo común de estas violaciones se hace contra la población más vulnerable: jóvenes, pobres y negros.

Hay quien dice que las violaciones, arbitrariedades y abusos cometidos por el juez de Curitiba en su sentencia contra Lula sería apenas una variación más de esta lamentable tendencia, pero ahora direccionada hacia un estrato social que no acostumbra ser alcanzado por lo que podría calificarse como un verdadero estado de excepción en la democracia. Pensar de este modo, sin embargo, revela un gran

* Profesor de la Escuela de Derecho, de Grado y del Programa de Posgrado en Ciencias Criminales de la PUCRS.

error de cálculo. Lula representa la imagen del trabajador brasileño, tornero mecánico de profesión, sin diploma de curso superior, sobreviviente del hambre en el nordeste, dirigente social aguerrido, que se comunica tan bien con el pueblo más simple del país justamente porque es parte de él. Es el Presidente de la República que más avanzó en el combate a la desigualdad y en la promoción de la distribución de la renta en Brasil. El mayor liderazgo del mayor partido de izquierda de América Latina.

No es en vano que la desgraciada sentencia que lo condenó fue dictada un día después de que el Congreso Nacional aprobase el proyecto de ley que hizo tierra arrasada de los derechos laborales y de las conquistas históricas representadas por la CLT. La criminalización de Lula, cometida de modo selectivo, arbitrario y sin pruebas significa la criminalización de las izquierdas, el desmonte del Estado social y, de modo especial, de las bases mínimas del juego democrático, establecidas por la Constitución. Así como ocurrió con el golpe de Estado aplicado en 2016 en Brasil, con la deposición de la presidenta legítima, elegida por más de 54 millones de votos, mediante un *impeachment* fraudulento, la amenaza de que el expresidente Lula no pueda concurrir a las elecciones de 2018, en caso de que se concrete,¹ representará un grave y grosero fraude al proceso democrático, tornándose la sociedad brasileña cada vez más rehén del poder despótico de las altas burocracias estatales y de las elites que poseen más acceso e influencia.

Así, como la concretización de un *impeachment* sin crimen de responsabilidad fragiliza la única fuente legítima del poder en un Estado Democrático, apartando al ciudadano del proceso decisorio en la esfera pública y causando una ola avasalladora de inestabilidad, ilegitimidad e inseguridad institucional, el impedimento judicial ilegal y arbitrario de la candidatura del expresidente Lula, franco favorito, a las próximas elecciones para el cargo político máximo del país, será, en caso de que ocurra, una intromisión inadmisibles en las libertades democráticas de toda la sociedad.

El propósito de este breve artículo, capítulo de esta obra histórica, es el de indicar algunos aspectos reveladores de las ilegalidades y arbitrariedades de la sentencia condenatoria producida por el juez de Curitiba contra el expresidente Lula, sin la pretensión de agotar-

1 En virtud de la Ley de la Ficha Limpia, la Ley Complementar N° 135/2010, cualquier persona condenada por un órgano judicial colegiado, aunque habiendo recurrido, se torna inelegible. En caso de que la sentencia condenatoria contra Lula sea confirmada en el Tribunal Regional Federal de la 4ª Región hasta el momento anterior de la formalización de las listas para la votación del 2018, Lula tendrá su candidatura impedida.

las, incluso porque otros capítulos del presente libro se encargarán de abordar la gran amplitud de aspectos de esta naturaleza.

II

Lo que está en juego en esta acción penal que involucra al expresidente como acusado no es necesariamente si él tiene o no la propiedad de un departamento tríplex, sino si cometió el crimen de corrupción pasiva, de la cual la pretendida propiedad sería prueba. La tesis central de la acusación, sugerida parcialmente por el propio juez federal,² es la de que Lula habría recibido un soborno en la forma de la diferencia entre un departamento tríplex y un departamento común del mismo edificio,³ incrementado todavía respecto los valores relativos por una amplia reforma realizada en el departamento tríplex⁴ en el año de 2014.

Estos valores representarían ventajas indebidas porque supuestamente serían provenientes de una cuenta general de sobornos administrada por el presidente del Grupo OAS, Leo Pinheiro (también acusado en el proceso), y abastecida, entre otros, por un esquema de corrupción en Petrobras del que Lula sería parte. La participación del expresidente consistiría en indicar nombres en el Consejo Administrativo de Petrobras para que ocupasen cargos de Dirección en la empresa, sabiendo que tales personas tendrían la incumbencia de cobrar sobornos de constructoras como condición para la realización de contratos con la empresa.

Sin querer alargarme mucho en el punto relativo a la existencia o no de la titularidad de propiedad que el expresidente Lula tendría en relación a un tríplex reformado, basta decir que: el inmueble jamás estuvo a su nombre, que él jamás estuvo en posesión del inmueble, que no existe ningún documento válido que compruebe siquiera la intención definida de que por lo menos fuera a ser el propietario o

2 El juez no aceptó la solicitud de condena relativa al pago por OAS del contrato con la empresa Granero para el almacenamiento del patrimonio presidencial recibiendo por el expresidente Lula.

3 El edificio en cuestión es el Condominio Solaris, ubicado al borde de la playa en el municipio paulista de Guarujá, cuyo emprendimiento y construcción fue iniciado por BANCOOP (Cooperativa Habitacional de los Bancos) en 2005, y continuado y terminado por el Grupo OAS a partir de 2009. La fallecida esposa del expresidente de Brasil Luiz Inácio Lula da Silva inició el pago parcial de una cuota para un departamento común en este edificio en 2005, llegando a integrar cincuenta de setenta prestaciones, en un total de R\$ 179.650,80.

4 Para tener una idea, el estimativo hecho en la denuncia en cuanto a la diferencia entre lo que se pagó por el departamento común y los valores del tríplex de la reforma alcanzaría el valor de R\$ 2.424.991,00.

poseedor del inmueble o de haber solicitado las reformas que fuera a usufructuar en el futuro, y, finalmente, de que la Defensa del expresidente comprobó que la titularidad del inmueble pertenece al grupo OAS. De esto se sigue la conclusión inevitable de que el expresidente Lula jamás cometió las acciones descritas en el tipo penal de la corrupción pasiva (art. 317 del Código Penal), que son: recibir o solicitar ventaja indebida. A pesar de esto, el juez federal concluye que el expresidente Lula habría recibido la “propiedad de hecho” del inmueble. Se destaca que “propiedad de hecho” es un concepto inexistente en el Derecho Civil, que quizá pudiese aproximarse al de posesión, pero que tampoco aplica, pues Lula estuvo en el departamento apenas una única vez realizando una visita.

El juez federal concluye que el departamento fue “concedido” al expresidente, entendiendo que ahí reposa el aspecto central del proceso. En este punto, ya se puede detectar una grave distorsión cometida por el magistrado, *in verbis*:

302. Esta es la cuestión crucial en este proceso, pues, si se determina que el departamento fue de hecho concedido al expresidente por el Grupo OAS, sin abono del precio correspondiente, ni siquiera de las reformas, habrá prueba de la concesión por el grupo OAS a él de un beneficio patrimonial considerable, estimado en R\$ 2.424.991,00 y para el que no habría una causa o explicación lícita.

303. Al contrario, si se determina que esto no ocurrió, o sea, que el departamento jamás fue concedido al expresidente, la acusación deberá ser juzgada improcedente.

Reforzando el modo distorsionado por el que el juez presentó la cuestión, encontramos el siguiente párrafo situado hacia el final de la decisión, ya en fase conclusiva, *in verbis*:

852. Definido que el departamento 164-A, triplex, era de hecho del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva y que las reformas lo beneficiaban, no hay coartada del acusado Luiz Inácio Lula da Silva en señalar una causa lícita para la concesión de tales beneficios materiales por Emprendimientos OAS, restando en los autos, como explicación única, solamente el acuerdo de corrupción consecuente en parte de los contratos con Petrobras.

Analizando los pasajes transcritos, se nota que una de las arbitrariedades presentes en la construcción del razonamiento del juez es la de situar el centro del proceso en la existencia o no de la supuesta propiedad, cuando en verdad el punto decisivo de este proceso es saber y comprobar si este supuesto beneficio sería un abono al expresidente

por su supuesta participación en esquemas de corrupción de Petrobras. Explicado en otras palabras, sería perfectamente posible y probable que el expresidente fuese agasajado por la empresa constructora con un departamento más valioso de lo que efectivamente pagó y con reformas ya realizadas. Como ya afirmamos, no hay ninguna comprobación de recibimiento del supuesto regalo, o siquiera de que este regalo existiese, pero a efectos de la argumentación pretendida aquí, vamos a considerar que hubo un regalo.

¿La única explicación para esto sería la contrapartida en la participación de un acto de corrupción? Absolutamente no. Y no precisamos salir del texto de la sentencia para encontrar estas otras posibles razones. Destaco y comento tres pasajes de la sentencia en este sentido, *in verbis*:

914. Sin que haya mejor prueba de que los ejecutivos tenían conocimiento de que el mantenimiento del inmueble indebidamente en nombre de Emprendimientos OAS y de que la realización de las reformas con el ocultamiento del beneficiario real tenía origen en un acuerdo de corrupción, no pueden ellos responder por crímenes de lavado.

915. No creo aquí pertinentes las construcciones en torno de la doctrina de la ceguera deliberada en el crimen de lavado de dinero y de la responsabilización por dolo eventual, pues ellas también exigen la presencia de un contexto que torne por lo menos de elevada probabilidad el conocimiento del origen criminal de los recursos utilizados en una transacción de lavado. Considerando las peculiaridades del caso, con el traspaso de la ventaja indebida a través de negocios inmobiliarios, es posible que hayan cogitado otras hipótesis razonables para justificar las órdenes recibidas de José Adelmário Pinheiro Filho, incluso de que se trataba de un regalo del Grupo OAS para el expresidente.

Aquí el juez federal justifica la absolución de los otros acusados del proceso que eran funcionarios del Grupo OAS, entendiendo que ellos podrían haber “cogitado otras hipótesis razonables” para proceder a las reformas del triplex, entre ellas “incluso de que se trataba de un regalo del Grupo OAS para el expresidente”. Se observa, por lo tanto, que cuando el juez retira la convicción (sin pruebas) de que existe un acuerdo de corrupción en la que el expresidente estaría involucrado, súbitamente surgen “otras hipótesis razonables” para justificar las ventajas en torno de una futura y supuesta propiedad de un triplex reformado.

Pero aun cabría la pregunta: al final, ¿por qué agasajar al expresidente? En el propio texto de la sentencia encontraremos dos motivos que podrían integrar el rol de las “hipótesis razonables” invocadas por

el juez para absolver a algunos acusados en el proceso. En los párrafos 502 y 503 de la sentencia el juez se refiere a la declaración de José Afonso Pinheiro, persona que habría trabajado como celador del predio en cuestión entre noviembre de 2013 y abril de 2016. El objetivo del juez con la transcripción de parte de esta declaración era utilizarlo como evidencia de que el tríplex pertenecería al expresidente: Transcribo aquí un pasaje de la parte de esta declaración que consta en el párrafo 503 de la sentencia:

Defensa: —¿Los vendedores le decían a usted que el expresidente Lula tenía un “departamento en el condominio Solaris”?

José Afonso Pinheiro: —Incluso tenían vendedores que hacían las ventas de los departamentos en el Condominio Solaris, exactamente, a personas que compraban porque creían que el expresidente tenía un departamento allí, los vendedores incluso hacían publicidad del departamento.

Defensa: —¿Hacían propaganda diciendo que el expresidente Lula tenía un departamento allí?

José Afonso Pinheiro: —Exacto, que él tenía, que él tiene, así es.

Defensa: —¿Esto se utilizó en la publicidad de venta, entonces?

José Afonso Pinheiro: —Sí, porque tenía un vendedor que decía “Mira, aquí es el edificio en el que el presidente Lula tiene un departamento”.

Ahora bien, según la declaración del entonces celador del edificio, los vendedores invocaban la presencia de Lula en el predio como propietario con el objetivo de que esta información sirviese para estimular la venta de las otras unidades del predio a los potenciales compradores. En otras palabras, sería ventajoso para los negocios de la empresa que uno de los departamentos construidos por ella fuese destinado a una figura tan ilustre y famosa. Puede creerse que esto podría también ser propaganda para la venta de otros emprendimientos. Algo al estilo: “compre un departamento construido por el Grupo OAS, así como hizo el expresidente Lula”.

Por último, es posible identificar todavía, en el propio texto de la sentencia, otro motivo razonable para el alegado regalo. Tan razonable que convenció al juez a absolver al expresidente Lula y al Presidente del Grupo OAS, Leo Pinheiro, en cuanto a otros crímenes por los que eran denunciados en el mismo proceso, el de corrupción y lavado de dinero por la realización del contrato de almacenamiento y transporte con la empresa Granero teniendo en vista el patrimonio presidencial. En el párrafo 934 de la sentencia hay parte de la declaración prestada en juicio por Leo Pinheiro. Transcribo aquí un pasaje de la parte de esta declaración:

Juez Federal: —¿Entonces para esos pagos usted no entiende que había alguna especie de ilicitud o ventaja indebida involucrada?

José Adelmario Pinheiro Filho: —Yo pensé que no, y sigo creyendo que no.

Juez Federal: —Seguro. ¿Se ha solicitado cierta contrapartida, algún beneficio a la empresa por cuenta de este pago de Granero?

José Adelmario Pinheiro Filho: —No, directamente no, por supuesto que teníamos una intención porque ya tenía conocimiento de lo que el presidente pretendía hacer cuando saliera de la presidencia y asumiera el Instituto, y nosotros teníamos mucho interés en estrechar más aún esas relaciones sobre todo a causa del mercado internacional.

A continuación, el juez presenta su interpretación sobre tales declaraciones:

935. Las declaraciones del acusado, de las que no se vislumbró ilicitud o que no hubo débito de la cuenta general de sobornos, aleja el crimen de corrupción. La parte final, con la mención de que el pago tenía por objeto el estrechamiento de lazos, no basta para caracterizar la corrupción, ya que no implicó el pago como consecuencia del cargo presidencial o de acuerdos involucrando contratos públicos.

El juez consideró, por lo tanto, lícito y razonable que el grupo OAS proporcionara este servicio de contratar el almacenamiento del patrimonio presidencial a cambio del estrechamiento de lazos, ya que interesaría a la empresa en función del mercado internacional. En otras palabras, sería ventajoso para los negocios internacionales y las pretensiones de expansión de la empresa que tuviera entre sus clientes y beneficiados al expresidente Lula, especialmente por la reputación internacional que ha conquistado de manera particularmente intensa durante sus dos mandatos como presidente de la República de Brasil.

Ahora bien, ¿este no podría ser también un buen motivo para favorecer al expresidente al pretender entregarle un tríplex reformado en vez de un departamento común sin cobrar la diferencia? ¿Entonces por qué el juez federal afirma en su sentencia que no habría una explicación lícita para esta supuesta ventaja? La respuesta es que el juez federal tiene la convicción (sin pruebas) de que el dinero para pagar la diferencia entre el tríplex reformado y el departamento común provenía de una cuenta general de sobornos del Grupo OAS destinada a atender al Partido de los Trabajadores, y administrada exclusivamente por Leo Pinheiro. Y, además de las convicciones del juez federal, ¿cuál es la prueba que existe sobre: la existencia de esta cuenta, su abastecimiento con sobornos oriundos de contratos con

Petrobras,⁵ haberse reservado para los pagos de campañas de políticos del PT, y que de ella habrían salido los recursos para el pago de la diferencia y de las reformas hechas?

El único elemento probatorio en esta dirección son las declaraciones de Leo Pinheiro y de Agenor Franklin Magalhães Medeiros, respectivamente Presidente y Director de Obras del Grupo OAS. En síntesis, Leo Pinheiro declara que tuvo una conversación con João Vaccari Neto, entonces Tesorero del PT, en la que este afirmó que los valores relativos a la diferencia entre un departamento común y el triplex reformado destinado al expresidente Lula podrían ser deducidos de la ya mencionada cuenta general de sobornos, pero que sin embargo no tenía pruebas de esta conversación porque en un momento posterior al que se encontró personalmente con el expresidente Lula, este lo habría orientado a destruir esas pruebas. Agenor Franklin, a su vez, mencionó que Leo Pinheiro le habría comentado sobre este supuesto acuerdo con João Vaccari, pero que como esta conversación fue en medio de un viaje internacional no habría ningún otro testigo de este diálogo entre él, Agenor, y Leo Pinheiro.

Resáltese que además de no existir ninguna prueba de este acuerdo de corrupción y de esta conversación con João Vaccari Neto, las declaraciones en cuestión, que irrumpieron luego de más de un año de prisión y que hasta entonces negaban los hechos alegados, no fueron homologadas como delación premiada. Tal vez, es posible especular, porque no pudieron ser comprobadas por ninguna otra prueba, al final la ley de la delación premiada es clara al decir que la mera delación no es prueba suficiente para la condena, necesitando ser corroborada por otros medios probatorios. A pesar de esto, el juez decidió conceder un expresivo beneficio al acusado Leo Pinheiro, y que quizá

5 Sin espacio aquí para entrar en el debate sobre la cuestionable competencia universal asumida por el hoy titular de la 13ª Sala Federal de Curitiba en la conducción de la Operación *Lava Jato*. Sin embargo, aunque se entendía que tal competencia debía ser admitida en las situaciones que involucra a Petrobras, es preciso señalar que si no hay la mínima comprobación de la relación entre la compra/donación del apartamento construido por la OAS y situado en el Estado de San Pablo y los esquemas de corrupción involucrando a Petrobras, incluso por los criterios de competencia practicados por el juicio, este proceso jamás debería haber existido o ser juzgado por un juez federal de Curitiba. Es sorprendente que en la sede de Embargos de Declaración a esta sentencia el juez de Curitiba llega a afirmar que: “Este juicio jamás afirmó en la sentencia, o en lugar alguno, que los valores obtenidos por la Constructora OAS en los contratos con Petrobras fuesen utilizados para el pago de la ventaja indebida para el expresidente”. No satisfecho aun, afirma a continuación: “Ni la corrupción, ni el lavado, teniendo por crimen antecedente la corrupción, exigen o exigirían que los valores pagados u ocultados fueran originarios específicamente de los contratos de Petrobras”.

pueda ser denominado como “premio informal”, permitiendo que él pueda obtener la progresión del régimen luego de dos años y medio de régimen cerrado, considerando la totalidad de las penas relativas a todos los otros procesos en lo que el acusado en la operación *Lava Jato*, sin la necesidad de la condición de la completa reparación de los daños causados por los crímenes cometidos y pudiendo deducir de este tiempo aquel en que ya estuvo preso (casi el tiempo total exigido para la progresión del régimen). ¿Hay justificativo para tanta bondad? Transcribo directamente del dispositivo de la sentencia relativo a Leo Pinheiro (§ 946), *in verbis*:

Aunque de forma tardía y sin el acuerdo de colaboración, es necesario reconocer que el condenado José Adelmario Pinheiro Filho contribuyó, en esta acción penal, a aclarar la situación de la verdad, prestando testimonio y proporcionando documentos.

En el caso de los crímenes cometidos por el más alto mandatario de la República, no es posible ignorar la relevancia del testimonio de José Adelmario Pinheiro Filho.

Siendo su testimonio consistente con el resto del cuadro probatorio, especialmente con las pruebas documentales producidas y teniendo él, el testimonio, la importancia probatoria para el juicio, se justifica la concesión de beneficios legales a él.

El hecho es que además de la inexistencia de prueba de que hubo alguna ventaja (ya que el departamento no fue recibido ni como propiedad ni como posesión), tampoco hay alguna prueba de que si tal ventaja existiera sería indebida. Y esto porque no hay pruebas de que Lula, al indicar nombres para el Directorio de Petrobras al Consejo de la Administración de la empresa, supiera que tales personas estarían involucradas en esquemas de corrupción lesivos a la empresa.⁶ Tampoco hay pruebas de que haya habido cualquier orden de pago de las diferencias entre un departamento común y un tríplex reformado que debía salir de una supuesta cuenta general de sobornos, y de que esta cuenta fuese abastecida por un esquema de corrupción en Petrobras del cual el expresidente tuviera conocimiento.

Tal vez por esto es que el juez federal haya decidido avalar como prueba principal del proceso, apta para justificar la decisión

⁶ Además de la ya célebre e inválida jurídicamente justificativa, también utilizada por el juez federal, de que “no tendría cómo, el presidente de la República, no saber”, en los autos está el testimonio del exsenador Delcídio do Amaral en el que este afirma que Lula sabía de todo, pero que nunca había conversado personalmente con el expresidente sobre esto (*sic*).

por la privación de la libertad de un expresidente de la República, la el testimonio aislado de un demandado confeso que está preso hace más de dos años y que lucha desesperadamente por su libertad a cambio de una delación premiada, aunque informal. La justificación para darle tanta importancia a este testimonio, obtenido en las circunstancias ya descritas, es la de que si él hubiese mentido sobre el tríplex con la intención de comprometer al expresidente también debería haber mentido para comprometer al expresidente sobre el contrato para el almacenamiento del patrimonio presidencial, *in verbis*:

936. Las declaraciones de José Adelmario Pinheiro Filho suenan creíbles. Considerando su manifiesta intención de colaborar, no se vislumbra por qué motivo admitiría la práctica de un crimen de corrupción y negaría el otro. Si su intención era mentir en Juicio en favor propio y del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, negaría ambos crímenes. Si la intención era mentir en Juicio solo para obtener beneficios legales, afirmaría los dos crímenes. Considerando que su informe que involucra al departamento tríplex se corrobora y apoya en una amplia prueba documental, es el caso de darle crédito a su relato sobre el almacenamiento del patrimonio presidencial.

Sea para considerarlo inocente o para condenarlo, la palabra de Leo Pinheiro fue para el juez de Curitiba el equilibrio de la balanza, tal vez porque el magistrado no ha logrado “vislumbrar” otro motivo por el que Leo Pinheiro hubiera mentido en juicio, quién sabe. Bueno, aquí va una posible sugerencia a ser vislumbrada: una mentira es mucho más convincente si viene acompañada de una verdad. Una manera de reforzar una mentira es rodearla de muchas verdades. Justamente por la dificultad en saber si la palabra de un delator (formal o informal) debe admitirse como prueba de un crimen cometido por otro, es que la ley exige que sea corroborada por otras pruebas inequívocas.

Como resultó evidente, el testimonio que incrimina al expresidente fue el billete premiado de Leo Pinheiro para ser alcanzado por la generosidad del juez frente a su crucial “colaboración”. No era necesario que el expresidente también fuese condenado en relación al almacenamiento del patrimonio presidencial. Para alcanzar los nueve años y medio de prisión y dar motivo al secuestro de todo su patrimonio y medios de subsistencia, alcanzando el final esperado por la narrativa construida por la fuerza de choque y adoptada en muchas demostraciones de parcialidad del juez a lo largo de todo el proceso e incluso antes, bastaba que Lula fuese condenado en relación al tríplex.

III

En la sentencia hay muchos otros aspectos absurdos, ilegales y arbitrarios, que son analizados por otros artículos que integran la presente obra. El espacio es corto para tanta excepción. Listo rápidamente algunas otras:

- El juez tiene como “comprobada” la “propiedad de hecho” del triplex, incluso sin la titularidad o la posesión, y castiga al expresidente porque al no tener la titularidad ni la posesión, o no admitir a tal “propiedad de hecho” él está ocultando una ventaja inadecuada. Entonces como si no bastara ser condenado por corrupción, también es condenado por lavado de dinero. Solo nos queda preguntar: ¿cómo puede haber lavado un dinero que nunca tuvo a través de la titularidad de un apartamento que nunca fue suyo o del que nunca tuvo la posesión? Si Franz Kafka estuviera vivo, tal vez, podría explicarlo.
- La comprobación de que Lula no tendría “cómo negar el conocimiento del esquema criminal” de Petrobras, como argumenta el juez de Curitiba en el párrafo 890 de la sentencia, es el hecho de que él habría sido “beneficiado materialmente a partir de sobornos que se derivan de los acuerdos de corrupción en contratos de Petrobras, aunque a través de una cuenta general de sobornos”. Aquí tenemos espantosamente dos hechos no comprobados (afirmados solo en delaciones de delatores presos, siendo algunas informales) que sirven, en la lógica del juez, de comprobación uno de otro.
- En el párrafo 958 el juez afirma que la denuncia penal propuesta contra sí por la Defensa del expresidente Lula en virtud de que el juez haya divulgado a la prensa y expuesto la subsiguiente difusión pública de conversaciones privadas del expresidente y de su familia, así como una conversación grabada ilegalmente entre la Presidenta de la República y el expresidente, representa un intento de intimidación del juicio. La misma evaluación se hace con respecto a la proposición de acciones de indemnización por crímenes contra el honor movidos por la Defensa de Lula contra los Procuradores (por cuenta del ya conocido y notorio espectáculo del *Power Point* exhibido en pleno *Diario Nacional*) y contra el Delegado de la Policía Federal. En este párrafo es posible percibir con toda nitidez el elevado nivel de parcialidad y arbitrariedad del juez ante el acusado al que condenó implacablemente y

sin pruebas, ya que transforma el legítimo ejercicio del derecho de defensa y del derecho de acción, en actos condenables. Avanzando en el nivel de arbitrariedad, el juez afirma en el párrafo siguiente (el 959), que la proposición de tales acciones sumada a la supuesta destrucción de pruebas que habría sido ordenada por el expresidente (hecho no probado), decreto su prisión preventiva, pero que no lo haría para evitar “traumas” y por “la prudencia”. La pregunta que se debe hacer aquí es: ¿quién está intimidando a quién?

- Del párrafo 793 al 796 hace consideraciones tan subjetivas como innecesarias sobre lo que el expresidente Lula hizo o no hizo de correcto en cuanto al tema del combate a la guerra contra la corrupción cuando fue presidente. Y en el párrafo 795 llega a afirmar que Lula debería haber actuado para “revertir” la jurisprudencia del STF en cuanto a la imposibilidad de prisión antes del tránsito en juzgado, es decir, de que él debería (no se sabe cómo) haber influenciado a los ministros y ministras del STF a decidir (como desgraciadamente hicieron en febrero de 2016) por la violación de una cláusula pétrea de la Constitución de 1988.
- Es sintomático que el juez de Curitiba gaste gran parte de la sentencia intentando justificarse en cuanto a sus acciones abusivas contra el expresidente Lula cometidas antes y durante el proceso. Tales justificaciones están lejos de ser convincentes. Cito una de ellas. En el intento de justificar la conducción coercitiva a la que el expresidente fue sometido en marzo de 2016 sin previa intimación, y en la que tuvo su imagen expuesta en esa condición en un verdadero carnaval mediático con cobertura de veinticuatro horas en la principal emisora del país, el magistrado dijo en la sentencia que había fundamentos ocultos para la coerción presentes en conversaciones telefónicas interceptadas, y que daban cuenta de la militancia para protestar contra el registro y la confiscación que se pretendía hacer en la residencia del expresidente. El juez afirma que la coercitiva habría sido invocada para la “protección” de los agentes policiales (*sic*) ante las “amenazas” de movilización de la militancia. Curioso es que la justificación que el juez federal proporcionó en relación a los hechos fue que la coercitiva habría sido autorizada para la protección del expresidente Lula... Deploable es que el magistrado considere la legítima y pacífica manifestación de la militancia política, ocurrida también en

torno del testimonio en juicio del expresidente en mayo de 2017, una amenaza o una violencia. Es incluso muy temeroso de la democracia.

Hay mucho más, pero el espacio es corto. Se espera que esta decisión no sea confirmada por otras instancias del Poder Judicial brasileño y que no sea más que una mancha en la triste memoria de nuestra historia institucional. En caso de que el Poder Judicial brasileño convalide este verdadero juicio de excepción, habremos vuelto de modo completo a los orígenes autoritarios de este Poder, tan bien representados por la historia de la connivencia, a veces laudatoria, a veces silenciosa, pero indudablemente institucional entre el Poder Judicial y la dictadura cívico militar brasileña.

José Eduardo Martins Cardoso*

VIVIENDO EL DERECHO

HACE MUCHOS AÑOS PENSÉ en dejar el estudio del derecho. Corrían los últimos años de la década de los setenta. Vivíamos el período de la dictadura militar y yo, joven, comencé a ver desmoronarse un conjunto de creencias que me habían motivado a ingresar a la Facultad de Derecho. En la Constitución de 1967, estaban establecidos derechos que la realidad sociopolítica negaba de forma violenta. En la periferia de mi ciudad, donde me instalé en un trabajo de atención jurídica voluntaria de la población carenciada, percibí que en relación a los más pobres la igualdad no pasaba de un mito enseñado retóricamente en nuestros manuales. Como el mandamiento expresado por Orwell (2016 [1944]), en su *Animal Farm*, constaté que aunque la Constitución señala que todos deben ser “iguales” frente a la ley, en la realidad de la vida algunos siempre eran considerados “más iguales que otros”.

La lectura de un texto que sustentaba la tesis de que era imposible ser jurista y contestador, desencadenó la crisis en el joven de casi veinte años de edad. ¿Voy a ser un profesional que actúa en el mundo de la farsa, de la hipocresía, del autoritarismo encubierto por la retó-

* Abogado y profesor de Derecho. Ex ministro de Estado de Justicia y ex Abogado General de la Unión.

rica? ¿Voy a ayudar al mantenimiento de un *statu quo* que repudio, vendiendo falsas ilusiones de que con el derecho se hace justicia?

La angustia me hizo devorar libros que pudiesen darme una respuesta definitiva sobre qué hacer de mi vida profesional. Probablemente haya sido ahí que comenzó a gustarme definitivamente la Filosofía del Derecho, materia en la que tuve la oportunidad de enseñar años después en la Pontificia Universidad Católica de San Pablo. Y también fue a partir de ahí que decidí sumergirme a la vez en el mundo académico y actuar profesionalmente en el área del derecho, como una opción de fe y de vida. Percibí que un profesional del derecho, si sabe captar sin ingenuidad, dogmatismo o tecnicismo exacerbado la dimensión histórica del fenómeno normativo, puede usar el derecho para desenmascarar la farsa jurídica, la injusticia, el autoritarismo, y ser una línea auxiliar importante en la construcción de la utopía en que cree. Percibí que un abogado puede y debe hablar alto cuando el juez no quiere oírlo, sin trasgredir las normas procesales, para que la sociedad oiga, fuera de la sala de audiencia, la injusticia o el arbitrio que se comete. Percibí, finalmente, que es posible ser un operador del derecho, y utilizar el propio derecho para colocar en jaque el *statu quo* y las relaciones de poder existentes en una sociedad injusta, arbitraria, intolerante y excluyente.

Fue en los libros y en la experiencia cotidiana que aprendí también que el derecho y el poder son realidades indisociables. No existe derecho sin un poder que lo garantice, del mismo modo que no existe poder duradero sin un derecho que de alguna forma lo legitime. También aprendí que tanto el cientista, como el operador del derecho, jamás serán neutros. Piensan y obran, en sus vidas cotidianas y en su ejercicio profesional, de acuerdo con sus pasiones, su psiquis, su visión de mundo sus concepciones políticas, y la propia visión ideológica que envuelve su pensamiento. Y por más que algunos no quieran asumir esta condición mezquina y falible, por juzgarse habitantes del Olimpo, los operadores del derecho serán siempre seres humanos. A menos que algún día, en una sociedad autoritaria, los robots los sustituyan.

Fue también en este período que aprendí que, a pesar de no ser neutros, los jueces no pueden ser parciales. La “neutralidad” y la “parcialidad” son cosas distintas. El ser “neutro” equivale a tener una forma de pensar aséptica del punto de vista axiológico, lo que es incompatible con la mente humana. El ser “parcial” es asumir un lado, una bandera. Es tener una posición estructurada y definida en el campo en que se entabla una disputa.

Un abogado, por ejemplo, será siempre “parcial”. Le cabrá asumir la defensa de una parte en un conflicto de intereses. Siempre

tendrá un “lado”. Naturalmente, en su forma de ser, de ver el mundo, su “no neutralidad”, en fin, marcará la forma por la que defenderá parcialmente los intereses de la parte que representa. Pero un juez, aunque no sea neutro, jamás puede ser “parcial”. Él no ejerce su función con el apoyo a una parte, para condenar o absolver. No debe buscar, con sus decisiones, los aplausos de la multitud, o la consagración en los medios de comunicación. Con su “no neutralidad” cognoscitiva, tiene el deber funcional de examinar la realidad objetiva para “decir el derecho”, no de acuerdo con lo que quiere o con lo que desea el sentido común, sino aplicando objetivamente aquello que los representantes electos por el pueblo aprobaron. Es así como debe ser en los Estados Democráticos de Derecho.

Está claro que un juez más humanista tenderá a valorar, con tintas más fuertes, los derechos y las garantías dadas por el orden jurídico. Es evidente que un juez de matices dictatoriales y autoritarios pensará el derecho sin tantas “garantías” ni “derechos subjetivos” otorgados a los ciudadanos. Esto es propio de los seres humanos. Lo que no es propio, aún, de un juez, es la imposición de su concepción, con la negación de hechos y normas, como si la ley no dijese nada, y solo su verdad personal debiera prevalecer. Interpretar valorativamente es propio de quien no es neutro, por ser humano. Construir hechos y juicios de “deber ser” más allá de lo que dice la ley, creando realidades que ninguna interpretación valorativa justifica, es propio de quien es arbitrario y abusa de su poder.

Con este aprendizaje me volví abogado, profesor y ejercí en la vida pública. Imaginé que con la Constitución de 1988, nuestro país había alcanzado otro nivel civilizatorio. Aunque la realidad precisase salir del papel, imaginé que pasaríamos a vivir en un auténtico Estado Democrático de Derecho, sin incurrir en más retrocesos.

Por esto, tal vez aun por una cierta dosis de ingenuidad histórica y política, me sorprendí con el *impeachment* a Dilma Rousseff y ahora con la sentencia condenatoria del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva. En el *impeachment* vi un golpe de Estado, construido sin armas o bayonetas caladas, pero sí con una retórica jurídica ridícula que unió a los neoliberales derrotados en la elección de 2014, a los que deseaban a cualquier precio la trasgresión de las leyes y la violación de principios jurídicos y éticos para evitar la “sangría de la clase política brasileña”. En el juzgamiento de Lula vi una sentencia condenatoria dura, fundada en pruebas inexistentes, y además en una retórica que pretende encubrir el hecho de que quien debería juzgar con imparcialidad, actuó como acusador. Una sentencia, en definitiva, en que las “convicciones” sustituyeron a las “pruebas”.

El *impeachment* de Dilma Rousseff y la sentencia condenatoria del expresidente Lula tienen, de hecho, bastante en común. En ambos procesos, los jueces quedaron sordos y ya sabían de antemano que iban a condenar, independientemente de las pruebas que fuesen producidas. En ambos procesos, los aplausos del sentido común, la intolerancia ideológica incentivada por sectores expresivos de los medios conservadores o pagados por conservadores, y el desapego a los derechos y las leyes consagrados en la Constitución fueron la realidad. En ambos procesos, por último, se ve la mano cenicienta y tortuosa de un estado de excepción perfeccionado con delicadeza.

Muchas veces, como abogado de Dilma Rousseff, en el proceso del *impeachment*, con la cabeza en la almohada, volví a tener la misma indignación que sentía a los 20 años. ¿Obré correctamente al escoger esta profesión y esta área académica de estudios, donde reina la hipocresía y la canonización de arbitrarios que hacen de la prepotencia su virtud? Lo mismo vuelvo a pensar ahora, al leer la sentencia condenatoria del expresidente Lula, en el caso del departamento “tríplex”.

Es un hecho que desde mi juventud Luiz Inácio Lula da Silva es un mito. Un mito que construyó un partido al que adherí desde la fundación, y que tuvo la condición de ser el primer Presidente de la República que encarnó, durante el ejercicio en el poder, el respeto a la democracia, la transformación social y el combate a la exclusión social, como un punto de partida y de llegada. Por esto, reconozco, no soy neutro en relación a él y a su historia. Pero esta ausencia de neutralidad no me distorsiona la visión, a punto de modificar la realidad o de construir visiones falsas sobre lo que no existe. La sentencia que lo condenó es objetivamente infundada, y construida jurídicamente con un evidente *animus* condenatorio. No existen pruebas suficientes para que un *decisum* condenatorio sea afirmado en este proceso, presentándose la sentencia desajustada a la propia denuncia ofrecida por el Ministerio Público. Los argumentos retóricos e infundados buscan dar una apariencia de “legitimidad” a una condena absolutamente arbitraria.

Incluso una persona que odie al expresidente Lula, y lo aborrezca con todas las fuerzas de su alma, podrá percibir esto si consigue apartar de su cerebro la pasión que enturbia la razón y adopta el buen sentido como parámetro de reflexión.

Una vez más vuelvo a la pregunta de mis 20 años, y llego, nuevamente, a la misma respuesta. En el momento en que vive hoy Brasil, hay un papel importante a ser cumplido, en la defensa de la democracia y del Estado de Derecho. Es indispensable que nosotros los abogados, miembros del Ministerio Público, magistrados, defensores públicos, delegados de policía, operadores del derecho en gene-

ral, mostremos nuestro compromiso con la verdad y con la justicia, luchando por ellas. No se puede admitir que una Presidenta de la República sea apartada de su cargo, por acusación de crímenes de responsabilidad inexistentes e invocados como pretextos retóricos para la consumación de un golpe de Estado. No se puede admitir que un ciudadano, expresidente de la República o no, sea condenado sin pruebas, independientemente de la razón que motiva al juez, o de sus “creencias” y “convicciones”. Es nuestro papel desenmascarar, con coraje y osadía, los falsos argumentos jurídicos que recubren intenciones “no jurídicas” opuestas a los valores consagrados en nuestra Constitución y que representan nuestro momento actual de evolución humana y civilizatoria. Es nuestro papel denunciar que, en las condenas criminales, las convicciones, pasiones o intenciones jamás podrán sustituir el papel de las pruebas.

Por esto, más de 30 años después de las dudas y de la angustia que me asaltaron en los bancos universitarios, miro hacia el pasado, hacia el presente y hacia el futuro, y digo que no me arrepiento de la opción que hice. Hay mucho todavía para hacer. Continuemos gritando fuerte, para que nuestros gritos por el Estado de Derecho y por la Justicia sean oídos fuera de la sala de audiencia, siempre que un juzgador, parlamentario o juez no quiera escucharnos. Continuemos construyendo, con garra y perseverancia, nuestra utopía.

BIBLIOGRAFÍA

Orwell, G. 2016 (1944) *Animal Farm* (Adelaide: University of Adelaide). En <<https://ebooks.adelaide.edu.au/o/orwell/george/o79a/complete.html>> Acceso 02 de febrero de 2018.

José Francisco Siqueira Neto*

DELACIÓN, NOTICIA DE PERIÓDICO, CONDENA

¡ELEMENTAL, QUERIDO WATSON!

LA SENTENCIA DE LA ACCIÓN PENAL N° 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, en trámite en la 13ª Sala Criminal de la Justicia Federal de Curitiba, dictada el 12 de julio de 2017, encierra una importante fase de la más larga novela con temática jurídica de la mayor red de televisión de Brasil.

A partir de la Delación de un revendedor de dólares ya conocido en otros pasajes de la autoridad judicial que dictó la sentencia mencionada, fue desarrollada una trama astuta, inductora de comportamientos sociales de rupturas de vínculos y agresiones, escandalosamente destinada a la desestabilización política del país, con claro protagonismo de los *“inquisidores del bien”* de Curitiba, mediante una unidad de acción entre la Policía Federal, el Ministerio Público y la Magistratura nunca antes ocurrida en la historia de los países civilizados y verdaderamente democráticos.

Incluso sin decir o asumir claramente, mirando en retrospectiva, no queda duda de que mucho antes del ofrecimiento de la denuncia específica, el objetivo siempre fue LULA. No fueron pocos –desde el inicio de la operación hasta la denuncia– los comentarios laterales en radio y televisión, las redes sociales inundadas de mensajes enviados

* Abogado, máster (PUC-SP) y doctor (USP) en Derecho. Profesor titular del Programa de Posgrado *Stricto Sensu* en Derecho.

por robots virtuales y humanos alimentando la expectativa de llegar a LULA con frases claves como “*ir hasta el fondo*”, “*limpiar el país*”, “*llegar hasta los poderosos*”.

Este clima de laboratorio fue montado meticulosamente, ejecutado y monitoreado por las noticias impresas, radiofónicas y televisivas, con soporte sustancial de las redes sociales.

Todo fue encaminado de modo de “*naturalizar*” el ofrecimiento de la denuncia por el Ministerio Público, anunciada en una reunión de la prensa en un lujoso Hotel, cuyo ápice fue la presentación del inolvidable *Power Point* con flechas desde todas las direcciones apuntando al centro con la identificación de LULA.

Este particular documento, sin embargo, es una infografía sintetizadora de las informaciones surgidas de papeles y grabaciones organizadas para conferir una visión estructurada de esta acumulación. El resultado es la apariencia, la sensación de mucha evidencia y prueba de comportamiento anormal. Es el máximo resultado esperado por los conductores de las investigaciones y denuncias, porque causa un impacto evidente.

El escenario y el ambiente estaban montados para que finalmente actúe “*el niño-académico-conferenciante-activista social-juez*”.

A partir de la denuncia comenzó a estudiarse la posibilidad de generar la tecnología de la interpretación presentada en este artículo en la Sentencia de la Acción Penal N° 5046512-94.2016.4.04.7000/PR.

Entre las innumerables situaciones y circunstancias de este episodio que pone en jaque la conciencia jurídica del país al despreciar los fundamentos elementales del Estado Democrático y Social de Derecho, un aspecto –inicialmente– oblicuo respecto a estas agresiones sustanciales al ordenamiento jurídico me intrigaba: la cantidad de papeles, declaraciones, grabaciones de voz e imágenes generadas por las averiguaciones, filtradas o suministradas con la precisión quirúrgica de una narrativa, con el objetivo de mantener la coherencia de la intriga de comienzo a fin.

Observando con mayor concentración este movimiento constaté que la acusación trabaja con soporte considerable de una computadora muy poderosa¹ en el tratamiento de muchos documentos para conferirles cierta racionalidad discursiva.

Estaba explicado cómo los protagonistas judiciales con intensa vida social conseguían exhibir tan elocuente productividad.

Con esta referencia, comencé un camino de conversaciones con físicos y matemáticos ligados a la tecnología acerca de la posibilidad de responder al robot de la acusación, con la intención de *chequear la consistencia de la convicción del Ministerio Público con los hechos*.

1 De IBM, de nombre Watson.

Luego de una larga ronda de nivelación de las informaciones, chequeo de lenguaje y experimentos, la herramienta quedó lista, testeada y aprobada, un mes antes de la pronunciación del caso LULA.

Esta tecnología (*legal Reading*) es un algoritmo de inteligencia artificial (*Deep learning*) para la interpretación de textos con propiedad intelectual exclusiva, registrada en 60 países. Por esto, es fácil de ser *auditada*.

La tecnología extrae de grandes volúmenes de textos, relaciones de causas y efectos de los temas, conexiones entre hechos, personas y entes que necesitarían grandes equipos, dispendio de tiempo –muchas veces incompatibles con los plazos procesales– y análisis sujetos a equívocos naturales de interpretación.

Esta tecnología permite leer en segundos millones de textos y crear una estructura jerárquica entre temas y subtemas, organizando todas sus partes. Además de organizar textos, permite encontrar la relación causal entre personas, entes y hechos, sus conexiones directas o indirectas, así como el respectivo peso dado a cada una de las partes. Al final, ella crea un mapa visual interactivo (organigrama) que permite la comprensión general del contenido en segundos. Permite, por lo tanto, analizar la tesis lógica formulada por la parte, MP o el juez, para validar si lo racional de sus conclusiones está basado en los hechos, en hipótesis o en deducciones. El organigrama hecho por el robot, similar al *Power Point*, ayuda a conducir mi línea de pensamiento y la tesis en la interpretación del magistrado.

Aplicando esta tecnología a la larga –238 páginas, 29.567 palabras– Sentencia de la Acción Penal N° 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, encontramos el siguiente cuadro de relaciones directas e indirectas (Ver Gráfico 1 en página siguiente).

Como se ve, que pese a la apariencia de las páginas excesivas, la sentencia no consigue establecer un vínculo directo de LULA con nada, sino con el Delator. La relación directa con el Patrimonio Presidencial y su Almacenamiento fue descartada por el propio juez por falta de pruebas.

Otro aspecto que merece destacarse, se vincula con la Cuantificación o Volumetría de la Sentencia, esto es, la proporción de las citas. Petrobras fue citada 252 veces, el Condominio Solaris 75, Lula 395, Leo Pinheiro 156 y el Grupo OAS 367. O sea, el Grupo OAS y Leo Pinheiro corresponden a 523 citas, 132% más que Lula.

En lo relativo a las correlaciones de grupos, la Sentencia enfatiza que la conexión con Petrobras, *en el menor camino* se da en nivel terciario, predominando el nivel cuaternario, lo que evidencia la incompetencia de la 13ª Sala Federal Criminal de Curitiba para juzgar el caso (Ver Gráfico 2 en página siguiente).

Gráfico 1
Relaciones directas e indirectas

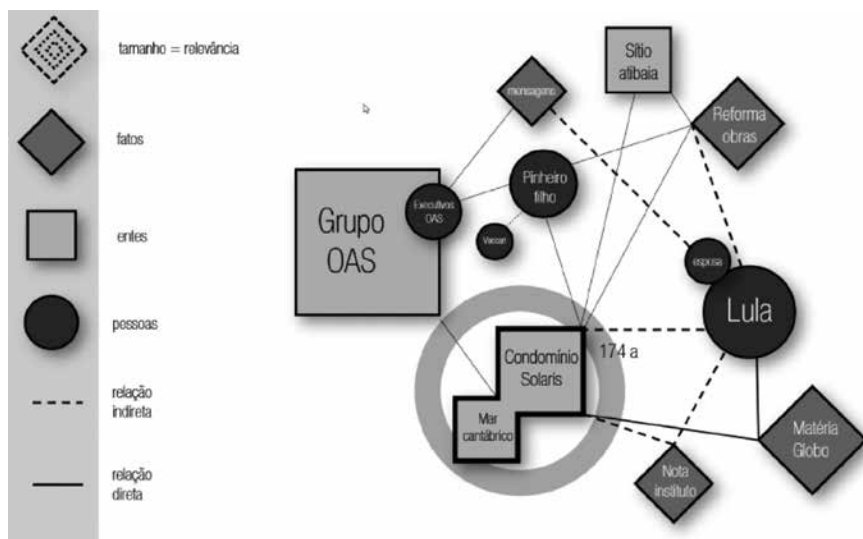
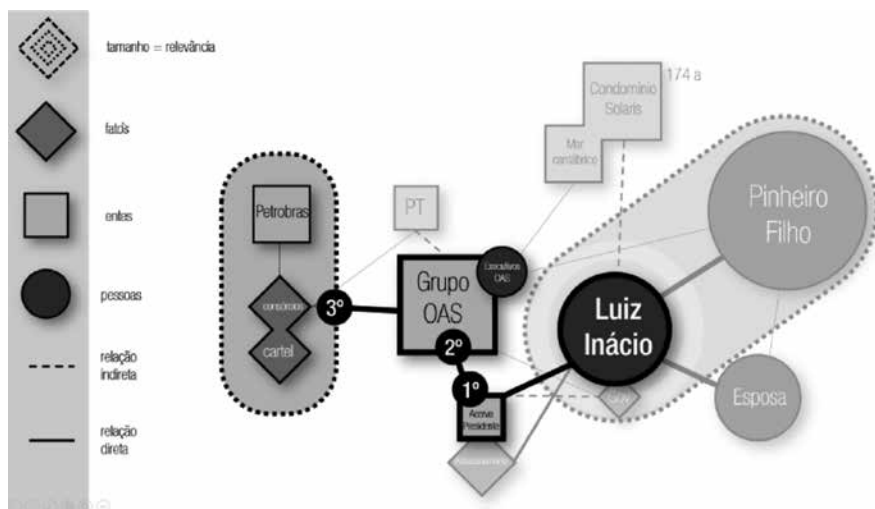


Gráfico 2
Correlaciones de grupos



Con la relación de Petrobras caracterizada preponderantemente de forma cuaternaria, la identificación de la única imputación directa con la Delación –cuya legislación de regencia impide su admisión como única prueba–, restó a la autoridad judicial la búsqueda de prueba para apartarse de esta objeción. La salida encontrada este embrollo fue fundamentar la condena en el material periodístico mencionado 8 (ocho) veces en la decisión. O sea, *con ninguna prueba*. Estos gráficos muestran la representación general y la representación específica por relevancia de evidencia.

Gráfico 3
Representación general según relevancia de evidencia

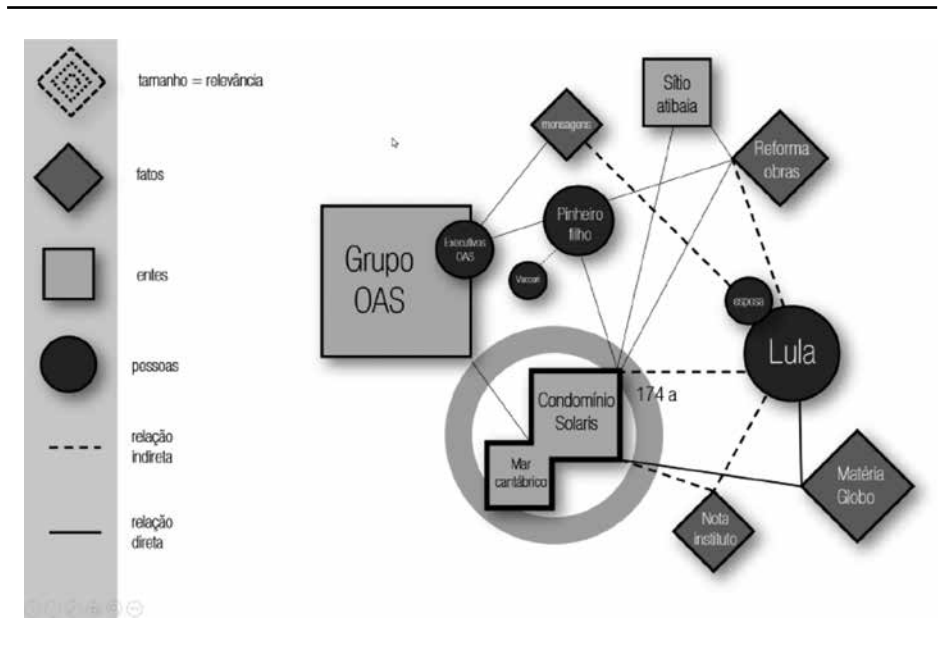
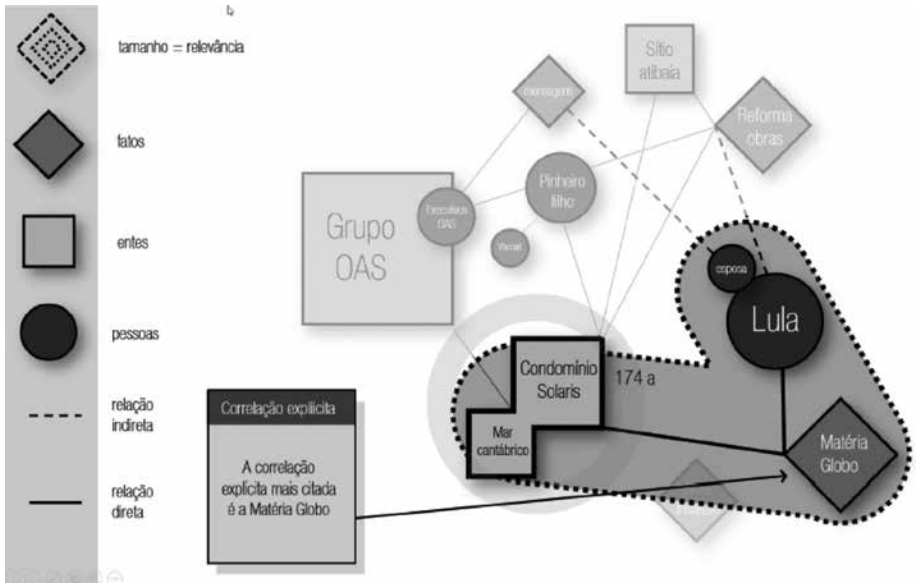


Gráfico 4
Representación específica según relevancia de evidencia



La sentencia es técnicamente frágil, mal que pese a la ostentación. Algunas particularidades, sin embargo, deben destacarse. La decisión, como se dijo, tiene 238 páginas. El informe va de la página 2 a la 10, la fundamentación –basada en el material periodístico– de la página 10 a la 225, y el dispositivo, en las páginas restantes.

Lo curioso y verdaderamente increíble es una autoridad judicial que consume aproximadamente el 20% de la Sentencia (de la pág. 10 a la 55) con ataques políticos e ideológicos al Acusado y sus abogados de defensa, en evidente demostración de la pérdida completa y absoluta de la imprescindible imparcialidad del juez, requisito indispensable de un juicio justo en los moldes preconizados por las más expresivas manifestaciones del Derecho Internacional.²

² Artículo X de la Declaración Universal de Derechos Humanos y Artículos 9.1 y 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

Las nulidades y defectos procesales en el caso en referencia son evidentes, pero lo que sustenta el movimiento frecuente del molino que dará curso permanente a los noticieros para amortecer las trasgresiones jurídicas estructurales del Estado Democrático y Social de Derecho y la manipulación de las matrices tecnológicas de inteligencia artificial que aseguran al final de cada día la victoria sobre la narrativa del proceso. Así, con fundamento en materiales periodísticos se condena a LULA.

Juarez Cirino dos Santos*

LA SENTENCIA ILEGAL DEL JUEZ MORO CONTRA LULA

LA SENTENCIA CONDENATORIA del juez Moro contra el expresidente LULA es incompatible con el Derecho Penal de *hecho* y de la *culpabilidad* del Estado democrático de Derecho. Primero, la sentencia no demuestra la existencia del *hecho imputado* como tipo de injusto de *corrupción pasiva* cometido por acciones reales del acusado; segundo, la sentencia no demuestra la *culpabilidad* del autor fundada en el *conocimiento del injusto* de acciones cometidas en el ejercicio regular de la Presidencia de la República. La consecuencia lógica de la inexistencia del *hecho* definido como *corrupción pasiva* es la imposibilidad del segundo *hecho* de *lavado de dinero*: si no existe el crimen de *corrupción pasiva* como *hecho antecedente*, no existe el crimen de *lavado de dinero*, que presupone la existencia de un crimen anterior – porque, además de esto, por más que el juez Moro considere “*extraño*” que LULA desconociese las ventajas indebidas (cuando PETROBRAS declara pérdidas contables de 6 billones de reales), o que no hubiera reprobado agentes públicos y políticos por el esquema criminal, la deducción judicial de la *connivencia* de LULA es un mero acto psíquico, porque no existe prueba de conocimiento de estos hechos.

* Abogado.

Las decisiones judiciales incompatibles con el Derecho Penal de *hecho* y de la *culpabilidad* son decisiones judiciales inválidas, porque carecen de los fundamentos centrales de la Justicia criminal: el principio de la legalidad, configurado en la realización concreta de un *tipo de crimen*, y el principio de la culpabilidad, verificado en el conocimiento de la *naturaleza criminal* de la acción realizada. La prolija sentencia judicial de 218 páginas no contiene un capítulo, ni siquiera un párrafo, o siquiera una línea dedicada a la demostración de estos fundamentos del sistema punitivo, sin los cuales es imposible aplicar penas criminales. Luego, la condena criminal del expresidente LULA constituye la *recepción judicial* de la actitud político partidaria de la *Fuerza de Operaciones* del MPF actuante en la *Operación Lava Jato*, manifestada en aquella cómica presentación pública en cadena televisiva, resumida en la proposición: *no tenemos prueba, pero tenemos convicción*. Este es el perfil de la decisión más célebre de la historia de la jurisprudencia brasileña: un acto judicial ilegal, en contraste con la postura democrático legalista de la justicia criminal brasileña.

Los componentes del *tipo de injusto* y de *culpabilidad* del hecho punible pueden presentarse en un lenguaje accesible al público, pero la crítica de la sentencia del juez Moro se limita al examen sumario de la imputación de *corrupción pasiva*, y solo Desde el punto de vista del *tipo de injusto*, por fuerza del límite de los 10 mil caracteres (o 5 páginas) de este artículo. La dimensión objetiva del hecho punible se examina desde el punto de vista de la *relación de causalidad* entre *acción* y *resultado* (con exclusión de la imputación del resultado) y la dimensión subjetiva del hecho punible se examina desde el punto de vista del *dolo* (con exclusión de la *intención especial* de enriquecimiento con la *ventaja indebida* obtenida en razón del cargo). Estas cuestiones –y otros aspectos de la sentencia del juez Moro– serán objeto de un artículo mayor, a ser publicado en breve.

1. LA DIMENSIÓN OBJETIVA DEL CRIMEN DE *CORRUPCIÓN PASIVA*

1.1. La denuncia del MPF imputó al expresidente LULA las acciones alternativas de *solicitar*, o de *aceptar promesa*, o de *recibir* ventaja indebida, para sí o para otro, en razón del cargo (art. 317, Código Penal), pero *no describió* las acciones imputadas *en todas sus circunstancias*, limitándose a reproducir las palabras de la ley, con infracción del art. 41 del Código de Proceso Penal). La sentencia del juez Moro, que debería indicar los *motivos del hecho* y *de derecho* de su decisión (art. 381, III, del Código de Proceso Penal) consigue ser peor que la denuncia: no demuestra las circunstancias concretas de *medios* o de *modos* de realización del hecho imputado (¿cómo?), del *lugar* de realización

del hecho imputado (*¿dónde?*), o del *tiempo* de realización del hecho imputado (*¿cuándo?*), en relación a las acciones típicas de *solicitar*, o de *aceptar promesa*, o de *recibir* (para sí o para otro) ventaja indebida, en razón del cargo –en violación de los principios constitucionales del contradictorio y de la amplia defensa (art. 5º, LV, CF). En verdad, la lectura de la sentencia no permite ni siquiera saber si el crimen de *corrupción pasiva* habría sido realizado por la *acción de solicitar*, o por la acción de *aceptar promesa*, o por la acción de *recibir* ventaja indebida en razón del cargo –las únicas acciones por las cuales el crimen de *corrupción pasiva* puede ser realizado.

1.2. Así, en relación a los modos o medios de realizar las acciones inculminadas, la sentencia del juez Moro tiene las siguientes fallas: **a)** no indica si la acción de *solicitar* ventaja indebida habría ocurrido por el modo sonoro de la palabra hablada en situación presencial, por medio telefónico o por mensaje electrónico, o por la forma gráfica de un documento físico, de un documento electrónico transmitido por WhatsApp o por otra forma de comunicación a distancia en red social; **b)** no indica si la acción de *aceptar promesa* de ventaja indebida habría ocurrido por las formas verbales, escritas o electrónicas referidas antes, o por señales, gestos u otros procedimientos mímicos de comunicación social; **c)** por último, no indica cómo habría ocurrido la acción de *recibir* la ventaja indebida definida por el concepto bizarro de *propiedad de hecho* del inmueble identificado por el Depto. 164-A, del Edificio Solaris, porque la sentencia excluye la forma civil de adquisición de propiedad por la transcripción en el registro inmobiliario, o porque los datos fácticos excluyen la posesión del inmueble por parte de LULA o familiares.

1.3. Como se sabe, las acciones humanas existen en *determinados* momentos históricos y ocurren en *determinados* lugares del mundo real. Pero las acciones imputadas al expresidente LULA no parecen existir de este modo: la acción de *solicitar* ventaja indebida, o de *aceptar promesa* de ventaja indebida, o de *recibir* ventaja indebida por la aberrante *propiedad fáctica* del Depto. 164-A del Edificio Solaris, habrían sido realizadas en un *lugar indeterminado* del espacio físico de la vida social, así como habría ocurrido en un *tiempo indeterminado* de un calendario comprendido entre el 11/10/2006 y el 23/01/2012, o sea, dentro de un período de 5 años, 3 meses y 12 días, o en un día cualquiera de un lapso temporal de 1.927 días. Así, las acciones imputadas no tienen *momento histórico determinado* de la existencia *temporal*, ni *lugar físico determinado* de existencia *espacial* como hecho delictivo.

1.4. La consecuencia procesual de la *indeterminación temporal* o espacial del hecho imputado es la atribución de una *prueba imposible* al acusado: la *prueba negativa* de que *no solicitó* ventaja indebida, o que *no aceptó promesa* de ventaja indebida, o que *no recibió* ventaja indebida en *ninguno* de aquellos *1.927 días* y en *ningún* lugar de Brasil o del Mundo. Al contrario, la determinación del tiempo, del lugar, de los medios o del modo de realización del hecho imputado –como exige la ley procesual– habría permitido una *prueba positiva* de que el hecho imputado no podría haber ocurrido del modo o por el medio indicados, o en el tiempo o en el lugar determinados, posible en condenas criminales conforme los criterios legales, rotos por la sentencia.

1.5. La indeterminación e las acciones inculcadas significa que la dimensión objetiva del tipo de injusto de *corrupción pasiva* no se caracteriza –por lo tanto, la denuncia debería ser juzgada improcedente, con absolución del expresidente LULA por ausencia de tipicidad de las acciones imputadas. Al final, *si no* están demostradas las acciones imputadas al expresidente LULA, *entonces* no existe el polo causal de la relación de causalidad entre *acción* y *resultado*: las acciones típicas, que deberían ser las *causas* del resultado de *ventaja indebida*, no están demostradas y, así, ningún resultado típico puede ser imputado al expresidente LULA, en los términos del art. 13 del Código Penal. Como se sabe, en los procesos judiciales funciona la lógica formal del silogismo jurídico: **si** la premisa mayor (norma penal) se realiza en la premisa menor (acción humana), *entonces* sigue la conclusión de la aplicación de la pena criminal –pero, inversamente, **si** la premisa mayor de la norma no se realiza en la premisa menor de la acción humana, *entonces* la conclusión inevitable es la absolución del acusado. Como se ve, en relación al *elemento objetivo* del hecho imputado, la sentencia del juez Moro es omisa.

1.6. Además, la sentencia del juez Moro ignora solemnemente las tesis de defensa del expresidente LULA, definida por la *negativa de autoría* de las acciones imputadas. La sentencia prefirió refutar como pretendidas *coartadas* de LULA, atribuidas como simples artificios retóricos o hipótesis argumentativas, en sintonía con las razones del lobo de la fábula: a) la propiedad del inmueble no sería del titular del registro formal, utilizado apenas para ocultar la *propiedad de hecho* del inmueble; b) la hipoteca del inmueble en favor de *Planer Trustee* no implicaría propiedad del grupo OAS, sino la operación neutra de financiamiento con garantía inmobiliaria; c) los costos de reforma del inmueble habrían sido descontados de una *cuenta general de sobornos* –una hipótesis psíquica indemostrada, pero útil para el discurso punitivo; d) las auditorías externas e internas de Petrobras no habrían revelado los ilícitos por causa de sus poderes limi-

tados, incapaces de investigar crímenes selectos con sobornos pagos en el exterior; e) la adquisición de derechos contractuales por Marisa Letícia transmitiría la propiedad por el *régimen de comunión de bienes*, cuyos dispendios fueron declarados por LULA en el impuesto de renta; f) además, LULA visitó el inmueble, el proyecto de reforma habría sido informado a LULA, la diferencia de precios y costos de la reforma habrían sido descontados de la *cuenta corriente de sobornos* etc. Es como si la hipótesis abstracta de una imaginaria *cuenta corriente de sobornos*, siempre mencionada pero nunca probada, se usara y abusara como **arma para todos los fines** en la ilegal sentencia del juez Moro. Nunca un proceso criminal fue construido con tanta ferocidad para demostrar una hipótesis judicial preconcebida.

2. LA DIMENSIÓN SUBJETIVA DEL CRIMEN DE CORRUPCIÓN PASIVA

2.1. Las acciones alternativas de *solicitar*, o de *aceptar promesa*, o de *recibir* ventaja indebida, para sí o para otro, en razón del cargo, deben ser producidas por *dolo*, como voluntad consciente de realizar un tipo de crimen. Pero la *imputación de hecho*, desde el punto de vista de la formación psíquico emocional del crimen –el llamado tipo subjetivo– revela problemas igualmente graves: la singular descripción de la actitud personal atribuida al expresidente LULA, en el supuesto papel de *autor* de las acciones incriminadas, definidas como realizadas “*de modo consciente y voluntario*” en la denuncia, constituye un simple *rótulo burocrático*, separado del contenido intelectual y emocional de **dolo** y, así, es inútil para demostrar la existencia del elemento subjetivo del dolo, necesario para configurar el tipo de crimen imputado.

2.2. O bien, de forma didáctica: en lugar de *etiquetas formales* separadas del significado real, la sentencia debería demostrar, a) la forma por la que el acusado LULA habría tenido *conocimiento* de los componentes objetivos del crimen imputado, que configura el *elemento intelectual del dolo*; y, b) de qué modo estos elementos objetivos del crimen habrían sido comprendidos por la *voluntad* del autor, que configura el elemento emocional de la estructura psíquico afectiva del *dolo*. Así, también en relación a la dimensión subjetiva del crimen, la sentencia del juez Moro es omisa.

3. CONCLUSIÓN: UNA CONDENA SIN CRIMEN

Las fallas sustanciales de la sentencia judicial permiten concluir que LULA fue condenado por hecho atípico –o sea, LULA fue condenado sin cometer crimen.

3.1. La mayor aproximación de la sentencia en cuanto a la tipicidad del crimen imputado es la tesis de que LULA sería responsable por el *nombramiento* y *mantenimiento* de los directores de Servicios y de Abastecimiento de PETROBRAS, condenados por corrupción por el propio juez Moro. Pero esta tesis desconsidera la *naturaleza personal* de la responsabilidad penal por acciones típicas, además de introducir la idea troglodita de la *responsabilidad penal objetiva*. Ninguna nación civilizada admite la responsabilidad penal del Presidente de la República por la conducta personal, sexual o patrimonial de funcionarios públicos nombrados y mantenidos en el cargo, como ministros, directores de empresas públicas o funcionarios públicos inferiores –así como nadie pensaría en condenar al Papa por la conducta personal, sexual o patrimonial de cardenales, obispos o padres.

3.2. En fin, la convicción judicial parece confinada a la hipótesis de que sería innecesario saber si LULA es el mayor responsable por el *esquema criminal*, porque bastaría la prueba de su *participación* en la corrupción (y en el lavado), dice la sentencia –precisamente la prueba que la decisión judicial no hace. En definitiva, la sentencia del juez Moro no dignifica la Justicia criminal brasileña.

Juares Tavares* y Ademar Borges**

EL CRIMEN DE CORRUPCIÓN PASIVA EN LA VISIÓN DEL STF Y LA SENTENCIA QUE VIOLA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

LA INTERPRETACIÓN CORRECTA del contenido del injusto penal del crimen de corrupción pasiva (art. 317, CP), a pesar de la consolidada jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal y del razonamiento unísono de la doctrina jurídica, sale nuevamente a la superficie frente a la reciente sentencia que condenó al expresidente Luiz Inácio Lula da Silva. La sentencia podría ser discutida, bajo el prisma de su legitimidad, a partir de innumerables perspectivas dogmáticas: (i) el indiscutible desprecio por la máxima según la cual la legitimidad de la condena penal, bajo el aspecto probatorio, depende de un convencimiento judicial motivado –a partir de la prueba producida por la acusación– de la existencia del hecho delictivo más allá de cualquier duda razonable (o, en la fórmula evocativa anglosajona, *beyond a reasonable doubt*); (ii)

* Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad del Estado de Río de Janeiro. Profesor visitante en la Universidad de Frankfurt, en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y en la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Profesor Honorario de la Universidad de San Martín, Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Río de Janeiro y por la Universidad del Estado de Río de Janeiro. Máster en Derecho por la Universidad Federal de Río de Janeiro. Subprocurador General de la República (retirado). Abogado.

** Doctorando en Derecho Público por la UERJ. Máster en Derecho Constitucional por la UFF. Procurador del Municipio de Belo Horizonte. Abogado.

las múltiples violaciones al principio acusatorio relativas a la violación reiterada del art. 212 del CPP en razón de la postura excesivamente activa del juez en la producción de la prueba oral;¹ (iii) la patente afronta al principio del juez natural consecuente de la indebida ampliación de la competencia del magistrado que dictó la sentencia, tantas veces denunciada por la doctrina,² entre tantas otras, muchas de ellas debatidas en otros brillantes trabajos reunidos en la presente obra.

La elección del tema de este breve ensayo –el análisis del alcance del delito de corrupción pasiva en el derecho brasileño– se debe, fundamentalmente, a tres razones: (i) la compensación acerca de requisitos exigidos para la configuración del crimen de corrupción pasiva manifestada en la sentencia condenatoria afronta claramente la orientación jurisprudencial del plenario del Supremo Tribunal Federal; (ii) el equívoco cometido por el magistrado, por sí solo, aparta por completo la posibilidad de caracterización del crimen de corrupción pasiva en el caso examinado; (iii) la inexistencia del delito de corrupción pasiva apartaría, por consecuencia, cualquier posibilidad de condena por el delito del lavado de dinero, ya que no habría crimen antecedente. El grave equívoco en que incurrió la sentencia al interpretar el alcance del delito de corrupción pasiva en el derecho brasileño puede ser demostrado sin mayores dificultades, a la luz no solo de la dogmática jurídica sino también –y principalmente– bajo la óptica de la jurisprudencia del STF.

La sentencia afirmó que “en la jurisprudencia brasileña, la cuestión es todavía objeto de debates, pero los juicios más recientes se inclinan en el sentido de que la configuración del crimen de corrupción no depende de la práctica del acto de oficio y que no hay necesidad de una determinación precisa de él”. Prosigue afirmando que “en la Acción Penal 470, juzgada por el Plenario del Egregio Supremo Tribunal Federal (AP 470/MG), Informe Min. Joaquim Barbosa, por mayoría, j. 17/12/2012), la cuestión fue discutida, pero, en la interpretación de este juicio, no hay una afirmación conclusiva al respecto de ella, por lo menos expresada, en los fundamentos del juzgado”. La conclusión de la sentencia a propósito del razonamiento del STF al respecto del tema está objetiva e integralmente equivocada.

El Supremo Tribunal Federal discutió de modo particularmente profundo la cuestión de los requisitos exigidos para la configuración

1 La Ley N° 11.690, del 9 de junio de 2008, modificó la redacción del art. 212 del Código de Proceso Penal, pasándose a adoptar el procedimiento del Derecho norteamericano, llamado *cross-examination*, en el cual los testigos son cuestionados directamente por la parte que los alistó, faculta a la parte contraria a seguir su interrogación (examen directo y cruzado), y al juez las aclaraciones restantes y el poder de fiscalización.

2 La cuestión fue definitivamente solucionada por el profesor Gustavo Badaró (s/f).

del delito de corrupción pasiva en el juzgamiento de la AP 470. Se debatió ampliamente, en aquella altura, sobre la necesidad de comprobación del objeto del fraude de la función pública –acto de oficio– que motivó la aceptación o solicitud de una ventaja indebida como condición para la configuración del crimen de corrupción pasiva. Al problema –ya complejo bajo el prisma dogmático– se le suma, bajo la óptica de la jurisprudencia del STF, la conocida dificultad en extraer las tesis jurídicas mayoritarias de sus juzgamientos en un contexto en que la dinámica de deliberación sugiere que el acuerdo resulta de la reunión de votos particulares, sin que se llegue a un consenso en relación a las controversias centrales del debate.³ Se debe buscar, sin embargo, identificar con claridad el alcance de la norma penal incriminadora prevista en el art. 317 del Código Penal a partir de la jurisprudencia del plenario del STF.⁴ Es que el sentido de prohibición penal de la práctica de conducta tipificada por la ley depende inevitablemente de la actividad interpretativa realizada por los Tribunales, notoriamente por el STF, órgano de la cúpula del Poder Judicial brasileño.⁵

El debate actual sobre el contenido normativo del delito de corrupción pasiva exige del intérprete el desarrollo de un razonamiento encadenado lógicamente así: (i) la jurisprudencia determina el sentido final de la norma penal incriminadora, pues, al interpretar el texto de la ley, establece el campo de conducta (prohibida) penalmente relevante; (ii) el STF discutió exhaustivamente, en el juzgamiento de la AP 470, los requisitos objetivos y subjetivos exigidos para la configuración del delito de corrupción pasiva en el derecho brasileño; (iii) el sentido normativo atribuido a la ley incriminadora por la jurisprudencia del STF integra el propio contenido del injusto penal, vinculando normativamente no solo los juzgamientos futuros, sino también el propio destinatario de la ley penal. De ahí por qué el examen de la tipicidad de

3 Para entender de modo adecuado los graves problemas deliberativos enfrentados actualmente por el STF, ver: Da Silva (2006).

4 Para identificar la posición prevaleciente del STF, se utilizó el criterio según el cual su jurisprudencia coincide con la orientación firmada por el órgano competente por uniformizar el entendimiento de los órganos fraccionarios: en el caso del Supremo Tribunal Federal, su Plenario. Precedentes aislados de órganos fraccionarios (grupos) contrarios a la directriz jurisprudencial del órgano uniformador del Tribunal (Plenario del STF) fueron conscientemente excluidos del análisis actualmente emprendido.

5 Aunque no incumbe al STF, en principio, uniformizar la interpretación de las leyes penales incriminadoras (infraconstitucionales), acaba afirmando la palabra final sobre el sentido y alcance de las leyes penales examinadas en juzgamiento de acciones penales originarias. Es que el criterio jerárquico implica la necesidad de garantizar la prevalencia de la interpretación del STF sobre las normas penales infraconstitucionales.

la conducta imputada al denunciado exige la previa identificación del sentido atribuido por el Plenario del STF al art. 317 del CP.⁶ De hecho, los valores esenciales en un Estado democrático de Derecho⁷ –tales como la racionalidad y la legitimidad de las decisiones judiciales, la seguridad jurídica y la igualdad– recomiendan la aplicación al presente caso de la reciente jurisprudencia del Plenario del STF a propósito del sentido y alcance de la norma penal prevista en el art. 317 del CP.

Hace mucho se discute en Brasil acerca del sentido exacto de la norma incriminadora prevista en el art. 317 del CP. Las principales controversias podrían resumirse en: (i) ¿la corrupción pasiva exige que la aceptación o solicitud de una ventaja indebida haya sido motivada por el fraude de la función pública ejercida por el agente?; (ii) ¿la consumación del delito exige la comprobación de que la aceptación o solicitud de una ventaja indebida sea consecuente a un acto de oficio específico puesto por el funcionario público a disposición del particular?; (iii) ¿la corrupción pasiva exige la comprobación de la práctica concreta del acto de oficio en la esfera de atribuciones del agente corrompido?

Esta cuestiones suscitan por lo menos dos planos de argumentación distintos: (i) el primero consiste en saber si la consumación del delito de corrupción pasiva exige la demostración de la vinculación entre la ventaja indebida (solicitada o recibida) y el ejercicio de la función pública, lo que demanda escrutar si hay un nexo de causalidad entre esta ventaja indebida y un acto de oficio, aunque considerado apenas potencialmente; (ii) el segundo reside en la cuestión concerniente a la necesidad, para la configuración del delito, de demostración de la práctica efectiva (comisiva u omisiva) del acto de oficio. El primer plano argumentativo sugiere el problema de la necesidad de demostración del vínculo causal, aunque potencial, entre la ventaja indebida y un acto de oficio (que esté pretendidamente dentro de la esfera de atribuciones del agente). Ya el segundo plano argumentativo pone en debate la cuestión concerniente a la exigencia de demostración de la actuación concreta del funcionario público en beneficio del particular como condición de la consumación del delito de corrupción pasiva.

6 Firmado por el Plenario del STF, una directriz jurisprudencial precisa a propósito de los requisitos exigidos para la configuración del delito de corrupción pasiva –lo que ocurrió en el juicio de la AP 470–, no hay duda sobre la necesidad de aplicar el mismo razonamiento al caso actualmente examinado. De la fecunda densidad normativa del principio constitucional de la igualdad se extrae primordialmente el deber de la judicatura de dar tratamiento jurisdiccional igual para las situaciones iguales (Da Silva, 1999: 221; Bobbio, 1996: 25; Canotilho Gomes, 1982: 380; De Albuquerque Silva, *op. cit.*: 85).

7 Como afirmó el Min. Edson Fachin, “es parte del *munus público* de una Corte Constitucional la construcción de un relato de precedentes, que oriente todo el sistema judicial” (ADI 1.046, Informe Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, juzgado el 18/12/2015).

El STF respondió a todas estas cuestiones en el conocido juicio de la AP 470, ocasión en que se definió con mayor precisión el sentido de la norma penal incriminadora (art. 317 del CP). Para que se tenga una idea de la extensión del problema vinculado al intento de encontrar los elementos objetivos del delito de corrupción pasiva, conviene rememorar algunos pasajes del juicio de la conocida AP 470, oportunidad en que la composición plenaria del Tribunal intentó, en un esforzado juzgamiento de mérito, delimitar el alcance de este tipo penal. El cuadro debajo presenta una breve síntesis del modo como el STF definió el sentido de la exigencia de demostración del acto de oficio para la configuración del delito de corrupción pasiva.

	Acusados: João Paulo Cunha y Henrique Pizzolato (fase inicial del juzgamiento de la AP 470)	Acusados: otros Parlamentarios (fase final de la AP 470)
Min. Joaquim Barbosa	Así, está comprobado que el acusado HENRIQUE PIZZOLATO recibió ventaja indebida, derivada de DNA Propaganda, para determinarlo a cometer actos de oficio, consistentes en los traspasos anticipados de recursos del Banco de Brasil a DNA Propaganda, sin previsión contractual y sin control sobre el empleo de los recursos.	Además de la doctrina y la jurisprudencia unisonas, el propio tipo penal explicita la naturaleza formal del crimen –su consumación independiente, incluso, de la ocurrencia del pago, bastando la mera solicitud/recibimiento en razón del cargo, vinculada a la posibilidad de cometer los actos de oficio ofrecidos en contrapartida. No se exige, ni siquiera, que exista la práctica efectiva del mencionado acto de oficio. Esta práctica configura la causa del aumento de la pena.
Min. Ricardo Lewandowski	Para la caracterización de la corrupción pasiva, debe señalarse el acto de oficio del funcionario, configurador de transacción o comercio con el cargo por él ejercido. [...] el Ministerio Público no señaló ni siquiera el acto de oficio contrario a la ley cometida por el demandado [João Paulo Cunha].	El Plenario de esta Corte, sin embargo, por su docta mayoría, al apreciar la misma materia en esta AP 470, ha expresado un razonamiento más completo, que se supone suficiente para la configuración del tipo previsto en el art. 317 del Código Penal el mero recibimiento de ventaja indebida, por funcionario público, sin necesidad de identificación del acto de oficio. Y más: dispensó, también, la necesidad de indicación de la relación entre el recibimiento de la ventaja por parte del servidor y la práctica de determinado acto funcional. Incluso porque, en el caso del delito de corrupción pasiva, la consumación delictiva se dio en el momento de la aceptación de la ventaja indebida y no en el momento del quite del valor. Basta, pues, según entiende la Corte, para la caracterización del delito de corrupción pasiva, que se demuestre el recibimiento de una ventaja indebida, subentendiéndose la posibilidad o la perspectiva de la práctica de un acto comisivo u omisivo, no identificado, presente o futuro, actual o potencial, siempre que este esté en la esfera de atribuciones del funcionario público.

COMENTARIOS A UNA SENTENCIA ANUNCIADA

	Acusados: João Paulo Cunha y Henrique Pizzolato (fase inicial del juzgamiento de la AP 470)	Acusados: otros Parlamentarios (fase final de la AP 470)
Min. Rosa Weber	La indicación del acto de oficio no integra el tipo legal de corrupción pasiva. Basta que el agente público que recibe la ventaja indebida tenga el poder de practicar actos de oficio para que se pueda consumir el crimen del art. 317 del Código Penal. [...] Es decir, se exige que la ventaja sea ofrecida y aceptada por el acto de oficio, y no que este sea efectivamente cometido.	La mayoría, sin embargo, por el voto conductor del Min. Ilmar Galvão, entendió que la tipicidad exigía que fuese, ventaja indebida, solicitada o recibida en vista de acto de oficio entre las atribuciones funcionales del agente corrompido. En ese caso, la denuncia no identificaba acto de oficio realizado o incluso previsto para motivar el pago de una ventaja al entonces Presidente de la República. En la especie, sin embargo, paga la ventaja indebida, a los parlamentarios corrompidos, para recabar su apoyo político al Gobierno Federal.
Min. Luiz Fux	[...] la práctica de algún acto de oficio en razón de la ventaja recibida no es necesaria para la caracterización del delito. Basta que la causa de la ventaja sea la titularidad de función pública. [...] el crimen de corrupción pasiva se configura con la simple solicitud el mero recibimiento de ventaja indebida (o de su promesa), por un agente público, en razón de sus funciones, es decir, por la simple posibilidad de que el recibimiento del soborno venga a influir en la práctica de acto de oficio.	Como ya está exhaustivamente demostrado, la práctica de algún acto de oficio en razón de la ventaja recibida no es necesaria para la caracterización del delito. Basta que la causa de la ventaja sea la titularidad de la función pública. [...] Por eso es, incluso, prescindible la indicación de un acto de oficio concreto cometido en contrapartida al beneficio obtenido, bastando la potencialidad de interferencia en el ejercicio de la función pública. La comprobación de la práctica, omisión o retraso del acto del oficio es solo un incremento, de acuerdo con lo dispuesto en el § 2 del art. 317 del Código Penal.
Min. Dias Toffoli		Como ya se ha decidido en este Plenario en capítulo anterior, en el que incluso fui vencido, la corriente mayoritaria se formó en el sentido de ser desdeñable la existencia del acto de oficio para la tipificación del crimen de corrupción pasiva, bastando, por tanto, que la ventaja sea ofrecida en razón del ejercicio de cargo público. A partir de esta premisa, me inclino a esa orientación y, en adelante, paso a orientar el contenido de este, mi voto, en ese sentido.
Min. Carmen Lúcia	[...] tenía, en el rol de sus atribuciones, el control del proceso licitatorio, cabiéndole, entre otros actos, el nombramiento de la comisión de licitación, la anulación o revocación del certamen, la firma del contrato con la empresa ganadora y acompañamiento de su ejecución.	Se ha probado, en el procedimiento, haber sido garantizada una ventaja indebida a Roberto Jefferson, Romeu Queiroz, diputados federales del Partido de los Trabajadores brasileño y Emerson Eloy Palmeri con la específica finalidad de si se obtiene de ellos apoyo político consubstanciado en acciones positivas para la aprobación y el apoyo proyectos y actos de interés del Gobierno Federal.

	Acusados: João Paulo Cunha y Henrique Pizzolato (fase inicial del juzgamiento de la AP 470)	Acusados: otros Parlamentarios (fase final de la AP 470)
Min. Cezar Peluso	En cuanto a los actos de oficio que João Paulo Cunha podría haber realizado, bastaría la existencia de un nexo causal entre la conducta del funcionario público y la práctica de acto funcional de su competencia, o la perspectiva de practicarlo.	
Min. Gilmar Mendes	“La acción que la ley incrimina consiste en solicitar (pedir) o recibir (aceptar) una ventaja indebida en razón de la función, o aceptar promesa de tal ventaja. La acción debe necesariamente relacionarse con el ejercicio de la función pública que el agente ejerce o que se ejercerá (si aún no la tiene asumido), pues es propio de la corrupción la ventaja solicitada, recibida o aceptada a cambio de un acto de oficio. El agente aquí comercia con su función. El acto al que se refiere a la corrupción practicada no debe constituirse necesariamente una violación del deber de oficio [...]. Sin embargo, el acto debe ser competencia del agente o estar relacionado con el ejercicio de su función [...]”.	Insisto en esta reafirmación, Sr. Presidente, sobre todo frente a la observación del eminente Min. Revisor de que la Corte revió su posicionamiento y abandonó la exigencia del acto de oficio. No es esta mi comprensión. Creo que es muy importante sentar las bases teóricas de este juicio, incluso por la repercusión de los precedentes de la Corte en las demás esferas del Poder Judicial. La Jurisprudencia firmada en la AP 307 sigue siendo inalterada: es indispensable un acto de oficio potencial para la configuración del crimen de corrupción pasiva, a pesar de no ser necesaria su efectiva práctica por el corrupto.
Min. Marco Aurélio	Entonces, proclamo, Presidente, como una idea básica que el acto de oficio, la implementación del acto de oficio está ligado, a la forma, como se diría, calificada o a la causa del aumento de una de las especies de corrupción, incluso porque, en cuanto a la pasiva, puede ocurrir cuando el servidor ya estuviera incluido fuera de función, e incluso antes de tomarlo.	Básicamente acompañó al Relator, no entró en la discusión sobre el acto de oficio.
Min. Celso de Mello	Sin que el agente, ejecutando cualquiera de las acciones realizadoras del tipo penal que figura en el art. 317, <i>caput</i> , del Código Penal, venga a adoptar comportamiento funcional necesariamente vinculado a la práctica o la abstención de cualquier acto de su oficio –o sin que al menos actúe en la perspectiva de un acto enmarcado en el conjunto de sus atribuciones legales–, no se podrá, ausente la indispensable referencia al determinado acto de oficio, atribuirle la práctica del delito de corrupción pasiva.	Se torna imprescindible reconocer, por lo tanto, para el efecto específico de la definición jurídica del delito de corrupción pasiva tipificada en el art. 317, <i>caput</i> , del Código Penal, la necesaria existencia de una relación entre el hecho imputado al servidor público y el rendimiento concreto del acto de oficio perteneciente a la esfera de sus atribuciones funcionales.
Min. Ayres Britto	Solo basta que se pueda deducir con claridad cuál es la clase de actos a cambio de los cuales se solicita o se recibe la ventaja indebida –esto es, la naturaleza del acto objeto de la corrupción.	[...] en los crímenes de corrupción, el acto de oficio no puede dejar de formar parte de su cadena causal o vínculo funcional. Pero a la expresión legal “acto de oficio” debe corresponder al sentido coloquial de “acto del oficio” a cargo del agente público corrupto. Y acto de oficio, parlamentariamente hablando, es el acto de legislar, fiscalizar, juzgar (en los casos excepcionales que trata la Constitución Federal).

El voto proferido por el Min. Gilmar Mendes bien representa los puntos de consenso en el juzgamiento referido acerca de los requisitos exigidos para la configuración del delito de corrupción pasiva: (i) “La acción que la ley incrimina consiste en solicitar (pedir) o recibir (aceptar) una ventaja indebida en razón de la función, o aceptar promesa de tal ventaja”;⁸ (ii) “la acción debe necesariamente relacionarse con el ejercicio de la función pública que el agente ejerce o que va a ejercer (si aún no la ha asumido), pues es propio de la corrupción la ventaja solicitada, recibida o aceptada a cambio de un acto de oficio”, ya que “el agente aquí mercadea con su función”; (iii) “el acto al que se refiere a la corrupción cometida no debe constituir necesariamente una violación del deber de oficio”; (iv) “debe, sin embargo, el acto ser de competencia del agente o estar relacionado con el ejercicio de su función [...]”;⁹ (v) “la exigencia de determinación del acto funcional está relacionada a la imprescindible conexión entre el acto y la función pública y no, propiamente, al acto materializado, pues es indiferente a la consumación del delito que el acto funcional se practique o no”.

En síntesis, afirmó el Min. Gilmar Mendes que la jurisprudencia firmada en la AP 307 permaneció, en el juicio de la AP 470, inalterada: es indispensable un acto de oficio potencial para la configuración del crimen de corrupción pasiva, a pesar de no ser necesaria su práctica efectiva por el corrupto.

En la misma línea de razonamiento, el voto del Min. Celso de Mello reafirmó la tesis de que “sin que el agente, ejecutando cualquiera de las acciones del tipo penal que constan en el art. 317, *caput*, del Código Penal, adopte el comportamiento funcional necesariamente vinculado a la práctica o a la abstención de cualquier acto de oficio –o sin que al menos actúe en la perspectiva de un acto enmarcado

8 “Se recoge en la doctrina que ‘la acción que la ley incrimina consiste en solicitar (pedir) o recibir (aceptar) una ventaja indebida en razón de la función, o aceptar la promesa de tal ventaja. La acción debe relacionarse necesariamente con el ejercicio de la función pública que el agente ejerce o que irá a ejercer (si aún no la ha asumido), pues es propio de la corrupción la ventaja solicitada, recibida o aceptada a cambio de un acto de oficio. El agente aquí mercadea con su función. El acto a que se refiere a la corrupción no debe necesariamente constituir una violación del deber de oficio [...]. Debe, sin embargo, el acto ser competencia del agente o estar relacionado con el ejercicio de su función [...]’ (Stoco, *s/f*)” (pp. 2.300-2.301).

9 Como anteriormente se afirmó, esta Corte sufragó entendimiento en el sentido de que “el acto o abstención a la que se refiere la corrupción debe ser competencia del *intraheus*, es decir, debe estar comprendido en sus específicas atribuciones funcionales, pues solo en este caso puede depararse con un daño efectivo o potencial al regular el funcionamiento de la administración” (Hungria, 1959: 369).

en el conjunto de sus atribuciones legales–, no se podrá, ausente la indispensable referencia a un determinado acto de oficio, atribuirle la práctica del delito de corrupción pasiva”. Otros pasajes del voto del Min. Celso de Mello dejan aún más claro el razonamiento del STF de que la consumación del delito de corrupción pasiva exige que el agente público negocie (solicitando o recibiendo ventaja indebida) un acto de oficio inserto en sus atribuciones legales:

Para la realización integral de la estructura típica constante en el art. 317, *caput*, del Código Penal, es de rigor, ante lo indispensable que asume ese presupuesto esencial del precepto primario incriminador consustanciado en la norma penal referida, la existencia de una relación de la conducta del agente –que solicita, o que recibe, o que acepta la promesa de ventaja indebida– con la práctica, que hasta puede no ocurrir, de un acto determinado de su oficio.

No cuesta insistir, de ese modo, y teniendo presente la objetividad jurídica de la infracción delictiva definida en el art. 317, *caput*, del Código Penal, que constituye un elemento indispensable –en vista del carácter necesario que reviste este requisito típico– la existencia de un vínculo que asocie el hecho atribuido al agente estatal (solicitud, recepción o aceptación de una promesa de ventaja indebida) con la mera perspectiva de la práctica (o abstención) de un acto de oficio vinculado al ámbito de las funciones inherentes al cargo de ese mismo servidor público.

Basta, así, y para efecto de una realización integral del tipo penal, que la conducta del agente –cuando no venga a concretar, desde luego, la práctica (o abstención) de un acto de su propio oficio– haya sido motivada por la perspectiva de la concreción posterior de un determinado acto funcional.

Sin la referencia necesaria o vinculación del comportamiento material del servidor público a un acto de oficio –acto que debe incluirse obligatoriamente en el complejo de sus atribuciones funcionales (RT 390/100 - RT 526/356 - RT 538/324)–, se revela inviable cualquier planteamiento jurídico en torno a la caracterización típica del crimen de la corrupción pasiva definida en el *caput* del art. 317 del Código Penal.

De ahí el magisterio de la doctrina penal (Noronha, 1986: 244; Vol. 4), que subraya, en el análisis del tema, que el comercio de la función pública, caracterizador del gravísimo delito de corrupción pasiva, reclama, entre los diversos elementos que tipifican esa modalidad delictiva, un requisito de orden objetivo consistente en “tener relación entre el acto ejecutado o a ejecutar y la ejecución cosa o utilidad” ofrecida, entregada o meramente prometida al servidor público.

Definitivo, bajo ese aspecto, es el magisterio doctrinal de Heleno Cláudio Fragoso (1980: 438), para quien el delito de corrupción pasiva, tal como se tipifica en el *caput* del art. 317 del Código Penal, “está en la perspectiva de un acto de oficio, que cabe a la acusación apuntar en la denuncia y demostrar en el curso del proceso [...]”.

“El eminente Relator, al destacar ese aspecto pertinente al acto de oficio, afirmó la existencia y confirmó la referencia, al mencionado acto de oficio, en la propia denuncia, lo que se muestra esencial a la configuración típica del delito de corrupción y al reconocimiento de la práctica efectiva, por parte de los acusados en cuestión, de esa modalidad de crimen contra la Administración Pública, cuya ocurrencia quedó demostrada –según registró el Relator de la causa en su docto voto– mediante prueba idónea y válida, corroborada, en juicio, bajo el principio contradictorio” (pp. 2.442-2.446)

En otro pasaje de la misma sentencia, el Min. Celso de Mello aclara con precisión los contornos dogmáticos del delito de corrupción pasiva, explicitando que la jurisprudencia del STF nunca alejó la necesidad de demostrar la vinculación de la ventaja indebida a las funciones atribuidas por la ley al agente público. Por el contrario, el Min. Celso de Mello demostró con claridad que la jurisprudencia del STF entiende necesario para la configuración de ese delito que el agente haya solicitado o recibido una ventaja indebida con el pretexto de cometer un acto de oficio insertado en su ámbito de competencias legales, *in verbis*:

No es demasiado enfatizar, señor Presidente, que el Supremo Tribunal Federal, en este juicio, no está procediendo a la revisión de su jurisprudencia ni alterando formulaciones conceptuales ya consolidadas ni flexibilizando derechos y garantías fundamentales, lo que sería incompatible, absolutamente incompatible, con las directrices que siempre representaron, como todavía siguen representando, los vectores relevantes que orientan la actuación exenta de esta Corte Suprema en cualquier proceso, cualquier que sea el demandado, cualquiera que sea la naturaleza de los delitos.
[...]

Debo registrar, señor Presidente, en lo que concierne a la cuestión del acto de oficio como requisito indispensable la plena configuración típica del delito de corrupción pasiva, tal como se define este delito en el art. 317, *caput*, del Código Penal, y en sintonía de lo que se hizo consignar en el voto anterior, en este caso, el 29/08/2012, que puede prescindir en el examen de la subsunción de determinado comportamiento al precepto de incriminación constante en la norma penal mencionada.

Sin que el agente, ejecutando cualquiera de las acciones realizadoras del tipo penal constante del art. 317, *caput*, del Código Penal, actúe al menos en la perspectiva de un acto enmarcable al conjunto de sus atribuciones legales, no se podrá, ausente esta vinculación al acto de oficio, atribuirle la práctica del delito de corrupción pasiva.

Para la realización integral de la estructura típica constante del art. 317, *caput*, del Código Penal, es preciso que exista una relación entre la conducta del agente –que solicita, o que recibe, o que acepta la promesa de ventaja indebida–, y la práctica, que hasta puede no ocurrir, de un acto determinado de su oficio.

Se torna imprescindible reconocer, por lo tanto, para el efecto específico de la configuración jurídica del delito de corrupción pasiva tipificado en el art. 317, *caput*, del Código Penal, la necesaria existencia de una relación entre el hecho imputado al servidor público y el desempeño concreto de un acto de oficio perteneciente a la esfera de sus atribuciones funcionales.

No cuesta insistir, de este modo, y teniendo presente la objetividad jurídica de la infracción delictiva definida en el art. 317, *caput*, del Código Penal, que constituye un elemento indispensable –en vista del carácter necesario del que reviste este requisito típico– la existencia de vínculo que asocie el comportamiento atribuido al agente estatal (solicitud, recepción o aceptación de una promesa de ventaja indebida) a la mera perspectiva de la práctica (o abstención) de un acto de oficio pertinente al ámbito de las funciones inherentes al cargo de ese mismo servidor público.

Se muestra suficiente, así, y para efecto de la realización integral del tipo penal, que la conducta del agente –cuando no venga a concretar, desde luego, la práctica (o abstención) de un acto de su propio oficio– haya sido motivada por la perspectiva de la efectividad ulterior de un determinado acto funcional.

[...]

Se orienta, en ese mismo sentido –exigiendo como esencial a la caracterización de la figura típica de la corrupción pasiva la existencia de una conducta del agente vinculada a actos de su oficio– la jurisprudencia de los Tribunales, cuyo magisterio destaca que el crimen de corrupción pasiva se produce cuando se evidencia, como presupuesto indispensable que es, que el servidor público, en la concreción de su comportamiento venal, obró en la perspectiva de un acto de oficio inscrito en su esfera de atribuciones funcionales (RT 374/164 - RT 388/200 - RT 390/100 - RT 526/356 - RT 538/324).

El eminente Relator, al señalar ese aspecto pertinente al acto de oficio, le afirmó la existencia y confirmó la referencia que la propia denuncia hizo a este elemento esencial de configuración del crimen de corrupción pasiva, vinculándolo, causalmente, a la percepción de indebida ventaja y destacando, además, el reconocimiento de que hubo práctica efectiva, por parte de los demandados en cuestión, de esa modalidad gravísima de crimen contra la Administración Pública.

Cabe reiterar, en este punto, incluso para apartar dudas infundadas acerca de la materia en los términos exactos del voto que pronuncié en la sesión plenaria del 06/09/2012, que la orientación jurisprudencial que el Supremo Tribunal Federal firmó a propósito del denominado “acto de oficio” en el juicio de la Acción Penal 307/DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, permanece íntegra, no habiendo sufrido ninguna modificación.

Un simple análisis comparativo entre la decisión plenaria dictada en la AP 307/DF y el presente juicio revela que el Ministerio Público, en este caso (AP 470/MG), al contrario a lo que sucedió en el “Caso Collor”, formuló una acusación en la que correctamente describió la existencia de un vínculo entre la práctica de acto de oficio y la percepción de la indebida ventaja.

Es necesario rememorar que, en el ya mencionado “Caso Collor”, el expresidente de la República se abstuvo con fundamento en el art. 386, III, del CPP (“no constituir el hecho infracción penal”) en razón de falla en la denuncia, “por no haber sido señalado acto de oficio configurador de transacción o comercio con el cargo entonces por él ejercido”. En el presente caso, el Ministerio Público no se centró en la misma falla, pues describió, de modo claro, la existencia de ese vínculo necesario entre el acto de oficio y el comercio de la función pública por parte de los acusados, tal como resulta claro de la peca acusatoria en cuestión.

Se ve, por lo tanto, que esta Corte se mantiene fiel a la directriz jurisprudencial que estableció, en torno al “acto de oficio”, en el precedente fundado en el juicio de la AP 307/DF.

En suma, señor Presidente: a diferencia de lo que sucedió en “el caso Collor” –en que el Ministerio Público dejó de describir que la conducta del expresidente de la República (percepción de indebida ventaja) estaría causalmente vinculada a un determinado acto de su oficio–, el señor Procurador General de la República, en este proceso (AP 470/MG), ha procedido a la exacta y precisa narración de los elementos esenciales inherentes al tipo previsto en el art. 317, *caput* del CP, señalando la relación de causalidad entre el acto de oficio y el recibimiento de indebida ventaja por parte de los acusados de la práctica del crimen de corrupción pasiva.

Incluso el Relator, Min. Joaquim Barbosa, fue asertivo al registrar que la consumación del delito de corrupción pasiva exige que la solicitud o recepción de la ventaja indebida estén vinculados a la posibilidad de cometer los actos de oficio ofrecidos en contrapartida. (*Cf.* pasaje del voto en p. 3.675). El Min. Ricardo Lewandowski, ya en la fase final del juicio, después de identificar el razonamiento mayoritario sobre el tema, concluyó que para la caracterización del delito de corrupción pasiva es necesario que se demuestre la recepción o solicitud de ventaja indebida, subentendiéndose por la posibilidad o la perspectiva de la práctica de un acto comisivo u omisivo, no identificado, presente o futuro, actual o potencial, desde que este esté en

la esfera de atribuciones del funcionario público (véase el pasaje del voto en pp. 3.729 a 3.730).

Los parlamentarios federales condenados por corrupción pasiva en el juicio de la AP 470 recibieron una ventaja indebida, según la visión mayoritaria del Tribunal, como contrapartida al ofrecimiento de sus votos para la aprobación de proyectos de interés del Gobierno en la Cámara de Diputados, lo que, sin duda, configura un acto incluido en la esfera de sus atribuciones, como funcionarios públicos. La caracterización del crimen de corrupción pasiva por parte de los congresistas tomó en consideración, por lo tanto, el hecho de que se ha demostrado el acto de oficio –voto parlamentario para aprobación de proyectos de la ley señalada en la denuncia– en razón del cual habrían recibido una ventaja indebida. La condena de los diputados federales a esa altura denunciados se dio en razón de la comprobación de que habrían recibido dinero para votar favorablemente a la aprobación de proyectos de ley (acto de oficio) de interés de los corruptores. Esta conclusión se basa en los votos que formaron la corriente mayoritaria del juicio:

MINISTRA ROSA WEBER

En la especie, sin embargo, paga la ventaja indebida, a los parlamentarios corrompidos, para recabarles el apoyo político al Gobierno Federal. Tal apoyo político es posible de consubstanciarse en diversos actos, entre ellos el voto parlamentario de apoyo a los proyectos de actos normativos en el Congreso. Y se ha probado no solo que los partidos en cuestión y los oradores acusados beneficiarios apoyaron al Gobierno, así como que votaron en el Parlamento a favor de sus propuestas, especialmente en las reformas tributaria y de seguridad social. Esto es suficiente para caracterizar el “acto de oficio” pretendido con la ventaja indebida, publicadas las votaciones entre las atribuciones del parlamentario.

MINISTRO JOAQUIM BARBOSA

Los parlamentarios beneficiados por los pagos de dinero en especie eran responsables de la conducción de votos de varios otros correccionarios, contando con el especial papel atribuido a los líderes de bancadas de parlamentarios en la Cámara de los Diputados.

Como se vio, los pagos de dinero en especie tuvieron el poder de influenciar importantes actos de oficio, formando una base de apoyo alineada al Partido de los Trabajadores en la Cámara, que otorgó fácilmente mayorías favorables a los intereses de los corruptores (p. 3.498).

[...] Considerada la bilateralidad, en el caso de análisis, de corrupción pasiva y corrupción activa, se puede afirmar que los autores de los pagos tenían conocimiento actual de los elementos del tipo objetivo, vale decir, de que beneficiaban parlamentarios, en el ejercicio de la función, y tenían por finalidad influenciar la práctica de actos de oficio de su interés, pues esta era la principal ventaja que los parlamentarios beneficiarios podrían concederles a cambio de los pagos.

Por su parte, los parlamentarios acusados solicitaron dinero para sí o para sus partidos, porque sabían del interés del Partido de los Trabajadores en su fidelidad en la Cámara de Diputados, ofreciéndole así la práctica de actos de oficio favorables al Gobierno (p. 3.678).

MINISTRO DÍAS TOFFOLI

Como ya ha decidido este Plenario en capítulo anterior, en el que incluso fui vencido, la corriente mayoritaria se formó en el sentido de ser desdeñable la existencia del acto de para la tipificación del crimen de corrupción pasiva, bastando, por lo tanto, que la ventaja se ofrezca en razón del ejercicio de cargo público. A partir de esta premisa, me inclino a esa orientación y, en adelante, paso a orientar el tenor de mi voto en ese sentido (p. 4.225).

[...]

Se nota que la conducta descrita, en la interpretación ahora dominante ante el Supremo Tribunal Federal (a orientar el comportamiento de todos los agentes públicos y políticos indistintamente), se adecúa al tipo imputado a los parlamentarios, en la medida en que la solicitud de la ventaja, en la especie, estaría motivada por la función pública por ellos ejercida, lo que basta para configurar la relación de causalidad entre ella y el hecho imputado (p. 4.229).

MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

Se demostró, en los autos, que los parlamentarios José Janene (fallecido), Pedro Henry y Pedro Corrêa recibieron, indebidamente, R\$ 2.905.000,00 (dos millones novecientos y cinco mil reales) para la práctica de acto de oficio consistente en garantizar, por medio de acciones políticas en la Cámara de Diputados, apoyo al Gobierno Federal.

La práctica de acciones políticas legislativas es el oficio de los parlamentarios, sea para apoyar sea para contraponerse a las directrices y acciones gubernamentales. Por su actuación, el parlamento recibe subsidios, en la forma constitucionalmente fijada. Cualquier recibimiento para esa actuación, máxime tratándose de una práctica que

conduzca la acción como entrega contrapesada por la aceptación de la promesa o ventaja indebida que sea ofrecida, constituye una conducta penalmente ilícita (pp. 1.952-1.953).

[...]

Se probó, en el proceso, haber sido garantizada una ventaja indebida a Roberto Jefferson, Romeo Queiroz, diputados federales del Partido de los Trabajadores brasileño, y Emerson Eloy Palmieri con la específica finalidad de obtener de ellos apoyo político consubstanciado en acciones positivas para aprobación y sustento de los proyectos y actos de interés del Gobierno Federal (pp. 1.990-1.991).

[...]

Las pruebas de los autos demuestran que Roberto Jefferson, auxiliado por Emerson Eloy Palmieri y Romeu Queiroz, recibió R\$ 4.545.000,00 (cuatro millones quinientos cuarenta y cinco mil reales), ventaja indebida a él destinada “para votar a favor de materias del interés del Gobierno Federal” (p. 45.424, alegatos finales del Ministerio Público Federal) (p. 1.994).

MINISTRO CELSO DE MELLO

El eminente Relator, al señalar ese aspecto pertinente al acto de oficio, le afirmó la existencia y confirmó la referencia que la propia denuncia hizo a este elemento esencial de configuración del crimen de corrupción pasiva, vinculándolo, causalmente, a la percepción de indebida ventaja y destacando, además, el reconocimiento de que hubo práctica efectiva, por parte de los acusados en cuestión, de esa modalidad gravísima de crimen contra la Administración Pública.

[...]

En el presente caso, en el juicio, el Ministerio Público no se centró en la misma falla, pues describió, de modo claro, la existencia de ese necesario vínculo entre el acto de oficio y el comercio de la función pública por parte de los demandados, tal como resulta claro del documento acusatorio en cuestión.

Se ve, por lo tanto, que esta Corte se mantiene fiel a la directriz jurisprudencial que se estableció en torno al “acto de oficio”, en el precedente fundado en el juicio de la AP 307/DF.

En suma, señor Presidente: a diferencia de lo que sucedió en el caso Collor, el Ministerio Público dejó de describir que la conducta del expresidente de la República (percepción de indebida ventaja) estaría causalmente vinculada a un determinado acto de su oficio, el señor Procurador General de la República, en este proceso (AP 470/MG), ha procedido a la exacta y precisa narración de los elementos

esenciales inherentes al tipo previsto en el art. 317, *caput* del CP, señalando la relación de causalidad entre el acto de oficio y el recepción de indebida ventaja por parte de los acusados de la práctica del crimen de corrupción pasiva.

Cabe subrayar, por otra parte, en el examen del delito de corrupción pasiva atribuido a los que el acto de oficio indicado en el presente caso comprende, como bien señaló el eminente Min. Relator, no solo el acto de votación parlamentaria como los demás encargos de orden institucional y regimental que se incluyen en el complejo de sus poderes, de sus funciones y de sus atribuciones en el ámbito del Congreso Nacional.

De cualquier manera, sin embargo, hay que observar que la votación parlamentaria traduce, de modo expresivo, ejemplo conspicuo y clásico de acto de oficio por excelencia (pp. 4.475-4.482).

MINISTRO AYRES BRITTO

[...] en los crímenes de corrupción, el acto de oficio no puede dejar de formar parte de la respectiva cadena causal o vínculo funcional. Pero a la expresión legal “acto de oficio” debe corresponder el sentido coloquial de “acto del oficio” a cargo del agente público corrompido. Y acto de oficio, parlamentariamente hablando, es acto de legislar, fiscalizar, juzgar (en los casos excepcionales de que trata la Constitución Federal) (p. 4.505).

[...]

Dicho de otro modo, el enmarañado de hechos constatados en esta acción penal permite el juicio mental de que Pedro Henry y Pedro Corrêa, auxiliados por Juan Cláudio Genu, solicitaron y recibieron ventaja indebida como pretexto de la práctica de un acto de oficio (p. 4.516).

La jurisprudencia del STF se firmó, por lo tanto, en el sentido de que la caracterización del delito de corrupción pasiva depende de la existencia de un nexo causal entre la ventaja indebida (solicitada o recibida) y un acto funcional de la competencia del funcionario público (acto que puede o no ser efectivamente practicado).¹⁰ Como afirmó el

10 Recuérdese que a la tipificación del crimen se la excusa hasta que el acto de oficio sea cometido, siendo suficiente la perspectiva de su práctica: “Para la realización integral de la estructura típica constante del art. 317, *caput*, del Código Penal, es de rigor, ante la indispensable que asume ese presupuesto esencial del precepto el primario incriminador consubstanciado en la norma penal mencionada, la existencia de una relación de la conducta del agente –que solicita, que recibe, o que acepta la promesa de ventaja indebida– con la práctica, que hasta puede no ocurrir, de un acto determinado de su oficio” (STF - Acción Penal N° 307/DF - RTJ 162/264 - Min. Celso de Mello).

Min. Celso de Mello en el juicio de la AP 307 –conclusión reafirmada en el juicio de la AP 470–, “no cuesta insistir, de ese modo, y teniendo presente la objetividad jurídica de la infracción delictiva definida en el art. 317, *caput*, del Código Penal, que constituye un elemento indispensable –en vista del carácter necesario de que se reviste este requisito típico– la existencia de un vínculo que asocie el hecho atribuido al agente estatal (solicitud, recepción o aceptación de una promesa de ventaja indebida) y con la perspectiva de práctica (o abstención) de un acto de oficio vinculado al ámbito de las funciones inherentes al cargo de ese mismo servidor público”.

En el juicio de la AP 307, la corriente mayoritaria afirmó que la tipicidad exigía que fuera la una ventaja indebida solicitada o recibida en función de un acto de oficio incluido entre las asignaciones funcionales del agente corrompido.¹¹ En un debate llevado a cabo por los ministros en el juicio de la AP 470, se concluye que el razonamiento firmado en proceso no desataba el precedente firmado en la AP 307.¹² A este respecto, subrayó el Min. Gilmar Mendes: “De

11 Se transcribe a continuación en lo que interesa a la cuestión de la inteligencia de los tipos penales en cuestión, partes del voto conductor de la sentencia del Supremo Tribunal Federal, que tuvo como Relator el Min. Ilmar Galvão: “De señalar, por fin, que para verificarse el crimen de corrupción pasiva, no basta que la solicitud, recepción o aceptación de la promesa de ventaja se haga por el funcionario público en razón del ejercicio de la función, aunque fuera de ella o antes de su inicio. Indispensable se torna en la existencia de nexo de causalidad entre la conducta del funcionario y la realización de acto funcional de su competencia”.

12 Vuelve el Relator, Min. Ilmar Galvão, al tema de la siguiente manera: “Recurriendo a la interpretación histórica, el compareciente invoca el testimonio de Nelson Hungria, según el cual, el legislador patrio, en cuanto al delito en referencia, ‘se inspiró en el Código suizo, a quienes vieron también a adherirse a la Ley francesa del 8/02/1945, y al Código español de 1944 (Hungria, 1959: 367, Vol. 9)’ añadiendo, *in verbis*: ‘Y el Código suizo prevé exactamente las formas simples y calificadas de la corrupción pasiva, en tipos diversos, atendiendo en esta última la mayor gravedad del hecho por tener el agente, omitido o retardado el hecho o haberlo practicado infringiendo el deber funcional. Así, en el art. 316 prevé la corrupción del funcionario que, para realizar un acto no contrario a sus deberes y de acuerdo con sus funciones (*pour procéder à un acte non contraire à leurs devoirs et rentrant dans leurs fonctions*) o acepta una ventaja indebida (corrupción inapropiada, de la que se originó el artículo 327, *caput*, del Código Penal brasileño). En el art. 315 prevé la conducta de aquel que para cometer un acto que implique una violación de los deberes de su cargo (*pour faire un acte impliquant une dévotion de leurs charge*) solicita o acepta la ventaja indebida (corrupción propia, de la que se originó el art. 317, § 1, del Código Penal brasileño). En el referido Código, por lo tanto, es de rigor la relación del hecho con el acto de oficio en ambas las hipótesis. Y concluye: “Ante el testimonio del emérito adoctrinador, la conclusión solo puede ser una: si el Código suizo fue el modelo en el que se inspiró el legislador brasileño para la definición del crimen de corrupción pasiva en sus modalidades, no hay duda de que, en la ley patria, se exige la relación del hecho con el acto de oficio del

la misma manera, se ha hablado mucho, Presidente, que violamos la jurisprudencia de la célebre AP N° 307, sobre el acto de oficio; puede haber habido aquí algún tipo de manifestación. Ahora, el juicio mayoritario señaló –en el caso de corrupción– la existencia, la configuración de un acto de oficio. En resumen, hay una cierta confusión en torno a este asunto y, como tenemos esas leyendas urbanas que se van consolidando, es muy importante que quede bien claro” (p. 2.912).

En el mismo sentido, la precisa advertencia hecha por el Min. Celso de Mello en juicio de la AP 470:

Quiero enfatizar, señor Presidente, que el Supremo Tribunal Federal, en este juicio, no está rompiendo ni contrariando sus propios criterios jurisprudenciales establecidos, entre otros precedentes, en el juicio de la AP 307/DF.

Cabe aclarar, en este punto, incluso para alegar dudas infundadas acerca de la materia, que la orientación jurisprudencial que el Supremo Tribunal Federal firmó a propósito del denominado “acto de oficio”, en el juicio de la Acción Penal 307/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, permanece íntegra, no habiendo sufrido ninguna modificación.

Un simple análisis comparativo entre la decisión plenaria dictada en la AP 307/DF y el presente juicio revela que el Ministerio Público, en este caso (AP 470/MG), al contrario de lo que sucedió en el “Caso Collor”, formuló acusación en la que correctamente describió la existencia de un vínculo entre la práctica de acto de oficio y la percepción de indebida ventaja (pp. 2.912-2913).

En síntesis, la jurisprudencia actual del STF se ha firmado en el sentido de que, para la configuración del crimen de corrupción pasiva, es indispensable la comprobación de la práctica (potencial o efectiva) de un acto de oficio, *i.e.*, de competencia del agente o relacionado con el ejercicio de su función. La sentencia, al afirmar que “en la Acción Penal 470, [...] la cuestión fue discutida, pero, en la interpretación de este Juicio, no hay una afirmación concluyente respecto de ella, al menos expresada, en los fundamentos del juzgado”, está claramente equivocada.

El incumplimiento por parte de la sentencia a la orientación jurisprudencial del plenario del STF sin duda será objeto de impugnaciones recusables, siempre rodeadas de nuevos debates doctrinarios. Ante este contexto, dos preguntas fundamentales, en algún momento,

servidor para la caracterización de tal ilícito, incluso en la acción descrita en el *caput* del art. 317 del Código Penal brasileño”.

deberán ser respondidas por el propio STF: (i) ¿se mantendrá el razonamiento sobre los requisitos exigidos para la configuración del delito de corrupción pasiva firmado en el juicio de la AP 470?; (ii) un eventual cambio de jurisprudencia –ampliando el alcance del instrumento injusto penal por la expulsión de la exigencia de comprobación de la práctica (potencial o efectiva) del acto de oficio– ¿podría tener eficacia retroactiva?

El efectivo respeto al principio de legalidad en materia penal exige –si no el mantenimiento de la jurisprudencia actual–, como mínimo, el reconocimiento de la irretroactividad de eventual alteración *in malam partem* de la jurisprudencia del STF. A propósito, observó con precisión el Min. Teori Zavascki en reciente precedente del STF:¹³

En efecto, poco valdría sostener la garantía constitucional de necesidad de edición de la ley penal e impedir su retroactividad maléfica si los acusados afectados no pudieran identificar con seguridad el marco normativo que se les exige a partir de los textos legislativos. Además, la importancia de tratar los efectos, en el tiempo, de ley considerada no aceptada por la CF/88 viene siendo resaltada por esta Corte, a ejemplo de lo que ha ocurrido en innumerables juicios en que se han modulado los efectos temporales de sus decisiones: INQ 687/SP, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, DJ del 09/11/2001; CC 7.024/MG, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJ del 09/12/2005; MS 26.604/DF (Rel. Min. Carmen Lucia, completo, DJ 03/10/2008; RE 560.626/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe del 06/12/2008; RE 637.485/RJ Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJe 21/05/2013; RE 630.733/DF, Min. Gilmar Mendes, DJe del 20/11/2013.

[...]

Con mayor razón, parece importante que, dada su consecuencia de agravar la situación jurídica del acusado, se dé la eficacia solo prospectiva a la eventual modificación de la jurisprudencia que considere que no es aceptada por la Constitución de 1988 el art. 225 del CP, en la redacción de la época.

Exactamente en la misma dirección, el voto pronunciado en el mismo juicio (HC 123.971) por el Min. Edson Fachin:

No desconozco, igualmente, razonamientos doctrinales que, fundados en el principio de la seguridad jurídica, sostienen que los razonamientos jurisprudenciales consolidados en favor del acu-

13 Cf. HC 123.971, Relator Min. Teori Zavascki; Relator p/ Acordada: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, juzgado el 25 de febrero de 2016.

sado, cuando son alterados, deben tener una vigencia meramente prospectiva.

Sin embargo, tales posicionamientos apuntan a asegurar que la práctica de una determinada conducta, considerada en la fecha del hecho por la jurisprudencia mayoritaria como atípica, pueda ser objeto de castigo por parte del Estado, en razón de un giro *in pejus* del razonamiento jurisprudencial consolidado en el momento en que el acto fue cometido. En estas esferas, tiene sentido afirmar la imposibilidad de retroactividad *in pejus* de las jurisprudenciales. Al final, el ciudadano cuando practica una conducta, puede nutrir en su conciencia la idea de que ella no es criminal en razón de ese ser el razonamiento dominante en los tribunales.

En conclusión, no hay duda de que la jurisprudencia del Pleno del STF tiene como indispensable, para la configuración del delito de corrupción pasiva, la comprobación de la práctica (potencial o efectiva) del acto de oficio. Por otro lado, en un pasado muy reciente, el actual ponente de la mesa lava el jet en el STF, el Min. Edson Fachin, afirmó que alteraciones jurisprudenciales desfavorables al acusado –volviendo típica la conducta que el Tribunal consideraba atípica– no puede tener eficacia retroactiva. Por lo tanto, aunque el STF altere su razonamiento, este cambio no puede retrotraerse para consolidar una sentencia que viola el principio de legalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Badaró, G. 2006 “A conexão no processo penal, segundo o princípio do juiz natural, e sua aplicação nos processos da Operação Lava Jato” en <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/122.07.pdf>.
- Bobbio, N. 1996 *Igualdade e Liberdade* (Río de Janeiro: Ediouro) Trad. C. N. Coutinho.
- Canotilho Gomes, J. J. 1982 *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, (Coimbra: Coimbra Editora).
- Da Silva, J. A. 1999 *Curso de Direito Constitucional Positivo* (San Pablo: Malheiros) 16ª edición.
- Da Silva, V. A. 2006 “O STF e o controle de constitucionalidade: deliberacao, dialogo e razao publica” en *Revista de Direito Administrativo* (Río de Janeiro: FGV Direito Río) N° 250: 197-227.
- De Albuquerque Silva, C. 2005 *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação* (Río de Janeiro: Lúmen Juris).

- Fragoso, H. C. 1980 *Lecciones de Derecho Penal* (Río: Forense) Vol. II.
- Hungría, N. 1959 *Comentários ao Código Penal* (Río: Forense) Vol. 9, 2ª edición.
- Noronha, M. 1986 *Derecho Penal* (San Pablo: Saraiva) Vol. 4, art. 1.320, 17ª edición.
- Silva de Albuquerque C. 2005 *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação* (Río de Janeiro: Lúmen Juris).
- Stoco, R. *et al. s/f Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial* (San Pablo: Revista dos Tribunais) 4ª edición.

Juliana Neuenschwander* y Marcus Giraldes**

CAPTURA DE LA SOBERANÍA POPULAR, ESTADO DE EXCEPCIÓN Y *JURIDICINISMO*

EL DÍA 12 DE JULIO de 2017 el ciudadano Luis Inácio Lula da Silva fue condenado a la pena de nueve años y medio de prisión por la supuesta práctica de crímenes de corrupción pasiva y lavado de dinero. En cuanto a esto, las encuestas electorales, divulgadas ampliamente, señalan al político Lula, que fue dos veces presidente de la República, como favorito a la contienda presidencial que se deberá realizar en 2018. La sentencia dictada por el juez federal Sérgio Moro peca de innumerables vicios procesales y materiales: incompetencia del juicio, ausencia de valor probatorio de las llamadas “delaciones premiadas”, el hecho de que Lula no tiene ni el título de propiedad ni la posesión del famoso triplex de Guarujá, y que no existe nexo causal entre actos de oficio cometidos por Lula en tanto Presidente de la República y los contratos celebrados entre Petrobras y la constructora OAS. Por último, es absolutamente extravagante la condena por lavado de dinero sin que exista la indicación de cuál dinero habría sido lavado. Por todo esto, pero también porque no es consistente ni coherente, la decisión proferida contra Lula no es correcta, no es recta, no es justa. Le so-

* Profesora titular de la UFRJ.

** Abogado y analista de FIOCRUZ.

bran curvas, tergiversaciones, desvíos. Se puede decir incluso que es circular y tautológica.

Una tautología fácilmente observable, por ejemplo, es la utilización de material periodístico como prueba, lo que apenas se justifica, en su artificialidad, por el hecho de que la condena de Lula esté desprovista de pruebas. Es impactante el número de materiales desplegados en los últimos años en grandes periódicos y revistas semanales que atacan directamente al expresidente, el número de tapas de revistas que hacen asociaciones extremadamente negativas de su imagen, la descarada manipulación mediática en torno de su nombre, sobre todo si se contrasta con la casi absoluta desatención de denuncias análogas, y hasta peores, hechas a sus adversarios políticos. Este tipo de manipulación mediática, con un tratamiento artificial y deformado de la información, ha cumplido la función de (de)formar la opinión pública que, en los regímenes que se describen como democracias, es el caldo en el que se producen las decisiones colectivamente vinculantes. Como se ha verificado, esta función claramente político manipuladora de los medios empresariales de comunicación de masas traspasa los procesos mencionados de elección de representantes políticos y pasa a actuar e interferir más directamente en el procesamiento de demandas dirigidas al Poder Judicial. Cuando esto ocurre, el proceso deja de ser el recurso jurídico que pretende alcanzar una decisión mínimamente correcta o justa, para ser el palco disfrazado de una batalla que ya no es más jurídica, sino esencialmente política.

Desde 2010, el diario *O Globo* ha publicado reportajes referentes a la supuesta compra, por el expresidente Lula, de un triplex en el balneario paulista Guarujá. Este mismo diario, y el grupo económico que integra, apoyó desde el inicio la llamada Operación *Lava Jato* y la actuación espectacular del Juez Sérgio Moro en los procesos vinculados a la 13ª Sala Federal de Curitiba. En marzo de 2015, con el inicio de grandes manifestaciones de masas mediáticamente convocadas contra el Gobierno de Dilma Rousseff, el diario *O Globo* entregó al referido juez el premio “Haz la Diferencia”, otorgándole el título de “Personalidad del año”. Este mismo juez utilizó, en la decisión contra Lula, los materiales de ese mismo diario como “prueba” para su condena. He aquí la circularidad: las pruebas son creadas por el diario, que premia al juez de la causa, que utiliza las pruebas creadas por el diario. La referencia a *Globo* es hecha siete veces a lo largo de la sentencia. En esta confusión alucinatoria que es el resultado de la circulación de imágenes y apariencias fabricadas empresarialmente por el oligopolio mediático, no sorprende que el propio papel de juez resulte objeto de intercambios, aunque muchos crean en los mitos de los héroes.

Si observamos el proceso de Lula bajo este prisma, vemos que la eventual inocencia o culpa de Lula es irrelevante y poco interesa a la decisión final, dado que también las pruebas reunidas por la defensa fueron ignoradas. El proceso de Lula es paradigmático, ya que trae a la luz las relaciones complejas entre derecho y política en el Brasil actual. El tiempo de una política desarticulada en medio de las denuncias de corrupción activadas jurídicamente y seleccionadas mediáticamente para ser olvidadas o amplificadas. En este contexto el derecho ya no es capaz de contener la fuerza de los ímpetus políticos, cediendo a sus luchas y operando a partir de referencias políticas, y ya no jurídicas.

La confusión entre las funciones política y jurídica y el desarreglo institucional consecuente, fenómeno que viene derrotando el sufragio popular y la Constitución brasileña, tiene su principal punto de inflexión en el proceso de *impeachment* de la presidenta Dilma Rousseff. En 2016, el *impeachment* de Dilma fue presentado como la solución para la crisis económica (esta misma amplificada por el sabotaje político mediático), que para tal finalidad fue presentada como una especie de razón de Estado, capaz de sobrepasar los límites constitucionales. Después de defenderse estoicamente frente al Senado, cuando se hizo evidente la inexistencia de crimen de responsabilidad, Dilma Rousseff fue juzgada por los senadores y senadoras tal como fue juzgado Michael Kohlhaas, el héroe del libro de Heinrich Kleist: fue, hace un tiempo, juzgada culpable e inocente, condenada a la pérdida del mandato, pero con sus derechos políticos preservados. Fue juzgada culpable por ser inocente, preferimos decir. Con Lula ocurre algo parecido, pero acá estamos más allá de Kleist y Kohlhaas, nos aproximamos a Kafka y Joseph K., en *El Proceso*. En cierto momento de sus desventuras, perdido en el laberinto del tribunal, en la arquitectura en la que Kafka representó magistralmente los laberintos de la ley y sus infinitos desdoblamientos, K. afirma:

—Mi inocencia no simplifica el caso [...]. Todo depende de muchas cosas sutiles, en las que el tribunal se pierde. Pero al final surge, de alguna parte en donde no había nada, una gran culpa (Kafka, 2013: 174).

En el párrafo 961 de su tan extensa como insustentable decisión, el juez Moro afirma que la condena del expresidente Lula muestra que nadie está tan alto como para estar por encima de la ley. En verdad, no es eso lo que ahí se revela, sino que bajo este argumento el juez Moro/Globo, regocijándose de modo parcial de su pretendida imparcialidad, solo pretende justificar moralmente una decisión desprovista de fundamentos jurídicos. La condena de Lula, para la que su inocencia

(o culpa) no fue considerada de modo relevante, muestra que la ley ya no es tan alta como para limitar la voluntad política de un juez. Muestra que el Juez sí sobrepasó la ley en nombre (no declarado) de un movimiento político mediático que es más amplio, del cual él se tornó un instrumento. Ocurre que un juez, aunque tome decisiones que traen consecuencias políticas, no está autorizado a decidir políticamente, sobre todo si lo hace en detrimento de las razones jurídicas. Un juez no es un soberano, aunque pretenda usurpar la soberanía cuyo titular, en los regímenes en que está garantizado el derecho al sufragio universal, es el pueblo. El juez Moro/Globo busca impedir la soberanía popular, pero no está en grado de actuar soberanamente.

En la formulación clásica del jurista alemán Carl Schmitt, el soberano es aquel que decide sobre el Estado de excepción, o sea, que decide cuál es la situación de excepción que justifica la suspensión temporaria del derecho. Hoy, en Brasil, muchos han descrito la situación que vivimos bajo el rótulo “Estado de excepción”. Pero lo que hemos presenciado, por lo menos hasta el momento en que escribimos estas líneas, no es un Estado de excepción clásico en el sentido de Carl Schmitt, en que el soberano decide la suspensión de todo el orden jurídico teniendo en vista la conservación del propio orden. Es verdad que, más tarde, Schmitt adhirió al nazismo y olvidó este concepto de suspensión del restablecimiento del derecho y pasa a pregonar un nuevo “derecho” emanado del *Führer*.

Lo que vemos hoy en Brasil es la normalización de la corrupción política del derecho. Lula fue condenado, pero lo que se encarceló de esta forma fue la soberanía popular. En las construcciones del pensamiento filosófico de la modernidad, el pueblo, salvo en momentos revolucionarios, nunca fue una realidad sensible, sino un referente externo que se invoca como fundamento del poder y del derecho para, en un momento posterior a la fundación del orden político y jurídico, ser nuevamente impedido de manifestarse. En cierta medida, el orden político jurídico se funda siempre sobre un aprisionamiento de la soberanía popular; que permanece como algo externo, como una fiera domesticada, impedida de manifestarse plenamente. Pero el pueblo, este animal domesticado, sigue siendo temido y respetado, como el referente externo que establece límites jurídicos al ejercicio del poder, mediante el respeto a una Constitución que diseña estos límites y los modos en los que la soberanía popular domesticada puede manifestarse de tiempo en tiempo mediante el ejercicio del sufragio universal.

En el Brasil posgolpe 2016, el pueblo que siempre fue una abstracción y un referente externo está capturado simbólicamente y materialmente. En este contexto, la sentencia contra Lula cumple el papel de crear un impedimento formal a la soberanía popular porque restringe

las opciones electorales de las fuerzas depuestas por el golpe de Estado parlamentario judicial, en tanto que el gobierno que se instaure luego del golpe prescinde de cualquier referencia, concreta o abstracta, al pueblo. La condena de Lula aprisiona a la soberanía popular incluso antes de que esta se manifieste, es un impedimento a esta soberanía popular, que aunque castrada y domesticada todavía presenta algún límite al poder de la oligarquía. Por otro lado, el pueblo es destituido, en el posgolpe, o en este tiempo de duración del golpe, de sus derechos, siendo aislado jurídicamente del proceso político, dado que los derechos individuales y sociales son, antes que nada, facultades políticas de los individuos que permiten a estos ser reconocidos jurídicamente como pueblo. Lo que puede percibirse, entonces, es que el pueblo simbólico y abstracto que fue invocado por los procesos constituyentes democráticos desde el siglo XVIII, en esta época que vivimos pasa a ser despreciado como jurídica y políticamente relevante. Para el gobierno de turno instalado en Brasilia, no hay más pueblo, sino cuerpos que buscarán sus propias formas de supervivencia.

El Estado de excepción aparece, aquí, no en el sentido schmittiano de suspensión del orden jurídico para la conservación del orden político y social, sino en el sentido invocado por Walter Benjamin, en sus tesis sobre la Historia, cuando afirma que “la tradición de los oprimidos nos enseña que el “estado de excepción” en que vivimos es en verdad la norma general” (Benjamin, 1994: 222-232; tesis 8). Como se sabe, Schmitt, que escribía desde el punto de vista de un soberano individualizado, *mitologizado*, no admitía la dualidad entre Estado de Derecho y Estado de excepción, ya que para él “ni toda atribución excepcional, ni toda medida u orden emergente policíaco es un Estado de excepción” (Schmitt, 1996: 92). El foco estaba puesto en la decisión que afirma políticamente el soberano frente al enemigo. Benjamin, por el contrario, era consciente de la dualidad y del conflicto inmanente entre excepción y derecho porque escribía desde el punto de vista de la “tradición de los oprimidos”, del “sujeto del conocimiento histórico” (Benjamin, 1994; tesis 12), de los que sufren la violencia del poder soberano. La estructura de esta excepción es parasitaria de todo Estado de Derecho que esté asentado en sociedades divididas en clases sociales, “normalizándose” como un tercero excluido en la relación entre derecho y política.

La excepción que vivimos es normalizada como la negación de derechos, es aquella excepción que, “en la tradición de los oprimidos”, se hace regla. Este es un Estado de excepción que no es declarado, o formalizado, pero que está presente de acuerdo con el momento, con la situación, con los involucrados. No es un “estado de excepción” dirigido a todos, ya que hay una selectividad de excepción, que abarca a

los pobres, a los presos, a los negros, a los indios, a los “enemigos” de cada lugar e instante. La excepción es concreta e histórica de acuerdo con las relaciones de fuerza de cada formación social y no un paradigma abstracto de gobierno. Para Jacques Rancière (2014: 94):

No vivimos en democracias. Tampoco vivimos en campos, como garantizan ciertos autores que nos ven sometidos a la ley de excepción del gobierno biopolítico. Vivimos en Estados de Derecho oligárquicos, es decir, en Estados en que el poder de la oligarquía está limitado por el doble reconocimiento de la soberanía popular y de las libertades individuales. Conocemos bien las ventajas de este tipo de Estado, así como sus límites.

Esta caracterización de Rancière posee tanto el mérito de introducir una crítica radical a la realidad de supremacía oligárquica de los regímenes que la ideología denomina “Estados democráticos de Derecho” como el rechazo de un discurso ahistórico sobre el Estado de excepción, que desprecia los límites jurídicos al poder de esta oligarquía y que son el resultado de las luchas históricas de los oprimidos. Y justamente por esto, está implícita en esta crítica una contribución teórica bastante relevante para la comprensión de la relación entre derecho y excepción. Todo retroceso en los límites establecidos al poder de la oligarquía es un avance en el Estado de excepción. En un país como Brasil, de una construcción incompleta del Estado de Derecho, de las permanencias y herencias de la esclavitud y de la dictadura militar, las zonas de excepción son extensas y nunca estuvieron ocultas. La vida cotidiana en las *favelas* de las grandes ciudades o en áreas campesinas e indígenas es sin duda comparable a la vida en “campos”.

El proceso contra Lula se inserta en este contexto de avance de la excepción. Pero también sabemos que los castigos mediante criterios externos al derecho, en realidad, no son novedad. Basta recordar la prisión y condena de Rafael Braga, manifiestamente injusta, y que hoy condensa simbólicamente toda la violencia del sistema punitivo contra pobres y negros.

El *impeachment* de la presidenta de la República sin crimen de responsabilidad significa un rompimiento de la oligarquía con el compromiso firmado en 1988 de que los resultados electorales para la jefatura del Estado deberían ser respetados. En acto continuo, como consecuencia de esta usurpación del derecho al sufragio universal e instalación de un gobierno desprovisto de cualquier legitimidad jurídica y popular, está en ejecución un agresivo programa de supresión de derechos. En el día anterior a la divulgación de la sentencia contra Lula, no por coincidencia, fue aprobada por el Congreso una amplia alteración de la legislación laboral, a favor de la patronal. Las supre-

siones de derechos políticos, económicos y sociales del pueblo son una ampliación de los límites del poder de la oligarquía, un retroceso en el Estado de Derecho, un avance en el Estado de excepción. La condena de Lula es un efecto más de esta ofensiva y al mismo tiempo una condición para que, en caso de haber elecciones en 2018, estas sean aún más restringidas.

BIBLIOGRAFÍA

- Benjamin, W. 1994 “Sobre o conceito da História” en *Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura* (San Pablo: Brasiliense) 7ª edición.
- Kafka, F. 2013 *O Processo* (Porto Alegre: L&PM) Trad. M. Backes.
- Kleist, H.
- Rancière, J. 2014 *O ódio à democracia* (San Pablo: Boitempo).
- Schmitt, C. 1996 “Teologia política” en *A crise da democracia parlamentar* (San Pablo: Scritta).

Laio Correia Morais* y Vitor Marques**

LULA, EL ENEMIGO A SER COMBATIDO

EL RÉGIMEN REPUBLICANO, fundado en bases democráticas, debe obedecer algunos preceptos fundamentales de funcionamiento. Uno de ellos es un Poder Judicial autónomo, que respete el imperio de la ley, defienda intereses antimayoritarios y, principalmente, no sea influenciado por factores exógenos al proceso. Es decir, si una decisión judicial se deja influenciar por el clamor popular, por el ansia de un sector de la política o por los intereses publicados en los medios, uno de los pilares del régimen republicano se pierde.

En la comentada sentencia del juez Sérgio Moro, en el ámbito de la Operación *Lava Jato*, el punto “II.16” expresa que el referido juez se valió no solo de lo constante en los autos del proceso, sino también de hechos debidamente publicados por la prensa para formar un juicio político sobre el expresidente Lula, sobre su gobierno, así como sobre el Partido de los Trabajadores.

En el punto “II.16” el juez Sérgio Moro hace uso de recursos poco usuales a la buena y recomendada técnica jurídica. Hace suposiciones, deducciones e incluso se vale de una fina ironía para contribuir con la pretendida trama salvadora de la Operación *Lava Jato*.

* Abogado, maestrando y profesor asistente en PUC-SP.

** Abogado, maestrando y profesor asistente en PUC-SP.

Ahora bien, una sentencia debe atenerse a las pruebas de los autos, y no hacer suposiciones sobre la actividad política o sobre el gobierno ejercido por el acusado, que en este caso es un expresidente de la República. La sentencia debería, en teoría, juzgar determinada conducta cometida por quien está siendo juzgado, y no lo que comúnmente se llama “conjunto de la obra”.

La prensa diaria del país, luego de la condena de Lula, clamó que “la justicia es para todos”. Si realmente la Justicia es para todos, el expresidente debería haber sido juzgado solamente por la conducta denunciada por el Ministerio Público Federal y no por su trayectoria política y gubernamental. El referido punto de la sentencia es prueba definitiva, producida por el propio juez Sérgio Moro, de que el juzgamiento del expresidente no fue tan “para todos” como se vociferó.

Antes de entrar en el mérito de la decisión, cabe recalcar que la sentencia es constituida por todo lo que consta en ella. Esta obviedad debe destacarse porque algunos pueden decir que las deducciones y suposiciones son de menor importancia jurídica para la comprensión de la decisión. Este razonamiento no prospera, visto que la sentencia es la manifestación de la voluntad del juez que pondrá fin al embrollo jurídico frente al caso en concreto y de este modo todo lo que en ella consta es fruto de la voluntad del juez.

Este aspecto de la sentencia, que puede parecer trivial, corrobora la tesis de que en Brasil se vive un verdadero Estado de Excepción. El expresidente no fue juzgado solamente como ciudadano, como debería ser, sino por una trama política condenatoria que la sentencia corrobora para construir. Lula tuvo, en este punto de la sentencia, su derecho innato de ser juzgado como ciudadano atacado. El punto “II.16” no trató del objeto de la sentencia, sino de algo mucho peor.

Pasamos al análisis de la propia sentencia.

En los párrafos 782 y 783, se trató la declaración como testimonio del expresidente de PETROBRAS José Sérgio Gabrielli. En este pasaje el juez afirma que el oyente alegó no conocer nada sobre el esquema de corrupción ni sobre la alegada participación de Lula como jefe del esquema. En seguida, el juez afirma que la declaración de Gabrielli no gozaba de “mucho crédito” porque este era presidente de la empresa en la época de los hechos delictivos.

En efecto, en los párrafos 784 a 787, el juez Moro agrava más sus suposiciones de que Gabrielli o era incompetente o faltó a la verdad frente al juez. El juez así lo hace en base al alegato de desconocimiento por parte de Gabrielli de que el cambio de Cerveró por Zelada en la directiva de PETROBRAS tendría influencia política. O sea, el juez Sérgio Moro intenta crear la tesis de que el desconocimiento de Gabrielli sobre este hecho específico, poco pertinente al proceso, es en

realidad una mentira o una prueba de la ineptitud para el ejercicio del cargo de Presidente de PETROBRAS.

En los párrafos 789 a 792 hay un hecho curioso: el juez Moro utiliza 4 párrafos para intentar desacreditar una serie de testigos de la defensa. Según el juez, el expresidente llamó a diversos políticos y agentes públicos que desconocían el contenido de la denuncia solo para abonar la conducta proba de Lula.

Específicamente en el párrafo 790 el juez crea la teoría de que las personas que declararon por parte de la defensa habrían sido llevadas al proceso solamente para confirmar que la base de sustentación del gobierno no era fruto de un mecanismo de sobornos de PETROBRAS. Para cualquier lector, jurista o lego, este párrafo muestra que el juez entiende que las declaraciones de la defensa sirvieron para intentar demostrar la tesis perenne de que el gobierno de Lula tuvo su base de apoyo en el Congreso fundada en la corrupción. Ya en el párrafo 792, Moro usa nuevamente el artificio del descrédito con respecto a las declaraciones de la defensa.

A partir del párrafo 793 ofrece afirmaciones peculiares a las sentencias judiciales. El juez Sérgio Moro, en un aparente acto elogioso, afirma que el gobierno Lula tuvo sus méritos en el combate a la corrupción. En seguida llega a enumerar medidas que este mismo gobierno debería haber implementado. En el párrafo 797 urde un largo relato con referencias históricas de mandatarios que implementaron políticas de combate a la corrupción y desnudaron sus crímenes por estas mismas políticas, o como el juez llama “incremento de los medios de control”. Provoca extrañeza que, en el párrafo 796, Sérgio Moro afirme que los méritos del combate a la corrupción del gobierno de Lula no podrían ser tenidos en consideración ya que en el párrafo siguiente hace esa interesante digresión con tintes de sarcasmo e ironía.

Los párrafos 801, 802, 803 y 804 son cabales para demostrar la parcialidad del juicio, en tanto tales párrafos buscan contribuir a la trama criminal que intentan imputar al expresidente.

El párrafo 801 del juez Sérgio Moro manifiesta su “extrañamiento” en el hecho de que Lula desconociera el esquema de PETROBRAS visto que era un escándalo de gran magnitud y que tal esquema irrigo las campañas del PT, del propio expresidente y de su sucesora.

En secuencia, en los párrafos 802 y 803 el juez especula sobre una posible condescendencia de Lula con la corrupción. Sérgio Moro dice llamar la atención a la ausencia de reprobación por parte de Lula para con los miembros del gobierno y agentes públicos involucrados en corrupción durante su gobierno. Justamente para averiguar esta eventual apatía de Lula con la corrupción que Sérgio Moro trae a co-

lación del proceso del llamado *Mensalão*. Según Moro, el expresidente dio declaraciones ambiguas sobre los eventos ocurridos en este otro proceso dando a entender que Lula no reprobó, o peor, conviviría con eventuales hechos criminales.

En el párrafo 804 tenemos el ápice de esta trama que Sérgio Moro hace en la sentencia. En el razonamiento del magistrado, el hecho de que Lula no haya manifestado reprobación con los hechos ocurridos en la Acción Penal 470 demuestran “connivencia en relación al comportamiento criminal de los subordinados y que puede ser considerado como un elemento de prueba”.

Tenemos aquí un verdadero escándalo jurídico. Un juez en el ejercicio de su función trae como prueba procesal las manifestaciones públicas del acusado sobre otro proceso, las interpreta y concluye que tales deben servir como elemento de prueba. Este razonamiento, valiéndose de Carl Schmitt, revela que para el juez Sérgio Moro, el expresidente Lula es el enemigo a ser combatido.

Giorgio Agamben, filósofo italiano que se dedicó al tema de la Excepción, nos explica que la práctica de la Excepción se revela en la medida en que hay suspensión del Derecho, fenómeno que identifica como “guerra civil legal”, o sea, se aplica un determinado razonamiento debido a la excepcionalidad del caso, y luego de la superación de este momento único, se vuelve a regular la aplicación del ordenamiento jurídico.

En la Operación *Lava Jato*, lo que hemos visto es su tratamiento excepcional, con prácticas como las mencionadas que se apartan del Derecho.

Para que se justifique la práctica de la Excepción frente a la sociedad y en especial a la opinión pública es importante que exista la figura del enemigo, pues a este, por el papel que posee en la sociedad, no se le debe reconocer prerrogativas ni garantías mínimas, al contrario, debe ser combatido. Para el jurista Eugenio Raúl Zaffaroni la figura del enemigo en una sociedad es el primer germen o primer síntoma de la destrucción autoritaria del Estado de Derecho.

Siendo así, entendemos que en este momento el enemigo de la historia y, según todo indica, en el juicio también, es el Partido de los Trabajadores y la figura del expresidente Lula.

De nada anticipa para la defensa del expresidente Lula comprobar que formalmente el departamento en cuestión está ligado a la constructora OAS; que el acusado prácticamente no tenía conocimiento de la explicación de este asunto. Para el juez, lo que finalmente hay que responder, conforme se indica en el párrafo 806, es cuál es el papel del expresidente Lula en esta operación y si de hecho él era el jefe de la cuadrilla.

Vale mencionar que la defensa del expresidente Lula es tratada en todo momento con desprecio por el juez, como se evidencia en el párrafo 808, en que todo lo alegado presupone mentiras y obstáculos para la búsqueda de la verdad real.

El convencimiento solamente es posible a partir del momento que todas las partes involucradas en el proceso se manifiestan. Tratar a una de las partes con desprecio es entender que su presencia es prescindible, indicando que las convicciones ya fueron formadas previamente.

Siendo así, lo que se nota en el ítem “II.16” de la sentencia es la existencia de deducciones respecto de la conducción del gobierno del expresidente Lula y de su conocimiento sobre tratativas existentes en PETROBRAS, además de hechos genéricos ocurridos que en nada comprueban la práctica de corrupción pasiva y lavado de dinero.

Notamos, pues, que esta excepcionalidad hoy es contra el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, pero si alteramos los personajes, posiblemente el razonamiento sería otro, evidenciándose así la persecución política a partir de instrumentos jurídicos, lo que en el límite sirve para corroer las bases del Estado Democrático de Derecho.

Lenio Luiz Streck*

**LA SENTENCIA DE MORO
ES LA PRUEBA DE QUE
LA LIBRE APRECIACIÓN
DE LA PRUEBA DEBE ACABAR**

HACE MÁS DE 20 AÑOS que denuncié el autoritarismo que representa la libre apreciación de la prueba o LC (libre convencimiento), que son dos caras de la misma moneda. Denuncié esto directamente en el debate que entablé con el juez Sérgio Moro en el IBCCRIM de 2015. Él me respondió que el libre convencimiento era superior a la prueba tarifada. Y yo le dije ¿en serio? “El libre convencimiento es más que esa simplificación epistémica. Es el corolario del subjetivismo. Del sujeto autoritario de la modernidad. De la barbarie interior del sujeto”. De todos modos, esta respuesta de Moro sigue la misma línea de la dogmática que hoy llora y protesta. Nunca se preocuparon con el libre convencimiento, porque era justificado. Esto es de una ingenuidad atroz. La dogmática jurídica todavía cree en cosas como “primero decido (elijo si el acusado es culpado o inocente) y después justifico”. Una trampa epistémica.

Por esto, trato aquí de un equívoco de orden filosófico, pues el libre convencimiento es la mejor representación del el Privilegio Cognitivo del Sujeto (cognoscente) (PCS). O el Privilegio Cognitivo de Sérgio (Moro). Y esto viene ocurriendo desde hace mucho, pero solo

* Exprocurador de la Justicia, RS. Doctor y posdoctor en Derecho. Profesor titular de la Unisinos-RS y Unesa-RJ. Abogado.

después de la AP 470 (*Mensalão*) es que los abogados se dieron cuenta de este Tiro Epistémico en el Pie (TEP). Yo avisé.

En uno de mis libros recientes, *Hermenéutica y Jurisdicción* (Streck, 2017b), estructurado en formato de diálogos, dejo bien en claro que estamos pagando caro por esto. Nadie se preocupó en construir una teoría para la apreciación de la prueba. Tenemos más criterios para validar el carnaval que para validar una prueba penal. El Carnaval superó al Derecho. Ahí existen criterios, que varían de 1 a 10 (y tiene décimos y centésimos). En el Derecho, el criterio es: *deje que el juez aprecie la prueba de manera que él encuentre lo mejor o hasta que encuentre la “verdad real”*. ¿Cómo se sabe que la “verdad real” fue encontrada? Simple, el juez es quien dice que la encontró. Ya que a nosotros, juristas, nos gustan mucho las “ontologías” (Streck, s/f a), me quedo imaginando a la verdad real como una viejita perdida –y con *Alzheimer*–, sentada en el banco de una plaza. Y cuando la encuentran, imagino al oficial de policía diciéndole: —“precisamos que usted comparezca frente al juez”. Listo, encontramos la verdad real.

Hablemos en serio: libre convencimiento, verdad real y estos otros enunciados performativos son, en otras palabras, autorizaciones para que el juez diga cualquier cosa sobre la (ausencia de) prueba. A su vez, sobre esta cuestión, tengo en prensa un artículo sobre la forma en que el Derecho norteamericano aborda la cuestión de los criterios de valoración probatoria. Ahí intento mostrar cómo hasta el jurado estadounidense tiene más criterios que los jueces togados aquí en Brasil. Bingo. Y cada día esto se muestra más certero (Streck, Raatz y Dietrich, 2017).

No podría haber sido distinto con el proceso que involucra al expresidente Lula. La libre apreciación de las pruebas reinó soberanamente en la sentencia de Moro. Existen innumerables aspectos de aquella decisión que no se sustentan y, en este cortísimo espacio, quiero demostrar cómo algunos de estos no se sustentan. Así como existen innumerables aspectos que carecen de robustez, también fueron hechos diversos análisis sobre la decisión, tales como los de Afrânio Silva Jardim (s/f) y Pedro Martins Serrano (s/f). No quiero analizar la sentencia en su totalidad, en la medida en que mucha gente ya lo hizo. Pienso que eso es, además de repetitivo, innecesario y, si fuésemos un país serio, 20 minutos de lectura de la decisión ya serían más que suficientes para que su nulidad fuese constatada.

Pues bien. Ya traté el tema en otra oportunidad (Streck, s/f b) y me parece oportuno comenzar por él nuevamente. Aprendí, cuando iniciaba mi carrera en el MP, con un viejo Procurador que *“quien propone archivamiento en 60 laudas es porque debería denunciar en 6; y quien quiere denunciar en 60 laudas, archiva en 6 o requiere riguro-*

sas investigaciones para buscar pruebas concretas". Bien, volviendo a la sentencia de condenación a Lula llama la atención por el número de páginas: 238. Es evidente que no se esperaba una sentencia de 15 páginas absolviendo al expresidente. Y más que eso, tampoco voy a criticar el número de páginas simplemente por creer en un número cabalístico o algo por el estilo. No creo en una "*Grundsentsença*" o algo como que la sentencia ideal debe tener 100 páginas. No es sobre esto lo que pretendo reflexionar aquí.

Lo que pretendo, por otro lado, es problematizar algunas cuestiones de la validez de la decisión. La primera de ellas es el número de páginas que utiliza Moro para *explicar el motivo por el cual no es sospechoso*. De la página 10 hasta la 33 (§ 48 al 152) Moro intenta una argumentación para dejar claro que no es sospechoso. Alguien más insensato (o no) podría decir que un juez que pasó 23 páginas diciendo que no es sospechoso ya demuestra un fuerte indicio de sospecha. Al final, como dice una señora casi centenaria, madre de un querido amigo, *no todo lo que parece es, pero, si es, parece*.

Pero como el mero número de páginas no es una buena prueba para verificar si un juez es sospechoso o no –aunque me parezca una mejor prueba que un reportaje del diario *O Globo* o que un comentario de Merval Pereira– iré más a fondo, principalmente tratando el lenguaje empleado por el Magistrado. Hermeneuta que soy, tengo esa manía –aparentemente retrógrada hoy día– de antes de decir algo sobre un texto, *dejar que el texto me diga algo*, como enseñó Hans-Georg Gadamer.

Sigo. En el parágrafo 109 de la sentencia, Moro argumenta que la defensa de Lula hizo uso de una argumentación *dramática* sobre la cuestión de las intervenciones telefónicas. Dramática, dice el magistrado, pero olvida que los procuradores de la República incluyeron el número de Teixeira, Martins y Abogados como si fuese de Lis Paulestras, Eventos y Publicaciones, empresa de conferencias del expresidente. ¿Sería un equívoco dramático? No es por menos que, en el parágrafo 106 Moro reconoce que "Este juez solo tuvo conocimiento de que el terminal era titularizado por el estudio de abogados cuando la propia parte así alegó, ya después de la cesación de la intervención". O sea, el MPF a través de una –conforme noticia del *Conjur*– *disimulación* (De Vasconcellos y Rodas, s/f.) consigue una intervención en una oficina de abogados que trata la defensa del acusado y ¿el juez considera el argumento *dramático*? Realmente, la situación es dramática...

En el parágrafo 113, Moro afirma que las grabaciones ilícitas "ni siquiera componen los elementos probatorios que instruyen la denuncia, o sea, no fueron utilizados". Bien, pueden incluso no componer, pero demuestran que el MPF no estaba exactamente cumpliendo

su papel normal, ¿cierto? A su vez, Moro enfrenta esta cuestión en los párrafos 128-131, en los que la defensa reclama que el acusado venía siendo el objetivo de una guerra jurídica, con base en la “realización por los Procuradores de la República de una entrevista colectiva, el 14/09/2016, en la cual habrían atacado la imagen del expresidente al explicar el contenido de la denuncia”. Moro recuerda, en este sentido, que hubo excepción de sospecha contra los Procuradores y que “aunque eventualmente se pueda criticar la forma o el lenguaje empleado en la referida entrevista colectiva, esto no tiene efecto práctico para la presente acción penal, puesto que lo que importa son los documentos procesales producidos” (§ 130), y que “aunque eventualmente se pueda entender que la entrevista no fue, en la forma, apropiada, parece distante de caracterizar una ‘guerra jurídica’ contra el expresidente” (§ 131).

Ahora bien, resulta evidente que ni el mismo juez Sérgio Moro se arriesga a decir que la entrevista concedida por los procuradores del MPF fue apropiada. Recordamos que, en esa oportunidad, ocurrió la famosa exposición con el recurso del *Power Point* y las diversas flechas que apuntaban hacia el nombre de Lula. Aquí, ni es preciso argumentar mucho para que se concluya que tal actitud no fue conducente de un “*procurador natural*” (para bromear con eso). O “actitud natural que se espera de un Procurador”. Ni el mismo Moro se atrevió a argumentar eso. Existen, todavía, muchas otras manifestaciones del MPF que pueden ser –como mínimo– tasadas como inadecuadas/inapropiadas. Basta recordar, por ejemplo, al procurador Carlos Fernando dos Santos Lima y el episodio en que ostentó, orgulloso, una camiseta con las frases “República de Curitiba” y “Liga de la Justicia”. Parece un poco más que claro que el MPF actuó de forma parcial durante todo el proceso, aunque Moro no reconozca esta cuestión (ni acerca de su actitud). El MPF actuó de forma parcial, disputando un trofeo. Como si fuese parte y no tuviese responsabilidad política, como agente público.

Veamos la situación de Moro. Tiene algunos argumentos contradictorios. Dice que la actuación de la defensa del expresidente ocurrió de forma *dramática* (§ 109) y *diversionista*.¹ Este último adjetivo, regístrese, fue empleado en 4 oportunidades en las primeras laudas de la sentencia (§ 57; 65; 138 y 148). Siguiendo, Moro afirma que “puntualmente, el juez fue ofendido por los defensores, como se verifica en algunos pasajes de estos lamentables episodios” (§ 142) y, en este sentido, lista algunos momentos en que la defensa *le habría faltado el debido respeto, dejando subrayado, lo que parece, aquellos que más le in-*

1 Del portugués “*diversionismo*”, Cf. nota 12 a pie de pág. [N. del T.].

comodaron. Entre ellos, hay una afirmación del abogado de que Moro pretendía eliminar la defensa (“o si vuestra excelencia quisiera eliminar a la defensa, yo imaginé que esto ya habría sido sepultado en 1945 por los aliados y veo que resurge aquí en esta región agrícola de nuestro país”); la contestación de un supuesto contexto forzado por Moro (“Un contexto que solo existe en la cabeza de vuestra excelencia, el contexto es la denuncia [...]”); un cuestionamiento acerca de la interpretación de la ley (“Es verdad, Iabrola protesta porque la interpretación del juez aberra la Constitución y de la ley procesal penal”); etc. Todos estos subrayados son de Moro.

Sin embargo, pienso que es mucho más ofensivo caracterizar la actuación de un abogado como dramática que afirmar que la interpretación de una ley hecha por el juez aberra la legislación; o, incluso, decir que determinado contexto no condice con la realidad y existe solamente en la cabeza del magistrado parece ser menos irónico que mandar a un abogado a prestar concurso para juez. No olvidemos: el derecho de defensa es sagrado. Y el abogado tiene un obrar estratégico. Quien no debe hacerlo es el juez y el MP.

Moro dice aún, en el parágrafo 938, que “Como la defensa en la presente acción penal, él ha, orientado por sus abogados, adoptado tácticas bastantes cuestionables, como de intimidación a quien juzga, con la proposición de una denuncia infundada, y de intimidación de otros agentes de la ley, Procurador de la República y Delegado con la proposición de acciones de indemnización por crímenes contra la honra”. Dice Moro: “Estas conductas son inapropiadas y revelan intentos de intimidación a la Justicia, de los agentes de la ley y hasta de la prensa para que no cumplan con su deber”.

Claramente tenemos ahí dos pesos y dos medidas. ¿Por qué motivo las entrevistas del expresidente son perentoriamente “inadecuadas” e intentan “intimidar a la justicia” y las entrevistas del MPF apenas “pueden ser entendidas, eventualmente, como inadecuadas”? ¿Cuál fue el criterio? Uno de ellos, que al ser acusado en un proceso, dio una declaración inadecuada. No discordamos ahí. Pero, ¿y el procurador que apareció con una camiseta que tenía escrito “Liga de la Justicia”? ¿Y el procurador Dallagnol, que amenazó abandonar el *Lava Jato* si el paquete anticorrupción no era aprobado? ¿Y la famosa entrevista del *Power Point*? ¿Estas conductas solamente pueden ser tasadas –pero no fueron– como inadecuadas? ¿Se trata de transformar la administración de la justicia en una tribuna, en la que hay vencedores y vencidos?

Tenemos, aún, el dramático caso (ahora el uso de la palabra me corresponde) de la divulgación de los audios que detuvo al País, lo que muestra la parcialidad del magistrado. A su vez, Moro reconoció su error y pidió disculpas (Streck, s/f c). Así, a) el magistrado se irrita

con la actuación de los abogados, caracterizándola como dramática y *diversionista*; b) divulga escuchas de las cuales no poseía competencia; c) se rehúsa a percibir la actuación parcial del MP; d) y termina todo esto diciendo que “en cualquier caso, en relación a estas medidas procesales cuestionables y al comportamiento procesal inadecuado, vale la norma prevista en el art. 256 del CPP” (§ 152), de que la sospecha no podrá ser declarada ni reconocida, cuando la parte injurie al juez o exprese un propósito o motivo para hacerlo, *se puede afirmar que hay algo extraño ahí*. Al final de cuentas, si Moro hace uso del art. 256, diciendo que la sospecha no puede ser declarada o reconocida cuando la propia parte injuria al juez, él está reconociendo que hay, sí, una animosidad entre el juez y la defensa. Esto queda muy claro. Sin embargo, Moro atribuye esta animosidad a la conducta de la defensa. Pero cuando, por ejemplo, divulgó las escuchas ilegalmente, ¿la defensa ya había “injurado” al juez? ¿No será que él mismo ya creaba una situación de animosidad buscando esconderse detrás del art. 256, CPP, posteriormente? La pregunta fundamental es: ¿quién creó la situación de animosidad en primer lugar? Este es el punto.

Las primeras partes de la sentencia dejan claro, así, que el MPF y Moro tuvieron actuación parcial. Como mi espacio aquí es corto –y pienso que no preciso más que eso para llegar adonde quiero– voy a analizar cuestiones bien puntuales de la sentencia. Algunos parágrafos que fueron allí colocados, pienso, hasta de forma humilde. Pero detrás de algo siempre hay otra cosa no dicha. El silencio habla. Grita. Esta es la importancia de la hermenéutica. Vamos a ver algunos ejemplos de pruebas que fueron utilizadas en el proceso.

Una de las cuestiones más comentadas fue el hecho de que Moro hizo uso de materia divulgada en el diario *O Globo* como elemento relevante en la cuestión probatoria (§ 376-377; 412; 452). Tal cuestión, inclusive, fue objeto de embargos de declaración de la defensa y ya fue refutada por él (*Consultor Jurídico*, s/f). Un reportaje, por lo tanto, sirvió como elemento de relevancia en la formación del convencimiento. Bien, para quien defiende todavía el libre convencimiento, tiene ahí un plato lleno.

Moro también afirma que la declaración del “expresidente Luiz Inácio Lula da Silva es incluso inconsistente con la nota publicada el 12/12/2014 por el Instituto Lula en respuesta a los materiales divulgados en la época en la prensa” (§ 474). O sea, el juez de la causa considera inaceptable que la nota del Instituto Lula sea incoherente con la declaración del expresidente, pues “es cierto que la nota fue emitida por el Instituto Lula, pero tratándose de una cuestión personal atinente al expresidente, es imposible que el instituto no lo hubiera consultado acerca del tenor de la nota” (§ 476). Véase, aquí, que el enunciado

del magistrado no pasa por el *test* de condición semántica del sentido. ¿Cuál es el tamaño del Instituto Lula? ¿Cuántos funcionarios posee? ¿Por qué motivo es imposible que el expresidente no hubiera sido consultado sobre la nota? ¿No podría haber sido su asesoría? Al final, ¿para qué se contrata una asesoría? Si, en la frase de Moro, reemplazáramos “posible” por “imposible” nada cambiaría. Veamos cómo quedaría: “[...] tratándose de la cuestión personal atiente al expresidente, *es posible* que el instituto no lo hubiera consultado acerca del tenor de la nota”. Listo. No hay ninguna comprobación empírica del enunciado. Es arbitrario. Sirve tanto para condenar... como para absolver.

Sigo. En los párrafos 635 y 636 hay una especie de “inversión” de la carga probatoria. Moro dice que “Caso que la situación del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva y de Marisa Letícia Lula da Silva en relación al departamento 164-A, tríples, fuese de compradores potenciales, sería natural que tuviese alguna discusión sobre el precio del departamento, así como sobre el valor del gasto en las reformas, ya que, en una adquisición usual, ellos tendrían que asimilar esos costos, descontando apenas lo ya abonado anteriormente”. Sin embargo, afirma que “no hay ninguna prueba en este sentido, un documento por ejemplo, o relato de testigos al respecto de eventual discusión de la especie”. Autoexplicativo, pues.

Moro también trabaja con presunciones. En el párrafo 645 afirma que

[...] la declaración de José Adelmario Pinheiro Filho, conforme versa en el ítem 934, confirma solamente parte de la tesis de Acusación, la imputación del crimen relativo al departamento 164-A, tríples, y sus reformas, liberando, sin embargo, al expresidente Luiz Inácio Lula da Silva en cuanto a la parte de la imputación relativa al pago de los costos de almacenaje del patrimonio presidencial. *En caso de que su intención fuese mentir en Juicio solamente para obtener beneficios legales, afirmaríala los dos crímenes*” (énfasis nuestro).

O sea, el juez presumió que –en caso de que la declaración no fuera verídica–, el testigo mentiría. Aquí también podemos colocar la CSS (condición semántica de sentido) de la cual trato en mi *Diccionario de Hermenéutica* (Streck, 2017a): no hay cómo comprobar ni que sí, ni que no. Pura presunción y/o especulación.

Por último, otro punto sobresale de los párrafos 802 y 804, cuando el juez afirma que “llama la atención la ausencia de cualquier juicio de reprobación por parte del expresidente en relación a agentes públicos y políticos que, durante su Gobierno, habrían participado del esquema criminal que victimó a PETROBRAS” y “Usualmente, si un subordinado comete un crimen con la ignorancia del superior,

cuando el crimen es revelado, el comportamiento esperado del superior es la reprobación de la conducta y la exigencia de que el daño sea castigado. No se verificó esta especie de comportamiento por parte del expresidente, por lo menos nada más allá de afirmaciones genéricas de que los culpados deberían ser castigados, pero sin ninguna designación específica, como si no hubiese culpables cuya responsabilidad ya no hubiese sido determinada, como, en el caso, por otra parte, de la Acción Penal 470, con tránsito en juzgado. Se trata de un indicio relevante de connivencia en relación al comportamiento criminal de los subordinados *y que puede ser considerado elemento de prueba*” (énfasis nuestro). Paremos la lectura. Vamos a reflexionar un poco sobre la gravedad de esto. Para el juez, el comportamiento del acusado de no manifestarse públicamente contra malhechores puntuales –en la medida en que genéricamente se habría manifestado– *se volvió un elemento de prueba*. Esto es surreal. Acá fue violada la famosa Ley de Hume.

La pregunta que resta es: a) por cuál motivo un juez hace uso de presunciones; b) invierte la carga probatoria; c) hace uso de enunciados arbitrarios sin ninguna verificación empírica; d) usa como elemento de prueba la ausencia de “manifestaciones públicas específicas” del expresidente; e) e ignora la actuación “de tribuna” del MPF. *Lo hace por dos motivos bien simples, que son*, (i) por el hecho de que el propio magistrado desde siempre ya tenía formada su convicción (personal) de que el acusado era culpable y; (ii) por el hecho de que la comunidad jurídica no tenía criterios para la valoración probatoria. A su vez, en esto Moro es igual que la mayoría de los juristas del país. No hay nada de nuevo ahí. Esto es lo que se enseña en las aulas. Todo gira en torno de la libre apreciación de la prueba y del libre convencimiento. Comienzan a tener sentido, así, las 23 páginas para negar la sospecha, ¿no?

Paro acá. Hubo una combinación explosiva en este caso: “juez y acusador parciales + libre convencimiento”. Si fuese el abogado del expresidente, lucharía por la prueba del pichoncito “practicada” por la Tribu Azende, en África central. Sin intuiciones ni deducciones, la tribu, para construir la prueba y “buscar la verdad”, *utiliza lo que llamo el “factor benge”, que consiste en darle a un pajarito un veneno previamente preparado (hay un ritual para eso) y, si el pichón se muere, el acusado es considerado culpable. Si el pichón sobrevive, es absuelto* (Chase, 2005). El expresidente fue condenado el día en que este proceso fue dispuesto en la 13ª Sala Federal de Curitiba. Que la defensa se cuide con el plazo para la interposición del recurso, si me permiten la ironía. No por menos que Moro dice que la cuestión de la imparcialidad fue “aquí examinada apenas

por haber sido alegada” (§ 148). Claro: ya estaba todo decidido. El fundamento viene después.

Pero hay más. Sin duda, aunque no lo diga, Moro adoptó la “tesis jurídica” del “explicacionismo” (esta sería la “teoría” exótica propuesta por el MPF en los alegatos finales). Queda claro en la conclusión que, en su visión, la tesis acusatoria es verdadera porque *es la que mejor explica las evidencias* (§ 847-848). ¡Se trata de una teoría de probabilidad! La teoría de la prueba y dos mil años de filosofía fueron sepultados en una sola sentencia. Véase: el propio juez, trayendo esta teoría de la probabilidad al campo de la prueba penal, *va a referir que los hechos fueron provocados más allá de una duda razonable* (§ 778). ¿Pero qué es una “duda razonable”? ¿Lo que el juez dice que es? ¿Incluso si admitiéramos la teoría matemática en el proceso penal, lo que calculo que fue hecho? ¡Después de lanzar diversas conclusiones parciales probables, el juez llega a una conclusión final probable! Y esta conclusión es condenatoria.

Esta sentencia simboliza mucho. En verdad, refuerza que el Derecho enseñado en las facultades no pasa de una teoría política del poder. Y lo peor: ¡una teoría política del poder mal hecha! Y esto es pésimo para la democracia. Así como inicié este texto, *es posible decir que el Carnaval construyó una epistemología mejor que la del Derecho*. En el carnaval, las personas se comportan mucho menos como partidarios que en el Derecho. ¿Tú crees que es algo bueno que el derecho sea avasallado por la moral? ¿Crees que es posible mancillar las garantías legales constitucionales, siempre que sea contra tu enemigo? Recuerda que estás diariamente en el tránsito y puedes, eventualmente, involucrarte en un accidente. Puede ocurrirle a cualquiera. Tú en el auto y la otra parte en la moto. Bueno, ahí solo quedará que tú *hinchas* para que el juez sea del *team-car* y no del *team-motorcycle*. Y todo se volvió tribuna. Y dos mil años de filosofía no sirvieron para nada.

No tengo nada contra Moro. Tampoco contra el MPF. A su vez, luego de 28 años de ejercicio fatigante en el Ministerio Público de RS, me considero todavía un miembro. *Pero un miembro honorario de una institución que debe celar por las garantías de la sociedad sin descuidar las garantías fundamentales del acusado, mediante una postura de imparcialidad*. El MP no puede comportarse como un abogado. El MP no tiene acción estratégica. Si admitiéramos eso, será simplemente un acusador, el viejo acusador público. Y no será diferente del abogado. Al final, ¿por qué fueron conferidas al MP garantías semejantes a las de la magistratura? Simple: para que no se comportasen como parte. Parcial.

Más aún, mis objeciones no son simplemente a la sentencia de Moro. Son, también y fundamentalmente, contra la libre apreciación

de la prueba y a favor de la democracia. Soy un jurista que cree que una decisión judicial debe ser por principio y no por moral o política. Si la visión moral del juez corrige el derecho dispuesto, ¿quién corregirá la moral del juez? Por esto es deber del jurista reconocer que tanto Moro erró en la divulgación de las interpretaciones telefónicas de las conversaciones entre Lula y Dilma –y, ahora, en la sentencia examinada–, como existe ilegalidad en la grabación hecha por Wesley Batista de su conversación con Temer. *Los Derechos fundamentales no tienen color, sexo, raza o ideología. O son derechos o no lo son.*

En una palabra: nunca se sabe lo que el juez piensa. Si el juez y el MP piensan que, haciendo explicacionismo e inversiones de la carga de la prueba están haciendo algo revolucionario, entonces me parece bien que les den una mirada a los manuales de ciencia política. Menos bayesianismo, explicacionismos, emotivismos, y *más respeto a las reglas del juego inscritas en la Constitución*. Hacer lo correcto es hacerlo de acuerdo con la CF y no contra ella. *Revolucionario es combatir los crímenes sin quebrar las reglas*. Combatir la corrupción transformando el proceso en un simulacro es fácil. *Difícil es juntar luego los pedazos en el frente. En el caos no hay ni reglas para quebrar. O para obedecer.*

En verdad, frente a las constantes suspensiones de los dispositivos legales y constitucionales, se puede decir que, hoy, revolucionario es quien lucha por la legalidad. Increíble: con mi constitucionalismo conservador, me transformé en revolucionario.

And I rest my case!

BIBLIOGRAFÍA

- Chase, Oscar. 2005 *Law, Culture and Ritual: Disputing Systems in Cross-cultural Context*. (Nueva York / Londres: NYU Press).
- De Vasconcellos, M. y Rodas, S. “Todos os 25 advogados de escritório que defende Lula foram grampeados” en *Consultor Jurídico*, San Pablo.
- Martins Serrano, R. P. s/f “O prejuízo não é só de Lula, mas da sociedade” en *Carta Capital*, San Pablo.
- “Moro nega embargos de Lula e diz que notícia sobre triplex tem valor de prova” en *Consultor Jurídico*, San Pablo.
- Silva Jardim, A. s/f “Breve Análise da sentença que condenou o ex-presidente e outros” en *Empório do Direito*, Santa Catarina. En <<http://emporiiododireito.com.br/breve-analise-da-sentenca-quecondenou-o-ex-presidente-lula-e-outros-por-afranio-silva-jardim/>> Acceso 18 de julio de 2017.
- Streck, L. L. s/fa “30% das cirurgias jurídicas dão errado. ¿O que há com os “médicos”?” en *Consultor Jurídico*, San Pablo.

- Streck, L. L. s/fb “*Check List: 21 razões pelas quais já estamos em Estado de exceção*” em *Consultor Jurídico*, San Pablo.
- Streck, L. L. s/fc “Moro criou um novo tipo de extinção de punibilidade: pedido de desculpas” em *Consultor Jurídico*, San Pablo.
- Streck, L. L. 2017a *Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito* (Belo Horizonte. Casa do Direito).
- Streck, L. L. 2017b *Hermenêutica e Jurisdição: Diálogos com Lenio Streck* (Porto Alegre: Livraria do Advogado).
- Streck, L. L.; Raatz, I. y Dietrich, W. G. 2017 “Sobre um possível diálogo entre a Crítica Hermenêutica e a teoria dos standards probatórios: notas sobre valoração probatória em tempos de intersubjetividade” em *Novos Estudos Jurídicos*, Vol. 22 [en prensa].

Leonardo Avritzer*

**ESTADO DE DERECHO,
CRISIS POLÍTICA Y
OPERACIÓN *LAVA JATO***

EN BRASIL, EL DEVENIR de su fuerte proceso de modernización y democratización todavía no logró producir un poder judicial regido por las estructuras de división de poderes y que sea garante de derechos, en especial de los derechos civiles. Los elementos de fuerte distorsión de la tradición brasileña de constitucionalismo democrático están relacionados a los trazos no liberales o de un liberalismo extremadamente parcial que se manifiestan, consecuentemente, en nuestros conflictos políticos desde la posguerra. No conseguimos en Brasil, entre 1946 y 2017, establecer una estructura razonable de vigencia de derechos civiles, supuestamente aquellos que serían los fundamentales en la estructuración del orden liberal democrático.¹ Entender los problemas para la construcción de un orden liberal y democrático en Brasil significa, antes que nada, entender el funcionamiento de los elementos judiciales y civiles en el país. El proceso

* Cientista Político, profesor de la UFMG.

1 No quiero decir con esto que hay un orden inexorable de implantación de derechos, tal como supone el sociólogo inglés T.H. Marshall al relacionar cada uno de los siglos a un derecho, el XVIII a los civiles, el XIX a los políticos y el XX a los sociales. Ver Marshall (1962). Para una crítica, Giddens (1990).

de elaboración de instituciones en el país, entre 1946 y 1988, no fue capaz de realizar mínimamente este *aggiornamiento* en relación a la vigencia de los derechos y su violación se manifiesta abiertamente en todas las crisis políticas.

Nuestra tradición liberal no fue capaz de alinear el Poder Judicial en la estructura de división de poderes, un problema que continúa sin solución. La formación de magistrados y el funcionamiento de la justicia continúan organizándose de forma intraoligárquica y no están siendo regulados por la garantía de derechos civiles. Pasamos, en este período de más de 70 años, por dos momentos diferenciados, ambos fuertemente problemáticos en el proceso de formación de una tradición de derechos que no propiciaron ni la supresión de la violencia ni su civilización (Elias, 1994) y sumisión a las reglas del constitucionalismo liberal. El primer momento próspero, descrito por Sérgio Buarque de Holanda (1988 [1936]) en su *Raíces do Brazil* es un momento de afianzamiento del constitucionalismo liberal (Veliz, 1980) y de la construcción de una tradición de tolerancia posible mas problemática. Problemática porque Brasil no constitucionalizó límites para la acción del Poder Judicial y de los órganos policiales, o cuando lo hizo no los tornó efectivos en el sentido de la creación de una tradición de garantías individuales. Esta tradición, cuando existió, lo hizo a través de estructuras intraoligárquicas propias del Poder Judicial. Así, el desarrollo de un constitucionalismo liberal no se dio de modo subyacente a una tradición sólida de derechos y garantías individuales, problema que reaparecerá dramáticamente en diversas coyunturas, en especial en el período 2013-2017 que se abre, no en vano, con un episodio de fuerte represión policial durante las manifestaciones de 2013.

En segundo lugar, el problema de la tolerancia política se desarrolla bajo el amparo de la tradición de la tolerancia privada, tal como señaló Sérgio Buarque de Holanda (1988 [1936]) en su teoría del hombre cordial, y así el problema de las garantías para el ejercicio de la actividad política y de la diversidad quedaron apenas parcialmente resueltos. Brasil vive bajo el amparo del famoso adagio de los “enemigos de la ley”² que parece constituir la máxima opera-

2 Esta expresión curiosa existe en toda América Latina desde México a Perú con distintas referencias autorales. Los mexicanos la atribuyen a Benito Juárez y los peruanos a Oscar Bonavides. En Brasil, no tiene una autoría definida, pero expresa la desigualdad de los individuos frente a la ley. La operación *Lava Jato*, dígame de paso, realizó una adaptación bastante engañosa de esta máxima al proponer un mote curioso, nadie está por encima de la ley, repetido varias veces por algunos de sus idealizadores principales, Deltan Dallagnol y Sérgio Moro. El problema de esta afirmación es que no supone la igualdad de la aplicación del derecho, sino apenas un movimien-

ción de la Policía Federal posterior al *Lava Jato* y de las condenas realizadas por Sérgio Moro. O sea, Brasil tuvo y aún tiene una forma cordial de tratar los delitos de sus elites como vimos recientemente en la decisión de Marco Aurélio Melo en la que elogia al acusado Aécio Neves por su carrera política. De esta manera, es necesario señalar que el derecho penal sigue este tipo de lógica, ofreciendo desde múltiples vías recursivas hasta un fuero especial para políticos y, acótese, el apartamiento con pensión integral para los delitos de los miembros del Poder Judicial. Pero el otro lado de este modelo es que, una vez relativizados los privilegios de las elites, dejan de existir las garantías individuales.

Desde 2013 existe un intento de asociar el combate a la corrupción con el aumento de los instrumentos jurídicos vinculados a tal misión, incluyendo la aprobación de la Ley 12.850 que legalizó la así llamada delación premiada, la versión brasileña del *plea bargain* del modelo judicial norteamericano. Llama la atención que el elemento central de la figura legal en una lengua señala la idea de un intercambio deshonesto y en otra la idea de un premio. No sorprende el nombre de la figura en el derecho anglosajón por un motivo principal, el *plea bargain* se refleja en la idea de contrato, es decir, en la idea de un intercambio entre dos individuos o entre un individuo y el Estado a través del que cada uno será capaz de conseguir algún beneficio. Por último, vale la pena resaltar que el objetivo del *plea bargain* entendido de forma contractual es la reducción del riesgo, para el acusado de enfrentar la pena máxima y para el Estado de no poder condenar al acusado en un tribunal. Por lo tanto, la indeterminación del juez o del jurado en el caso de no aceptación de la delación es el elemento principal que fuerza el intercambio deshonesto. Es importante destacar al respecto las limitaciones del juez y la procuraduría: las penas en los casos en que la prueba existe son muy reducidas por lo general.

Salta a la vista de cualquier observador bien informado que no es simplemente el nombre lo que diferencia a la figura legal norteamericana de la brasileña. Lo que las diferencia son dos características: el tamaño del premio que es ofrecido incluso en los casos en que el Estado tiene la prueba de la culpa, tal como estamos viendo en el caso de la Operación *Lava Jato*. Pero el otro elemento es el más importante, el poder del juez o la personalización del elemento de aceptación y de la negociación de la delación premiada.

to en el sentido de la diferenciación interna en la aplicación del derecho. En el caso del *Lava Jato* la investigación *ad nauseum* del expresidente puede justificarse de esta forma, que como sabemos desobedeció todas las garantías legales.

Desde marzo de 2014 vemos un cambio enorme de paradigma en el derecho penal brasileño a raíz de la denominada Operación *Lava Jato*, una operación conjunta entre el Ministerio Público y la Policía Federal que tiene como sede el foro de la 13ª Sala Federal de la Justicia Criminal de Curitiba. La división del *Lava Jato* en fases, realizada por la propia Procuraduría General de la República y por el juez Sérgio Moro, nos permite diferenciar las fases en que esta observó de hecho el combate a la corrupción institucionalizada, de las fases –en especial la que comenzó en la última semana del balotaje de las elecciones del 2014– en las que se convirtió en una operación política con miras a reorganizar el juego político electoral en Brasil. La primera fase puede ser considerada un avance en la investigación y en el combate a la corrupción, en la que fueron descubiertos actores vinculados a la corrupción sistémica en PETROBRAS y se adoptaron los procedimientos jurídicos pertinentes. Concluida esta primera fase, que cosechó buenos resultados, sea en relación al descubrimiento de la operación de corrupción dentro de PETROBRAS, sea en lo que toca a la recuperación inédita de activos de la empresa, se inició una segunda fase, de contenido eminentemente político, que coincidió con la campaña electoral del 2014 y que sigue hasta hoy.

Es posible percibir que la operación fue politizada con el objetivo de influenciar, en primer lugar, el proceso electoral del 2014 a través de filtraciones sobre la participación eventual de la presidenta Dilma Rousseff y del expresidente Lula en el esquema de corrupción. En este caso, lo más destacado fue la famosa tapa de una revista al final de la semana del balotaje en la que se informó acerca de una supuesta filtración de una delación premiada. El segundo elemento de politización ocurrió en el mes de marzo de 2016 con la conducción coercitiva del expresidente Lula y la posterior filtración ilegal de grabaciones. Y la tercera fase ocurre con la condena del expresidente Lula con pruebas más que dudosas. Permítanme analizar el *Lava Jato* en general para después analizar los eventos involucrados al expresidente Lula.

El principal problema de la Operación *Lava Jato* es la no separación entre el juez que conduce la investigación y el juzgamiento, no separación que se agrava por no existir en nuestro país la obligatoriedad del sistema del jurado. En un artículo reciente, publicado por *Foreign Affairs* –revista que carece de cualquier sospecha–³ un activista americano del área de los derechos humanos rastrea el origen de esta distorsión. Se trata de un sistema portugués de comienzo del siglo

3 Ver <<https://www.foreignaffairs.com/.../brazil/2017-04-19/case-lula>>.

XIX y que Portugal ya abandonó hace varias décadas. Los problemas de este sistema son evidentes: el juez investigador se familiariza con la investigación, convenciéndose de la culpa y actúa en el polo de la condena. En el caso de los Estados Unidos y de todos los países con obligatoriedad en el sistema del jurado este sistema no sería tan complicado. En síntesis, una de las grandes ventajas del sistema del jurado es que la consistencia de las pruebas tiene que ser defendida y aceptada por un conjunto de hombres y mujeres legales que no saben nada sobre el proceso y que tienen que ser convencidos de que las pruebas fueron obtenidas de forma lícita. Nada de esto es parte del repertorio de la Operación *Lava Jato*.

Sabemos que hay fuertes dudas sobre si las primeras informaciones del esquema de sobornos en PETROBRAS no fueron obtenidas a través de escuchas ilegales instaladas en la celda ocupada por Paulo Roberto Costa y Alberto Youssef. De ahí en adelante conocemos las otras ilegalidades, tales como prisiones preventivas injustificadas e intercambiadas por delaciones en las que hubo sugestión acerca de lo que quería escucharse. Si viviéramos en un país con la obligatoriedad del sistema de jurado, la procuraduría estaría ahora intentando justificar sus procedimientos conocidamente ilegales. Sin embargo, todas las pruebas que fueron utilizadas contra Lula por un juez que es parte de la investigación son declaradas legales *a priori* y no pasaron por ningún *test* en relación a la forma de cómo fueron obtenidas, a no ser en caso de apelación. Así, el derecho penal brasileño se despoja de todos los elementos de garantías que hacen parte del Estado de Derecho, en el intento no de implantar la igualdad de todos frente a la ley sino tal vez de probar que es posible condenar a cualquier persona a partir de que los acusadores y el juez estén de acuerdo.

Pero es en la manera en cómo se utiliza la delación premiada en Brasil que se encuentran las mayores amenazas al Estado de Derecho en el país. La delación premiada es parte de algo que, como mencioné anteriormente, podemos denominar “concepción contractual del derecho”. En el caso brasileño, en el que la delación premiada existe sin el sistema del jurado, la certeza de la persona presa de que el juez irá a condenarlo, convierte la delación premiada en una presión completamente indebida del Estado sobre el ciudadano. Fue esto a lo que asistimos con las declaraciones de Leo Pinheiro y Renato Duque. No hay camino posible para la libertad o para ser desencarcelado en el *Lava Jato* que no pase por la colaboración con el Ministerio Público y con el juez Sérgio Moro. Siendo así, Brasil realizó la gran hazaña de retirar la delación premiada del campo del derecho contractual y colocarlo en el campo del abuso

de las prerrogativas por individuos que ocupan cargos en el Poder Judicial. Se observó esta enorme distorsión en las delaciones mencionadas: sabiendo que la única manera de salir de la prisión preventiva era presentar evidencias contra el expresidente Lula, Leo Pinheiro elevó al paroxismo la percepción de que el *Lava Jato* opera a través de la falta de pruebas. Según Pinheiro, él habría destruido las pruebas que señalaban al expresidente Lula como el dueño del triplex de Guarujá, pero no tendría ninguna prueba sobre este hecho. El *Lava Jato*, al insistir en probar la propiedad del triplex a pesar de la ausencia de pruebas, se vale de la capacidad de chantaje embutida en la delación premiada. Y asómbrese: esta fue capaz de producir una declaración para legitimar la ausencia de pruebas, declaración que también parece poder prescindir de pruebas, pero que es una vía posible en la cual delación y derechos penales están completamente distorsionados.

En el día 12 de julio el juez Sérgio Moro condenó al expresidente Luiz Inácio Lula da Silva a más de 9 años de prisión por corrupción pasiva y lavado de dinero. La sentencia es una clara demostración de equívocos primarios cometidos por el juez y que no expresan elementos fundamentales del Estado de Derecho, en la medida en que se relativizaron tres elementos del derecho penal: la prueba de la propiedad del triplex, la prueba sobre el acto de oficio por parte de Lula y de la dirección de PETROBRAS y, por último, en la respuesta de Sérgio Moro a los abogados de Lula se prescindió incluso de la prueba que los recursos para la construcción del triplex salieron de las cuentas de PETROBRAS. Abajo realizo una discusión de tales elementos:

En primer lugar, en relación a la propiedad del triplex, Sérgio Moro hace la misma acrobacia que el Ministerio Público ya había hecho anteriormente. Menciona algunos elementos contradictorios, pero ignora fundamentalmente todos los requisitos necesarios para comprobar la propiedad y admite como centrales en la comprobación solo argumentos circunstanciales, tales como señaló un conocido columnista. O sea, el hecho de que Lula hubiera estado en el triplex o de que existiese un contrato no firmado, al revés de tornarse circunstancial se tornó fundamental, en el mismo momento en que el Ministerio Público ignoró lo fundamental, que Lula no tiene la propiedad a su nombre, que hubo intento de mostrar que el inmueble estaba a su nombre en el exterior a través de la aprehensión de documentos de Mossack Fonseca y que este intento no devino en el descubrimiento de la propiedad. Aún más grave: nunca se constató la presencia de Lula o de sus familiares allá, lo que muestra que no había ni propiedad ni uso. De este modo, la declaración de Leo

Pinheiro luego de un año de prisión se tornó fundamental y aun así se hizo sin las pruebas que de acuerdo a su testimonio habrían sido destruidas. Ahora bien, en cualquier propiedad ficticia algún documento existe y el MP no fue capaz de producir ningún documento, lo que no impidió a Sérgio Moro sellar su sentencia como probada. Tal hecho muestra todos los problemas del derecho criminal administrativo sin sistema de jurado en el que el juez puede condenar solo porque quiere. Sérgio Moro debería haber sido impedido de juzgar a Lula exactamente por estas características que ya estaban claras un año atrás, pero el juez Teori Zavaski tuvo que ceder a las presiones mediáticas relativas al hecho.

En lo vinculado al llamado acto de oficio, el juez Sérgio Moro realizó la siguiente argumentación en el párrafo 865 de la sentencia: “Basta para la configuración que los pagos sean realizados en razón del cargo aunque en intercambio de actos de oficio indeterminados, a ser cometidos en tanto las oportunidades aparezcan. Citando el Derecho Comparado, “es suficiente que el agente público entienda que de él o de ella era esperado que ejercitase alguna influencia en favor del pagador en tanto las oportunidades surgiesen” (“US vs. Di Masi”, N° 11-2.163, 1st Cir. 2013; en el mismo sentido, v.g., “US vs. Abbey”, 6th Cir. 2009, “US vs. Terry”, 6th Cir. 2013. “US v. Jefferson”, 4th Cir. 2012; todos de Cortes de Apelación Federales de los Estados Unidos)”.

Caben dos comentarios en relación a la sentencia de Moro ya que toda la fundamentación en el derecho comparado está equivocada, o por voluntad de distorsionar la tradición norteamericana o por ignorancia. En primer lugar, Sérgio Moro ignora la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos que derribó condenas por corrupción sin acto de oficio. Transcribo aquí la sentencia de apelación del exgobernador de Virginia, Robert McDonnell bastante clara sobre el asunto. Por ejemplo *McDONNELL vs. UNITED STATES* decidido el 27 de junio de 2016, y en la que la condena del exgobernador de Virginia fue juzgada por la Suprema Corte que se manifestó de la siguiente manera:

“Para condenar a McDonnell, el gobierno tenía la obligación de mostrar que el Gobernador McDonnell cometió (o concordó en cometer) un “acto de oficio” [*“official act”*] a cambio de empréstitos y regalos. Un “acto de oficio” se define como “cualquier decisión o acción sobre cualquier cuestión, objeto, causa, procedimiento o controversia, que podría en cualquier momento estar pendiente, o que la ley exigiese que fuese traído para un ocupante de cargo público, en el que tal condición o capacidad obrase con el objetivo del lucro” [18 U.S.C. § 201 (a) (3)].

Vale la pena hacer algunas observaciones en relación a la sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos para entender cómo el listón es mucho más alto en el derecho penal norteamericano. En el caso del exgobernador de Virginia fueron comprobados regalos que ni el MP ni el juez Sérgio Moro consiguieron comprobar en su caso en cuestión, a no ser que el sello de “comprobado” haya sustituido los requisitos del derecho penal. Aun así, además de un regalo o dotación tendría que comprobarse un acto de oficio correspondiente. Vale la pena también mencionar que uno de los casos citados por Sérgio Moro, el caso US vs. Di Masi, N° 11-2.163, 1st Cir. 2013 quedó comprobado el acto de oficio. Así, la incursión primaria de Sérgio Moro por el derecho comparado para anclar una sentencia imposible de ser anclada en el derecho brasileño muestra apenas su intento de distorsionar el Estado de Derecho y el derecho penal existentes en el país.

Pero lo más sorprendente fue la respuesta del juez Sérgio Moro a los embargos interpuestos por los abogados del expresidente Lula. En lo relativo a los actos específicos a través de los que los recursos de PETROBRAS habrían sido transferidos a OAS y de ahí a Lula, el juez afirma lo siguiente: “Ni la corrupción ni el lavado exigen o exigieron que los valores abonados u ocultados fuesen originarios específicamente de los contratos de PETROBRAS”.

Una vez más el juez Sérgio Moro sorprende al país y a los que se preocupan por el Estado de Derecho con afirmaciones absurdas sobre criterios utilizados para condenar a un expresidente. Después de afirmar siguiendo al MP que la propiedad del inmueble no era importante y de afirmar contrariamente a la jurisprudencia nacional e internacional que la corrupción no exige acto de oficio, él ahora afirma que no es preciso probar el origen de los recursos en PETROBRAS.

La cuestión que se coloca en el juicio de Lula por Sérgio Moro es una inversión absoluta en el derecho penal y no en vano fue Carl Schmitt quien mejor explicitó esta diferencia. O se toma como punto de partida la idea de los derechos y del castigo solo en los casos más allá de duda razonable o se toma como punto de partida la idea de la necesidad del castigo determinado por alguna característica del actor. Las palabras de Carl Schmitt al definir lo que sería la nueva jurisprudencia del nacional socialismo son claras al respecto: “la necesidad de la máxima ningún crimen sin castigo asume prioridad sobre la máxima ningún castigo en desacuerdo con la ley [...]” (Muller, 2013: 75). Es esta concepción anti Estado de Derecho que la operación *Lava Jato* está trayendo al país en el ansia de combatir la corrupción o por lo menos a la corrupción de ciertos sectores de la política. Se espera que el *Lava Jato* sea apenas un “detonador” en

una tradición más amplia que será la que prevalecerá en las instancias superiores del sistema de justicia, que saben que el camino del combate a la corrupción no permite atajos en relación al Estado de Derecho porque este es mucho mayor que lo que se encuentra en juego en esta coyuntura.

BIBLIOGRAFÍA

Buarque de Holanda, S. 1988 (1936) *Raízes do Brasil* (Río de Janeiro: Olympio) 20ª edición.

Elias, N. 1994 *O processo civilizatório* (Río de Janeiro: Zahar).

Muller, I. 2013 *Hitler's justice* (Cambridge: Harvard University Press).

Veliz, C. 1980 *The centralist tradition in Latin America* (Princeton: Princeton University Press).

Leonardo Costa de Paula*

SOBRE LA PUBLICIDAD, LA NULIDAD Y EL CONTROL DE LAS DECISIONES JUDICIALES

¿QUIÉN ESTÁ POR ENCIMA DE LA LEY?

*“No importa cuán alto estés,
la ley siempre estará por encima de ti”*

T. Fuller (Adaptación libre de
Sérgio F. Moro en la sentencia
que condena al expresidente Lula)

EL ANÁLISIS QUE SE HARÁ en el presente estudio se restringe a la relación entre publicidad, motivación y control de las decisiones judiciales y sus repercusiones a partir de la teoría de las nulidades, teniendo como objeto la divulgación del contenido resultante de las intervenciones realizadas en el ámbito de la investigación que resultó en el proceso que tiene, como uno de los acusados, al expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, en la denominada “Operación *Lava Jato*”.

La sentencia que condenó al expresidente, ampliamente difundida por los medios de comunicación social, se dedicó, en alguna medida, a esta cuestión y, por lo tanto, hay un interés indiscutible en debatir su validez, analizándose el contexto en que fue producida, sin desconsiderar la opinión manifestada académicamente por el magistrado que profirió la decisión.

Teniendo en vista que el proceso sigue en curso y no hay tránsito en juzgado, no se busca, en el presente artículo, un análisis fáctico de los elementos de prueba producidos en la instrucción procesal, sino el análisis científico y jurídico de la fundamentación de exponer la intervención telefónica del acusado, regida, por la ley y por la Constitución, por la confidencialidad, y sus repercusiones sobre el proceso y

* Doctorando en Derecho por la UFPR, profesor de la Facultad CNEC-Río de Janeiro.

sobre la imparcialidad del juzgador. ¿Son compatibles la legalidad y la sumisión de tal elemento de investigación al escrutinio de la opinión pública, saludable o no?

Se sabe que el expresidente de la República fue condenado a la pena de 9 años y medio de prisión, en un proceso que tuvo, en su origen, una investigación en la que hubo intervenciones telefónicas, cuyos audios e informes respectivos fueron divulgados parcialmente por los medios en el año 2016, a las vísperas del nombramiento de Lula para el cargo de Ministro Jefe de la Casa Civil.

La decisión de la ruptura de confidencialidad de los autos en la referida investigación, que contenía datos indiciarios recogidos por la Policía Judicial, fue fundamentada así:

Como he decidido en todos los casos semejantes de la así denominada Operación *Lava Jato*, tratando el proceso de investigación de posibles crímenes contra la Administración Pública, el interés público y la previsión constitucional de publicidad de los procesos (art. 5º, LX, y art. 93, IX, de la Constitución Federal) dificultan la imposición de la continuidad de la confidencialidad sobre los autos. El levantamiento propiciará así no solo el ejercicio de la amplia defensa por los investigados, sino también el saludable escrutinio público sobre la actuación de la Administración Pública y de la propia Justicia criminal. La democracia en una sociedad libre exige que los gobernados sepan lo que hacen los gobernantes, incluso cuando estos buscan obrar protegidos por las sombras.¹

Por la Constitución, aún en vigor, ¿es posible afirmar que el escrutinio público sobre la Administración Pública y la propia justicia criminal dificultan la imposición de la continuidad de la confidencialidad sobre los autos?

Que quede claro, no se analiza en el presente texto científico la actuación de las partes o actores involucrados, sino los fundamentos jurídicos y si hay adecuación estructurante a la Ciencia del Derecho a partir de lo que está establecido en el ordenamiento jurídico. Al final, la publicidad de las decisiones judiciales, no en vano prevista por el mismo dispositivo constitucional que consagra su motivación, sirve, también, al control de la actividad del Estado por los ciudadanos. La jurisdicción es la manifestación de un Poder del Estado y, por lo tanto, la publicidad del accionar del Estado-juez sirve, fundamentalmente a la crítica. A los saberes jurídico penal y procesal penal les incumbe la

1 En <<http://www.otempo.com.br/capa/pol%C3%ADtica/leia-decis%C3%A3o-de-moroque-retirou-sigilo-de-conversa-entre-dilma-e-lula-1.1260054>> Acceso 21 de julio de 2017.

tarea de evaluar la racionalidad de las decisiones, como mecanismo de contracción del ejercicio de poder ilegítimo.

La Constitución determina que es inviolable la intimidad, la vida privada, la honra y la imagen de las personas. Todavía se asegura el derecho a la indemnización por daño consecuente, como reza el inciso X del art. 5° de la CRFB.

El inciso XII, del art. 5°, de la Constitución, a su vez, es más claro en lo que respecta a la inviolabilidad de la correspondencia y comunicaciones telegráficas y de telefonía. Dice que solo puede romperse la confidencialidad por orden judicial y solamente en las hipótesis que “la ley establece **para fines de la investigación criminal o instrucción procesal**” (énfasis nuestro).

El constituyente originario solo permitió el levantamiento de la intimidad para una finalidad específica: la investigación criminal o la instrucción procesal. Entonces, por el texto constitucional, no hay ninguna rectificación acerca del escrutinio público y, menos aún, sobre la posibilidad de que los gobernados puedan saber lo que piensan o dicen los gobernantes.

Es cierto que aquello que hacen los gobernantes debe estar bajo la regencia del principio de la legalidad. Cualquier individuo que, en el ejercicio de una función pública, encarne el Estado, se encuentra vinculado a este principio, también nombrado principio de la conformidad.

Jurídicamente, no hay base legal que justifique el levantamiento de un proceso con contenido confidencial, oriundo de comunicación telefónica, para que se preserve un saludable escrutinio público. La Constitución no prevé esta hipótesis cuando establece el ámbito de protección del derecho fundamental respectivo y prevé la posibilidad de su limitación.

La Ley 9.296/96 introduce la disposición expresa acerca del régimen de intervención telefónica, su finalidad y límites. El artículo 8° impone que la interceptación correrá en autos apartados, con atención especial para que se preserve “la confidencialidad de las averiguaciones, grabaciones y transcripciones respectivas”. Independientemente de dónde estén estos documentos, ya que se derivan de ahí, la confidencialidad se extiende para el proceso, para el recurso eventual, y así sucesivamente. El Supremo Tribunal Federal se manifestó sobre este punto con la máxima: frente al derecho a la privacidad, la libertad de prensa nunca va a imperar (*Conjur*: 2006).

La prueba producida solo puede instruir el proceso, y tiene en su esencia la preservación de la confidencialidad. O se mantiene eso, o la prueba es inútil y, en este caso, dice la ley que debe ser descartada, inclusive en presencia de la defensa.

La República se diferencia de los regímenes despóticos en la separación del príncipe por el principio. Un principio rige al Estado: el de la legalidad. La cosa pública está separada del gobernante, sometiéndose a su accionar conforme a la ley, mientras que los particulares deben obrar de forma compatible a la ley, o sea, lo que no está prohibido es lícito.

El ente público debe obrar bajo escrutinio del principio de la estricta legalidad. ¿Qué quiere decir esto? Que el Estado solo puede hacer lo que la ley define, y en la forma de la ley, es decir, conforme a la misma (De Miranda Coutinho, s/f).

En la estructura del Derecho Procesal, el análisis sobre la legalidad corresponde inmediatamente a la identidad de la Nulidad. Nulidad, por la propia palabra, es la cualidad de no ser nada (Costa de Paula, 2013), muy a pesar de estar establecida en la doctrina y la jurisprudencia –arraigadas a una identidad *pseudo* teórica de la Teoría General del Proceso– la concepción equivocada, de la nulidad en cuanto a in intento inútil de salvar la estructura del acto producido. Lo correcto y constitucionalmente posible para la teoría de las nulidades, en el campo del proceso penal, es preservar el acto, de que se haya seguido la ley, de que se haya sido conforme a la ley.

Es esto lo que da cuerpo al Debido Proceso Legal. Nadie podrá ser impedido de sus bienes o libertad sin aquello que esté definido en la propia ley, que establece el accionar estatal frente al individuo.

¿Hay alguna previsibilidad para que se levante la confidencialidad de las intervenciones telefónicas? No, no hay ninguna posibilidad o previsibilidad para esto en las definiciones legales o Constitucionales.

Ahora, si no existiese esta previsión, ¿podría un ente público someter al escrutinio saludable de la población alguna intervención? No, dado que la confidencialidad es indispensable para que no exponga la intimidad de las personas, independientemente de lo que puede pensar el público sobre esto. El papel del Derecho es justamente la preservación del uno contra todos, o sea, contramayoritario. No es en vano que se protege al acusado de linchamientos públicos, dado que esta no es la forma definida en la ley. En manifestación de opinión académica, hace más de diez años, el magistrado (Moro, 2004) que profirió la decisión analizada consideró saludable, en la realidad italiana de la denominada *Mani Pulite*, la divulgación, por la prensa, de las informaciones producidas en las investigaciones, entendiéndolo, entre otras razones, garantizar “el apoyo de la opinión pública a las acciones judiciales”, no obstante “el riesgo de lesión indebida a la honra del investigado o acusado”.

Antoine Garapon (2001: 66) afirma, sobre la realidad francesa del último cuarto del siglo XX, que:

Algunos individuos aprovechan los medios para emanciparse de cualquier tutela jerárquica. [...] ¿Un juez se considera perjudicado por su jerarquía? Él apela inmediatamente al arbitraje de la opinión pública. Todas las anulaciones procesales son purgadas por esta instancia de recurso salvaje que los medios representan, y los argumentos técnicos del derecho o los procesales no tardan en revelarse a la opinión pública como argucias, astucias, desvíos inútiles, que impiden a la verdad “salir a la luz”.

Y Garapon (2001: 68) continúa, quirúrgicamente: “En ambos casos –de los jueces y de la prensa– las infracciones a la norma del secreto de la instrucción son justificadas por las fallas del sistema jurídico. Por eso es que el juego actual entre justicia y medios es perverso: cada uno encuentra la absolución de su transgresión en la transgresión del otro”.

Acerca de la sumisión del ente público al principio de la legalidad Garapon arremete: “Tal actitud, raramente denunciada por aquellos que debían sancionarla –los magistrados que en ella participan–, se revela extremadamente peligrosa, inclusive para la moral: ella incentiva el cinismo y la hipocresía” (ídem: 69). Y concluye: “De nada sirve invocar el orden jurídico a diestra y siniestra, cuando se toman más distancias respecto al puro y simple derecho” (*ibídem*: 69).

Don't throw the child with the dirty water, refiere una antigua expresión inglesa. En la época de los baños, en abril, por lo que se acostumbraba decir en las historias, los bebés tomaban el baño por último, en el agua ya sucia. Al despejar el contenido del agua, como estaba muy enturbiada, podía correrse el riesgo de tirar el agua del baño con el bebé adentro.

No se puede subvertir la publicidad para algo más allá de lo que debe ser. Los entes públicos, por cierto, deben ser controlados y, tal vez, incluso por esto, se justifica la existencia de procesos para el análisis de un caso penal. Sin embargo, es cierto que los actos que deben ser controlados, en el curso del proceso, antes que todo son los del propio juez, ya que este es quien desarrolla el Poder estatal.

Conforme Gabriel Anitua (2003: 362), es indispensable que los actos que se debe controlar, en la justicia penal, son los actos estatales derivados de ahí, puesto que es importante que los ciudadanos puedan conocer los fundamentos de las decisiones y que puedan opinar y criticarlas. Concluye el autor que “El control a través de la publicidad permitirá ver la selección que realiza el legislador penal, pero también la que efectivamente concretan las instancias de aplicación del sistema penal”.

Para responder las indagaciones iniciales, es preciso observar que la publicidad en el proceso penal sirve para preservar a los ciudadanos

frente al abuso estatal. No se puede subvertir este principio, pues se arrojaría fuera el agua con el bebé adentro. O sea, bajo el argumento de protección del Estado de Derecho, en verdad lo que se puede hacer es darle fin.

Un juez que obra al margen de la ley no puede juzgar al acusado al que sometió a un tratamiento no previsto en ley y, además, que lo sometió a una instancia mediática de juzgamiento para huir del control jerárquico.

De análisis hipotético de los posibles hechos identificados aquí, es perceptible que un magistrado, en una Democracia, no puede subvertir lo democrático frente a aquello que lo torna juez. O sea, frente a la ley.

La ley está no solo por encima del acusado, sino que antes que todo, está por encima que el juez. Es la ley lo que lo define. Si este barco hace agua, no hay acusado o juez, no hay Estado, solamente se alcanzarán las profundidades y, en este caso, el Leviatán se devorará a sí mismo.

BIBLIOGRAFÍA

Anitua, G. I. 2003 *Justicia penal pública. Un estudio a partir de la publicidad de los juicios penales* (Buenos Aires: Editores del Puerto).

Conjur 2006 “Justiça confirma veto ao vídeo de Cicarelli na Internet” en <http://www.conjur.com.br/2006-set-28/justica_confirma_veto_video_cicarelli_internet> Acceso 21 de julio de 2017.

Costa de Paula, L. 2013 *Nulidades no processo penal brasileiro: sua compreensão por meio da afirmação do direito como controle ao poder de punir* (Curitiba: Juruá).

De Miranda Coutinho, J. N. s/f “Conceitos jurídicos indispensáveis. Palestra proferida na EMERJ” en <<http://www.youtube.com/watch?v=nTyRuwSHFbI>> Parte 1. Acceso 9 de julio de 2017.

Garapon, A. 2001 *O juiz e a democracia: o guardião das promesas* (Río de Janeiro: Rovam) 2ª edición.

Moro, S. F. 2004 “Consideracoes sobre a Operacao Mani Pulite” en *Conjur* (Brasilia) R. CEJ Nº 26: 56-62, jul.-set. En <<http://s.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>>.

Leonardo Isaac Yarochevsky*

SOBRE LA INCOMPETENCIA DE UN JUEZ SOSPECHOSO

LA SENTENCIA QUE CONDENÓ al expresidente de la República Luiz Inácio Lula Da Silva a una pena de 9 (nueve) años y 6 (seis) meses de reclusión, además de una multa, fue dictada por un juez incompetente y sospechoso. Sin embargo, en la propia sentencia, aunque el juez federal Sérgio Fernando Moro, en alrededor de 20 (veinte) páginas, haya dicho lo contrario e intentado por todas las formas de justificar su “*imparcialidad*”, así como la “*competencia*” para juzgar al expresidente Lula, no quedan dudas de que la condena de Lula deberá ser anulada para que sea restablecida la confianza en el Poder Judicial y en la propia Democracia.

1. SOBRE LA INCOMPETENCIA

A) SOBRE LA *INCOMPETENCIA* DE LA JUSTICIA FEDERAL DE LA SUBSECCIÓN JUDICIAL DE CURITIBA, PR PARA EL PROCESAMIENTO Y JUZGAMIENTO DE LOS CRÍMENES DE *CORRUPCIÓN PASIVA Y LAVADO DE DINERO*, IMPUTADOS AL EXPRESIDENTE LULA

En Brasil, el juez Federal Sérgio Moro, de la 13ª Sala Federal Criminal de Curitiba, según observa Paulo Moreira Leite (2015), es la

* Abogado, profesor de Derecho Penal. Máster y doctor en Ciencias Penales (UFMG).

“autoridad que autoriza encarcelar y soltar, castigar y punir, vigilar y perseguir”.

Como es notorio en relación a la operación “*Lava Jato*”, la “competencia” del juez Federal Sérgio Moro pasó a ser universal. El juez del “*Lava Jato*” pasó a ser competente para procesar y juzgar todo y cualquier hecho ocurrido en el territorio brasileño, siempre que así lo quiera, con la colaboración indispensable de los procuradores de la República del “Comando de operaciones”.

En la Constitución de la República, observa la inminente Defensa del expresidente Lula:

Las reglas de *competencia* son garantías consecuentes al principio constitucional del juez natural, esculpido en la Constitución de la República en el art. 5º, incisos XXXVII y LIII. El primer dispositivo asegura que no habrá juicio o tribunal de excepción y el segundo que nadie será procesado por autoridad incompetente.

Veamos:

Art. 5º [...]

XXXVII – No habrá juicio o tribunal de excepción;

LIII – Nadie será procesado ni sentenciado sino por la autoridad competente [...].

En lo que se refiere a la violación del principio del juez natural y la incompetencia del juez Federal Sérgio Moro, Maria Lúcia Karam es categórica al decir que:

Todas las alteraciones totalitarias del proceso penal brasileño, registrados de forma especialmente elocuente en los procedimientos relativos a las acciones penales de naturalezas cautelar y condenatoria, reunidas bajo la denominación mediática de “operación *Lava Jato*”, vienen siendo conducidas, en primer grado, por un juez incompetente. Valiéndose de una prevención inexistente, cuando ni abstractamente podría ser identificada su competencia, el juez de la 13ª Sala Federal de Curitiba, menospreciando el principio del juez natural, se transformó voluntariamente en una especie de “juez universal”, destinado mesiánicamente a poner fin a la corrupción en Brasil.¹

Más adelante, Maria Lúcia Karam concluye:

1 En <<http://www.emporiiododireito.com.br/a-midiatica-operacao-Lava-Jato-e-a-totalitaria-realidade-do-processo-penal-brasileiro>>.

Tal vez esté aquí la “madre” de todas las violaciones cotidianamente explicitadas en la mediática “operación *Lava Jato*”. El juez que obra ilegítimamente, rompiendo los amarres impuestos por el principio del juez natural, no tendrá pruritos en seguir avanzando en el menosprecio a otros principios y garantías inscritas en normas constitucionales y en declaraciones internacionales de derechos humanos.²

Refiriéndose a los equívocos en relación a la competencia del juez Sérgio Moro en el “*Lava Jato*”, Afrânio Silva Jardim (2017) destaca que:

En el caso del “*Lava Jato*”, la única conexión posible entre infracciones, considerando los varios procesos, sería la llamada conexión instrumental o probatoria, regulada en el inc. III, del art. 76 del Cod. Proc. Penal, que tiene la siguiente redacción: “cuando la prueba de una infracción o de cualquiera de sus circunstancias elementales influye en la prueba de otra infracción”. No se trata aquí de una prueba común a dos crímenes, sino de una cuestión perjudicial homogénea. Por ejemplo: el hurto es conexo al recibimiento pues, si no hubiera habido hurto, jurídicamente no podrá haber recibimiento (adquirir una cosa de origen ilícita).³

Esta alteración respecto al proceso penal, notoriamente, en lo que tiene que ver con la “competencia” del juez de la 13ª Sala Federal Criminal de Curitiba para procesar de forma conveniente y arbitraria a toda y cualquier persona, en nombre del espectáculo mediático, ha servido de combustible para aquellos que integran la “República de Curitiba”. Si la 13ª Sala Federal no hubiera usurpado la “competencia” para procesar y juzgar a quien quiera que sea –en una nítida violación a los principios que rigen la materia– tal vez la “República de Curitiba” no existiese o por lo menos no sería tan omnipresente y omnipotente.

Según sustentan los procuradores de la República, la responsabilidad del expresidente Lula está, entre otras cosas, en el hecho de haber indicado –y no indicado, ya que la indicación compete y es acto privativo del Consejo de Administración– en calidad de presidente de la República–, a tres directores de PETROBRAS, supuestamente teniendo el entonces presidente el conocimiento de que los cargos serían ocupados con la finalidad de cometer crímenes en perjuicio de la Administración Pública.

2 Ídem.

3 En <<https://dialogosessenciais.com/2017/02/07/equivocos-em-relacao-a-competencia-do-juiz-Sergio-moro-na-chamada-operacao-Lava-Jato-por-afranio-silva-jardim/>>.

Resulta cierto que, en tanto Presidente de la República, Lula practicaba los actos inherentes a su función en la Capital Federal de Brasilia. A su vez, según la norma del art. 70 del Código de Proceso Penal “la competencia será, de norma, determinada por el lugar en que se consuma la infracción [...]”, por lo que en el caso referido, como el relato hace creer a los acusadores de la República, Brasilia (DF) es el lugar en tesis donde fueron cometidos los crímenes. En ninguna hipótesis lo es la agradable ciudad de Curitiba, capital del próspero estado de Paraná.

Destaca la laboriosa defensa del expresidente Lula que:

A pesar de haber intentado el Ministerio Público en conectar los hechos denunciados a la supuesta organización criminal en detrimento de PETROBRAS, con la intención de configurar una –inexistente– conexión, esto no basta. Incluso porque, este tema, como ya se expuso encima, es objeto de investigación del Supremo Tribunal Federal y este órgano judicial *no puede emitir juicio* al respecto del asunto, como lo asentado en el juzgamiento de la Solicitud N° 25.048.

En relación al crimen de lavado de dinero atribuido al expresidente Luiz Inácio Lula Da Silva, la situación no es muy diferente de lo que ya se dijo en relación al crimen de corrupción pasiva. En la visión miope de los procuradores de la República, el supuesto lavado de dinero ocurrió, como bien explica la Defensa en sus alegatos finales, por las siguientes prácticas:

- a. Supuesta adquisición de un departamento tríplex en Guarujá, SP;
- b. Supuesta personalización de un departamento tríplex en Guarujá, SP;
- c. Supuesta decoración de un departamento tríplex en Guarujá, SP;
- d. Supuesto pago de valores referentes a un contrato de almacenamiento de bienes, firmado en San Pablo, SP.

Como bien Señala Afrânio Silva Jardim (2017),

De esta manera, un crimen consumado en San Pablo, en Brasilia o en Río de Janeiro, aunque tenga alguna relación con la corrupción en el ámbito de PETROBRAS S.A., no tiene por qué ser procesado y juzgado por el juez Dr. Sérgio Moro, en un nuevo proceso. Este crimen, aunque fuera conexo con el primero, lo que determinó la competencia de este magistrado, ya no podrá ser procesado y juzgado en conjunto al originario. Vale decir, no cabe ampliar la competencia de la 13ª Sala Federal de Curitiba para procesar y juzgar crímenes consumados fuera de su sección judicial. Tal ampliación de competencia no se justifica, en la

medida en que no es más posible la unidad del proceso y de juzgamiento conjunto. Es hasta intuitivo.⁴

Todos, absolutamente todos los hechos imputados al expresidente Lula habrían ocurrido en el estado de San Pablo. ¿Cuál razón, entonces, indaga la Defensa, “hay para explicar el motivo de que todos estos hechos sean investigados y juzgados en Curitiba, en el estado de Paraná? ¿Megalomanía jurisdiccional? ¿‘Pantagruelismo’ judicial?”.

B) SOBRE LA INCOMPETENCIA PARA JUZGAR CRÍMENES COMETIDOS CONTRA SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA

En relación a las acusaciones de corrupción imputadas al expresidente Lula, se nota que provendrían de tres contratos firmados entre el Grupo OAS y PETROBRAS, de igual modo los lavados de dinero tendrían como crímenes antecedentes los cometidos en detrimento de la propia PETROBRAS (sociedad de economía mixta).

Destacó la Defensa en alegatos finales que siendo “PETROBRAS una sociedad de economía mixta, conforme el artículo 61 de la ley fundadora vigente –Ley N° 9.478/97, y poseyendo *personalidad jurídica de derecho privado, no compete a la Justicia Federal juzgar los supuestos crímenes cometidos en su detrimento*”.

La jurisprudencia, inclusive del Excelso Supremo Tribunal Federal, es harta en lo que se refiere a la competencia para juzgamiento en relación a casos en que se involucra una sociedad de economía mixta.

Aunque los crímenes imputados por la acusación, en teoría, hayan sido cometidos en el ámbito de PETROBRAS –lo que podría llevar a creer en un eventual interés de la Unión que podría justificar la competencia de la Justicia Federal– es necesario destacar que “todos los hechos eventuales involucraron solamente a particulares”.

2. DE LA SOSPECHA DEL JUEZ FEDERAL TITULAR DE LA 13ª SALA FEDERAL DE CURITIBA, PR

Según el Código de Proceso Penal:

Art. 564. La nulidad ocurrirá en los siguientes casos:
I – Por *incompetencia, sospecha* o soborno del juez [...].

Quedó en evidencia durante todo el proceso que el juez Federal Titular de la 13ª Sala Federal de Curitiba, PR adoptó una enemistad capital

4 Disponible en: <<https://dialogosessenciais.com/2017/02/07/equivocos-em-relacao-a-competenciado-juiz-Sérgio-moro-na-chamada-operacao-Lava-Jato-por-afranio-silva-jardim/>>.

con la parte (art. 254, I del CPP), como también perdió la imparcialidad necesaria para juzgar al expresidente Lula.

Se advierten innumerables medidas tomadas contra el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, que van desde la innecesaria y arbitraria conducción coercitiva de Lula hasta el levantamiento de la confidencialidad de diálogos grabados ilegalmente entre el expresidente Lula y la entonces presidenta de la República Dilma Rousseff –con clara violación de la competencia del Supremo Tribunal Federal– pasando, también, por la intervención telefónica de los terminales de titularidad del expresidente Lula, familiares y abogados, en nítida afronta a las normas de la Ley N° 9.296/96 y a la garantía constitucional de inviolabilidad de las comunicaciones (CF/88, art. 5°, XII) entre otras.

Geraldo Prado observa que la *Corte de Estrasburgo* señala que la confianza del ciudadano en los Tribunales de Justicia está, en gran parte, basada en el *principio de la imparcialidad*. En igual sentido se ha pronunciado la Corte Internacional de Derechos Humanos (CIDH), para la que la parcialidad, aunque sea observada solo objetivamente, invalida por completo el proceso penal (Prado, 2016).

Con toda lucidez, Jacinto De Miranda Coutinho (2011) afirma que:

La democracia –comenzando por la procesal– exige que los sujetos se asuman ideológicamente. Por esta razón, no se exige que el legislador, y en consecuencia el juez, sea tomado completamente por neutro, pero sí que busque, a la vista de los resultados prácticos del derecho, asumir un compromiso efectivo con las reales aspiraciones de las bases sociales. No se exige más la neutralidad, sino la asunción clara de una postura ideológica, es decir que sean retiradas las máscaras hipócritas de los discursos neutrales, el que comienza por el dominio de la dogmática, aprehendida y construida en la base de la transdisciplinariedad.

Se verifica, en este sentido, que el expresidente Lula viene siendo tratado por el juez Federal Sérgio Moro como *enemigo*, y como *enemigo* les es negada a Lula la condición de persona. A él (*enemigo*) se le niegan los derechos y las garantías fundamentales. De tal modo, el concepto de *enemigo* jamás se compatibiliza con el Estado de Derecho. El concepto de *enemigo* es propio de un Estado de excepción o de una *guerra*.

Refiriéndose al enemigo en el derecho penal, Zaffaroni (2007: 11) asevera que:

El poder punitivo siempre discriminó a los seres humanos y les dio un tratamiento punitivo que no correspondía a la condición de *personas*, ya que los consideraba solo como *entes peligrosos o dolosos*. Estos seres humanos son señalados como *enemigos* de la sociedad y, por consi-

guiente, se les niega el derecho a tener sus infracciones sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal, es decir, de las garantías que hoy el derecho internacional de los derechos humanos establece universal y regionalmente.

Es lamentable para el Estado democrático de derecho que –incluso comprometido políticamente y revelando a lo largo de todo el proceso su parcialidad y predisposición para condenar a Lula– el juez federal de la 13ª Sala de Curitiba Sérgio Fernando Moro no se dé por *incompetente* y *sospechoso* contra todas las evidencias, y acabe condenando a Luiz Inácio Lula Da Silva, a pesar de estar probada su INOCENCIA. Afortunadamente, no es sin razón que la Constitución de la República asegura el doble grado de jurisdicción a fin de que las sentencias teratológicas sean reformadas, sin perjuicio de recurso propio, incluso, a las Naciones Unidas si es necesario.

BIBLIOGRAFÍA

- Moreira Leite, P. 2015 *A outra história da Lava Jato* (San Pablo: Geração Editoria).
- Prado, G. 2016 “Entre a imparcialidade e os poderes de instrução no caso Lava Jato: para além da iniciativa probatória do juiz” en *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (San Pablo: Revista dos Tribunais) Año 24, N° 122, agosto.
- De Miranda Coutinho, J. N. 2001 “O papel do novo juiz no processo penal” en De Miranda Coutinho, J. N. (org.) *Crítica à teoria geral do direito processual penal* (Río de Janeiro: Renovar).
- Zaffaroni, R. E. 2007 *O inimigo no direito penal* (Río de Janeiro: Revan) Trad. de S. Lamarão.

Liana Cirne Lins*

VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

ALTERACIÓN DE LA IMPUTACIÓN Y NULIDAD DE LA SENTENCIA CONDENATORIA DE LULA

EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA o principio de correlación entre la imputación y la sentencia es uno de los elementos más relevantes para asegurar la imparcialidad inherente a la garantía del juez natural.

Bajo la cláusula general del debido proceso legal, cláusula que fue construida históricamente como respuesta a la formación del monopolio de la jurisdicción por el Estado,¹ con la consecuente supresión del derecho inmanente a cada persona de defenderse contra ataques injustos a través de la autotutela, vedada y criminalizada en orden de asegurar el monopolio de la jurisdicción estatal.

* Profesora adjunta de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Pernambuco. Doctora en Derecho Público (UEPE) y máster en Instituciones Jurídico Políticas (UFSC). Abogada. Columnista de *Mídia Ninja*.

1 La seguridad jurídica que se consolidó paulatinamente no se dio a la luz de un proceso que coincidió con la concentración progresiva de las actividades inherentes a la jurisdicción por el príncipe. Por el contrario, la formación histórica del monopolio de la jurisdicción siempre correspondió a la necesidad de ampliación de los poderes del príncipe. La asociación entre la seguridad jurídica y el primado de la ley atendió a intereses históricamente demarcados la superación del pluralismo jurídico de cuño feudal a los que atendía una escuela de la exégesis que creía que el sentido de la ley era un dato acabado y anterior a la interpretación. Cf. Weber, (1997: 621 y ss.).

Al vedarse la autotutela, el Estado debió asegurar en contrapartida un proceso justo, con derecho a la defensa y participación de las partes mediante la producción de pruebas y argumentos que deben ser tenidos en consideración en la decisión, examinados necesariamente por un juez imparcial (Dos Campos Velho Martel, 2005: 16 y ss.).

La imparcialidad no es un estatus inherente a la profesión del juez: es un ejercicio de distanciamiento crítico frente al objeto de su juzgamiento. Tampoco la imparcialidad es un mero *topos* retórico, sino efectivamente un presupuesto procesal de validez que condiciona la actividad jurisdiccional.

En la era del declive de la imparcialidad en nombre de un activismo judicial mediático, no está de más recordar una de las nociones más importantes de la teoría general del proceso: lo *propium* de la jurisdicción es la imparcialidad, conforme la clásica lección de Chiovenda (1965: 296).

Lo que justifica el poder del Estado para decir, en última instancia y mediante el uso de la fuerza, cómo deben comportarse las personas es el hecho de que el Estado lo hace imponiendo el derecho al caso concreto de modo justo.

Si le fuese permitido al Estado imponer un comportamiento sin observancia del debido proceso legal y sin garantía de un juez natural e imparcial, estaríamos frente a un modelo de organización estatal de cuño autoritario, marcado por la resolución de conflictos mediante el uso de fuerza bruta.

La teoría del proceso crea entonces subprincipios capaces de otorgar materialidad a sus principios más generales. Es el caso de la prohibición de la innovación vinculado al pedido de prestación jurisdiccional, vedadas decisiones *extra, ultra y cita petita*:

La razón fundamental que legitima el principio dispositivo es la preservación de la imparcialidad del juez, presupuesto lógico del propio concepto de jurisdicción. Dificilmente el juez tendría condiciones de mantenerse neutro e imparcial, si la ley le confiriese plenos poderes de iniciativa probatoria, pues en la medida en que el magistrado abandonase la condición de imparcialidad que la función jurisdiccional presupone, para involucrarse en la búsqueda y determinación de los hechos de la causa, de cuya prueba la parte se haya desinteresado, ciertamente él podría correr el riesgo de comprometer la propia imparcialidad (Baptista da Silva, 2008: 47; Vol. 1. T. 1).

En sentido idéntico, la lección clásica de la teoría del proceso:

Es verdad que el juez puede dar definición jurídica diversa al hecho delictivo en que se funda la acusación, aunque de ahí se derive la apli-

cación de una pena más grave. Pero en estos casos, observando el principio contradictorio, no se caracteriza juzgamiento *ultra petita* y sí la libre enunciación del derecho objetivo por el juez, en virtud del concepto *jura novit curia*. Lo que vincula efectivamente al juez, delimitando el campo de su poder de decisión, no es el requerimiento de condena por una determinada infracción penal, sino la determinación del hecho sometido a su indagación (Araújo Cintra, Pellegrini Grinover y Dinamarco, 2008; énfasis nuestro).

LA ACUSACIÓN: PETROBRAS COMO EPICENTRO DEL DOCUMENTO ACUSATORIO

La acusación se funda en dos presupuestos fácticos distintos, siendo uno antecedente lógico y cronológico del hecho posterior.

El primer hecho reputado criminal, en los términos de la acusación del MPF, sería la participación consciente y voluntaria del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva en un esquema criminal de corrupción pasiva que involucra a PETROBRAS, en donde el mismo habría solicitado, aceptado promesa y recibido, directa e indirectamente, para sí y para otros, ventajas indebidas, las que habrían sido, por otro lado y de modo convergente, ofrecidas y prometidas por Leo Pinheiro y Agenor Medeiros, ejecutivos del Grupo OAS, para que estos obtuviesen beneficios para el CONSORCIO CONPAR, contratado por PETROBRAS para la ejecución de TRES obras: Refinería Getúlio Vargas – REPAR (HECHO 01); implantación de las UHDT y UGH de la Refinería Abreu e Lima –RNEST (Hecho 02), y para la implantación de las UDA de la Refinería Abreu e Lima –RNEST (Hecho 03).² Estos tres hechos componen el núcleo esencial que sirve de soporte a la denuncia del MPF.

Por más vagos que se muestren, sobre todo en cuanto a la descripción de cómo tales hechos ocurrieron, restringiendo la participación supuestamente criminal del expresidente Lula a su presencia en cenas y reuniones –algo que es completamente ordinario en las atribuciones de un jefe del ejecutivo federal y no autorizaría, ni aun con los dotes imaginativos dignos de un film de David Lynch, a la conclusión de que Lula habría comandado el esquema de corrupción en cuestión–, aun así la denuncia, en cuanto al crimen de corrupción, fue claramente delimitada a aquellos tres eventos directamente ligados a PETROBRAS.

Como hecho criminal posterior, consecuente al primero, estaría el crimen de lavado de dinero. En la página 94 del documento acusatorio, el Ministerio Público Federal (MPF) presenta en el ítem 3.2,

2 Cf. Denuncia del MPF, p. 50. Disponible en: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-deimpressao/docs/DENUNCIALULA.pdf>> Acceso 01 de julio de 2017.

bajo el título “Sobre la corrupción y lavado de dinero por intermedio de la adquisición, personalización y decoración del triplex en el Condominio Solaris en Guarujá, SP”, como soporte fáctico que sirve de fundamento a su pretensión condenatoria hacia los acusados Lula y Marisa Letícia, los hechos de que estos habrían recibido ventaja indebida, disimulado y ocultado el origen, el movimiento, la disposición de la propiedad de R\$ 2.424.990,83369 *provenientes de los crímenes de cartel, fraude de licitación y corrupción cometidos por los ejecutivos de la Constructora OAS en detrimento de PETROBRAS*, por medio (i) del ocultamiento de la propiedad del departamento 164-A del Condominio Solaris; (ii) de la transferencia de R\$ 926.228,82731, para hacer frente a las reformas estructurales y de finalización realizadas en el inmueble; (iii) de la transferencia de R\$ 350.991,05372, para costear la adquisición de muebles de decoración y de electrodomésticos para el referido departamento.³

El hecho posterior –lavado de dinero– sería un consecuente lógico del primer hecho reputado criminal, la corrupción junto a PETROBRAS.

LA SENTENCIA: CONDENA DE LULA SIN RECONOCIMIENTO DE QUE LAS VENTAJAS INDEBIDAS HABRÍAN PROVENIDO DE PETROBRAS

A despecho de la delimitación fáctica que fundamenta la denuncia es precisa en cuanto a lo que los hechos criminales dicen directamente sobre PETROBRAS, específicamente en relación a los tres contratos referidos, el juez Sérgio Moro entendió que tales hechos no deberían ser objeto de dilación probatoria, ya que interpretó que tales hechos, a pesar de no componer expresamente la totalidad de la denuncia, constituyen su eje central, no serían relevantes. 199. En la decisión del 28/10/2016 (evento 114), las pericias fueron desconsideradas pues “*no hay afirmación, en principio, en la denuncia de que exactamente el dinero recibido por el Grupo OAS en los contratos con PETROBRAS fue destinado específicamente en favor del expresidente*”.⁴

Ahora bien, la cita textual de la denuncia, en los términos en que es formulada por el MPF, es lo opuesto a lo que afirma el juez. Como se ha visto, hay una afirmación de que Lula habría participado de modo consciente y voluntario “de los crímenes de cartel, fraude de licitación y corrupción cometidos por los ejecutivos de la Constructora OAS en

3 Cf. Denuncia del MPF, p. 94. Disponible en: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/DENUNCIALULA.pdf>> Acceso 01 de julio de 2017.

4 Cf. Sentencia, p. 38. Disponible en: <http://conteudo.imguol.com.br/c/noticias/pdf/sentenca_lula.pdf> Acceso 12 de julio de 2017.

detrimento de PETROBRAS”. Sin embargo, en sede de decisión de los embargos de declaración opuestos a la sentencia, el juez Sérgio Moro clarificó su razonamiento:

Este Juez jamás afirmó, en la sentencia o en otro lugar, que los valores obtenidos por la constructora OAS en los contratos con PETROBRAS se utilizaron para el pago una ventaja indebida al expresidente.

Por otra parte, ya en el curso del proceso, este Juez, al desestimar por innecesarias las pericias requeridas por la Defensa para rastrear el origen de los recursos, ya había dejado en claro que no existía esa correlación (artículos 198-199).

Ni la corrupción, ni el lavado, siendo la corrupción el crimen antecedente, exigen o exigirían que los valores pagados u ocultados fueran originarios específicamente de los contratos de PETROBRAS.⁵

Que la verdad sea dicha. Ahora tiene un mínimo de sentido la restricción del derecho de producir pruebas requeridas por la defensa: el juez no había comprendido la delimitación fáctica en la cual debería permanecer la actividad instructora.

CONCLUSIÓN: NULIDAD ABSOLUTA DE LA SENTENCIA POR LA VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Como se vio, la actividad judicial cognitiva y declaratoria queda delimitada estrictamente por los pedidos de la parte y sus fundamentos, delimitando el campo decisorio, no cabiéndole al juez modificar los hechos sometidos a su indagación, bajo pena de afronta al principio de la congruencia.

Frente a la ausencia de pruebas de vinculación de Lula en la práctica y beneficio de las actividades ilícitas de corrupción ligadas a PETROBRAS e incluso con el reconocimiento expreso de que tal prueba no sería posible, en lugar de juzgar improcedente la denuncia, consecuencia lógica de lo que se afirmó en la pág. 38 de la sentencia y en la decisión de los embargos de la declaración, alteró y reformó la denuncia, alterándole los fundamentos fácticos, en lugar de dictar sentencia absolutoria.

La significativa alteración en el plano fáctico implica una apertura obligatoria en vistas al Ministerio Público para que añada la denuncia y adecúe la previsión típica presentada, bajo pena de violación de la sujeción entre el objeto de la sentencia y la petición de la acción penal.

⁵ Ítem 3.g de la decisión en embargos de declaración opuestos a la sentencia. Disponible en: <<http://estaticog1.globo.com/2017/07/18/Evento981-DESPADEC1.pdf>> Acceso 19 de julio de 2017.

El juez Podría haber intimado al MPF para que este se manifestara acerca de la oportunidad o no de promover la *mutatio libelli* prevista en el art. 384 del CPP o incluso nueva acción penal, ajustada a los hechos que el juez reconoció, correspondiendo al órgano ministerial ejercitar su *opinio actio*. Pero jamás podría haber suprimido la iniciativa ministerial, actuando, a la vez, como acusador y juez, como lo hizo, alterando por iniciativa propia los términos de la imputación.

Al hacerlo, violó el principio irrenunciable de la congruencia, garante de la imparcialidad, y se colocó doblemente en lugar de acusador y juez, siendo inválida la sentencia así dictada, en la medida en que es absolutamente nula la decisión.

BIBLIOGRAFÍA

- Araújo Cintra, C.; Pellegrini Grinover, A.; Dinamarco, C. 2008 *Teoria Geral do Processo* (San Pablo: Malheiros).
- Baptista da Silva, O. 2008 *Curso de Processo Civil* (Río de Janeiro: Forense) Vol. 1. T. 1.
- Chiovenda, G. 1965 *Principii di Diritto Processuale Civile* (Nápoles: Jovene).
- Dos Campos Velho Martel, L. 2005 *Devido Processo Legal Substantivo: Razão abstrata, função e características de aplicabilidade* (Río de Janeiro, Lumen Juris).
- Weber, M. 1997 *Economía y Sociedad*. (México: FCE).

Luís Carlos Moro*

EL SUPERYÓ A SER SUPERADO

1. LOS LÍMITES DEL PRESENTE ARTÍCULO Y LA ILIMITACIÓN DE LA SENTENCIA

En medio de una obra de tamaño longitud, en la que contribuye una mirada de juristas, compuesta, en gran mayoría, por colegas de notorio conocimiento específico en materia penal, considerando las limitaciones naturales de quien se dedica prioritariamente a los derechos humanos y, en especial, al derecho laboral, opté, entre muchas otras posibilidades, por un corte intencionadamente muy reductor de los límites de lo que se podría trabajar en relación a la sentencia condenatoria de los autos de la Acción Penal N° 5046512-94.2016.4.04.7000/PF, en la que el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva es uno de los coacusados.

Hubo, así, una doble contención, para la adecuación al formato y contenido de la obra en la que se inserta este artículo: fui contenido por mi ignorancia específica y me contuve por la necesidad de guardar una postura cautelosa y respetuosa hacia todos los involucrados, inclusive hacia el magistrado que sentencia, con quien, aclaro desde luego, no mantengo lazos de parentesco, amistad o proximidad, así como ningún ánimo negativo.

* Abogado.

El título de este artículo parece una provocación, pero no lo es. No se destina a la persona del juez, sino al análisis de la propia sentencia, como producto de su trabajo intelectual, según los aspectos de su estructura y una posible correlación con las estructuras de la psiquis humana.

Abordé, entonces, un aspecto colateral, que parece pequeño, pero que demuestra que estamos frente a un caso paradigmático para el estudio del psicologismo jurídico, a partir de la revelación de ciertas menudencias psíquicas de las que se reviste la sentencia.

Trabajaré un aspecto que me parece interesante, a partir de una comparación cuya propiedad, aunque dudosa, servirá para realzar un punto del juez que ha de ser superado en instancias superiores: el *superyó*, valiéndome del sinónimo de *superego*, de conformidad con el concepto propuesto por Sigmund Freud (s/d).

Por último, pretendo sustentar la posibilidad de que toda y cualquier sentencia sea compuesta por aspectos estructurales consecuentes de la ley, así como de la estructura de la psiquis humana, que contribuye decisivamente a la deducción de un silogismo a partir de los datos y elaboraciones. Así, la sentencia es un silogismo en que también están presentes las estructuras psíquicas de la persona, sea en la forma, sea en el contenido.

Desciendo, al fin, a lo específico de esta sentencia, invito a que el lector se pregunte si esta no se habría encaminado por una construcción que pasa a lo largo de la realidad jurídica que subyace a la estructura para acarrear las condenas criminales constantes en ella, y si no hay elementos para constatar que algunos trazos de una moralidad propia del magistrado, elaborada por él y reflejada a partir de deducciones, *loopings* y saltos ornamentales de dudoso silogismo, se han apartado de la realidad jurídica. Y los consulto, en el sentido de cuestionar si tales aspectos acabaron por inocular en la sentencia la proyección de una moralidad personal, fuera de los límites de la norma legal, como si estuviésemos frente al reflejo de su *superego* en la sentencia, que, tratándose de una decisión judicial, quizá no debería percibirse.

2. ID, EGO Y SUPEREGO

Se sabe que la psiquis humana está asentada en tres estructuras, identificadas y muy bien delineadas en la obra del genio austríaco: *id*, *ego* y *superego*, este último también llamado *superyó*.

Según la teoría freudiana, en síntesis, cuyo riesgo al comprimir exageradamente una de las más bellas construcciones del siglo XX asumo, el *id* es la estructura más primitiva de la psiquis humana.

Ahí reside de un modo todavía desorganizado el control de los deseos, de los impulsos, de las pulsiones agresivas y sexuales. Es algo dado que recibimos desde el nacimiento.

El ego ya es algo construido. Constituye la parte estructural de la personalidad que fue organizada por la persona a lo largo de su experiencia de vida. Responde por las funciones defensivas, ejecutivas y cognitivas de la persona. Así, mientras que el id establece el control de impulsos instintivos y lidia con la autosatisfacción y el placer, el ego trabaja con la realidad circundante.

Y si el ego trabaja en la psiquis con la realidad, hay, por otro lado, una conciencia moral que subyace en la mente, igualmente construida y cuyo contenido resulta del depósito de valores morales que se edifican en el individuo a lo largo de la vida. Se trata del superego o superyó.

El superego o superyó es una instancia dinámica del aparato psíquico. Es su parte moral, en que se proyectan valores absorbidos por la sociedad. Se descompone en dos subsistemas. El ideal del ego, que determina el bien a ser perseguido y la conciencia moral, que fija el mal a evitarse.

Los objetivos del superego son inhibir los impulsos del id contrarios a las normas e ideales impuestos por él, lo que también se llama conciencia moral; imponer al ego un comportamiento moral, y estimular al individuo a conducirse según el ideal del ego, o sea, conforme a su propia noción de perfección.

3. LA SENTENCIA Y SU ESTRUCTURA

La sentencia judicial también es algo que tiene su estructura. En el ámbito del derecho penal, la disciplina el artículo 381 del Código de Proceso Penal, que es de una pobreza franciscana en cuanto a la fijación de los requisitos formales de validez. Pero dentro de la estructura formal de una sentencia, releva anotar la “indicación de los motivos de hecho y de derecho en que se funda la decisión”, constante en el inciso III.

E impresiona notar cómo el juzgamiento fue determinado por indicación de motivos que manifiestan límites subjetivos y objetivos del litigio.

No tendremos aquí oportunidad de desgranar esta vertiente de análisis, pero vale la pena instar al lector a pensar qué tipo de valores morales o de sentimiento personales habrían acarreado las siguientes afirmaciones que pretenden afectar a quien no es parte y, por lo tanto, no integra el litigio.

57. Los cuestionamientos sobre la imparcialidad de este juez constituyen mera “cortina de humo” y, aunque sean comprensibles como estrategia de la Defensa, no dejan de ser lamentables ya que no encuentran ninguna base fáctica y tampoco tienen base en argumentos

mínimamente consistentes, como ya decidido, por lo visto, por el egregio Tribunal Regional Federal de la 4ª Región.

58. En la línea de la estrategia de Defensa de Luiz Inácio Lula da Silva de descalificación de este juez, por aparentemente temer un resultado procesal desfavorable, medidas cuestionables fueron tomadas por ella de esta acción penal.

59. Así, por ejemplo, el expresidente Luis Inácio Lula da Silva, asistido por los mismos abogados, promovió la denuncia penal por abuso de autoridad y también por ruptura de confidencialidad respecto de la interceptación telefónica contra el juez frente al egregio Tribunal Regional Federal de la 4ª Región.

65. Una vez más, se repite, se trata de mera “cortina de humo” adoptada por la estrategia de defensa. En vez de discutirse el mérito de las acusaciones, se reclama al juez de la misma forma que los responsables por la Acusación.

72. No desconoce este Juez las controversias jurídicas en torno de la conducción coercitiva, sin intimación previa.

105. Aunque, en principio pudiera considerarse válida incluso la autorización para la interceptación de dicho terminal, aunque fuera del bufete de abogados, ya que el socio principal, Roberto Teixeira, era investigado y de él usuario, la autorización concedida por este Juez suponía que el terminal era titularizado por la empresa del expresidente y no por el bufete de abogados.

107. Es un hecho que, antes, la operadora de telefonía había encaminado al Juez oficio informando que las interceptaciones habían sido implantadas y en las que había referencia, entre otros terminales, al aludido terminal como titularizado por el bufete de abogados, pero estos oficios, en los que el hecho no es objeto de ningún destacado y que no transmiten ninguna solicitud, no fueron de hecho percibidos por el Juez, con atención tomada por cientos de procesos complejos ante él tramitando. Lo que este juez tenía presente es que el terminal, como consta en el registro CNPJ y en los autos de interceptación, era de la LILS Palestras.

110. De lamentar que, por el hecho de que LILS Palestras indicara en su registro en el CNPJ el teléfono de contacto del bufete de abogados, puedan haber sido equivocadamente interceptadas llamadas ajenas a la investigación, pero, si esto ocurrió, tales diálogos ni siquiera fueron seleccionados como relevantes, preservándose su contenido.

121. Es cierto que el eminente Ministro Teori Zavascki, en la decisión de 13/06/2016 en el Informe N° 23.457, cuando concedió un límite para dar lugar al procedimiento de intervención, utilizó palabras duras contra la decisión del Juez de levantamiento de la confidencialidad sobre los autos.

122. Sin embargo, cuando, a continuación, sometió a liminar la ratificación del Plenario del Tribunal Supremo Federal, ya no hizo referencia alguna a la supuesta actuación arbitraria del magistrado a la necesidad de ningún tipo de responsabilidad. En el mismo sentido, nada se

afirmó a ese respecto por sus pares, los demás eminentes Min. del Supremo Tribunal Federal en la ratificación de la liminar del 03/31/2016.

125. En el razonamiento de este juez, respetando la censura parcial de Min. Teori Zavascki, el problema en los diálogos interceptados no fue el levantamiento de la confidencialidad, sino su contenido, que revelaba intentos del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva de obstruir investigaciones y su intención de, cuando asumiera el cargo de Ministro Jefe de la Casa Civil, actuar contra ellas con todo su poder político (“ellos tienen que tener miedo”).

126. No debe el Poder Judicial ser guardián de secretos sombríos de los Gobernantes del momento y el levantamiento de la confidencialidad era obligatorio, si no por el Juicio, entonces por el Supremo Tribunal Federal. Aunque, en respeto a la decisión del Tribunal Supremo Federal, este juez puede eventualmente haber errado en el levantamiento de la confidencialidad, por lo menos considerando la cuestión de la competencia, la revisión de las decisiones judiciales por parte de instancias superiores forma parte del sistema judicial de errores y aciertos.

128. Reclama todavía la Defensa de Luiz Inácio Lula da Silva que la “guerra jurídica” estaría caracterizada por la realización por los fiscales de la República de una entrevista el 14/09/2016, en la que habrían atacado la imagen del expresidente al explicar el contenido de la denuncia.

129. Sobre esta cuestión, este Juicio ya rechazó la excepción de sospechas promovidas por la Comisión Defensa contra los Procuradores de la República suscriptores de la denuncia y participantes de la aludida conferencia de prensa, con copia en el evento 335. Remítase lo allí expuesto.

130. Aunque eventualmente se pueda criticar la forma o el lenguaje utilizado en la dicha rueda de prensa, esto no tiene efecto práctico para la presente acción penal, ya que lo que importa son los documentos procesales producidos.

131. Aunque eventualmente se pueda entender que la entrevista no fue, en la forma, apropiada, y que parece distante de caracterizar una “guerra jurídica” contra el expresidente.

132. Por último, aún sobre la afirmada “guerra jurídica”, sería también consecuente con una “instrumentalización de los medios” o estaría siendo realizada “con apoyo de sectores de los medios tradicionales”.

133. En un ambiente de libertad de expresión, corresponde a la prensa informar libremente los hechos. El sucesivo noticiero negativo en relación a determinados políticos, no solo en relación al expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, parece, por regla general, ser más el reflejo del cumplimiento de la prensa en su deber de informar los hechos que alguna especie de persecución política a quien sea. No hay ninguna duda de que se debe sacar a la política de las páginas policiales, pero eso se resuelve sacando el crimen de la política y no la libertad de la prensa.

134. Entre los hechos recientes, se encuentra un escándalo criminal con perjuicio de corrupción estimados en cerca de seis mil millones

de reales por la propia PETROBRAS y que habría ocurrido durante los mandatos del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva y de su sucesora. Es natural, en ese contexto, que la prensa tenga noticias para divulgar. 135. De todo modo, este Juez no controla y no pretende controlar la prensa, ni tiene influencia en relación a lo que ella publica.

138. En el fondo, por lo tanto, es más una “cortina de humo” en relación al mérito de la acusación y de presentar al expresidente como víctima de una “guerra jurídica” inexistente.

142. Puntualmente, este Juez aún fue ofendido por los defensores, como se verifica en algunos pasajes de estos lamentables episodios [...].

144. Aun cuando la solicitud de la Defensa de Luiz Inácio Lula da Silva, de que habría sido ofendida por el compareciente José Afonso Pinheiro y de que el Juez habría permanecido inerte es improcedente. La ofensa de hecho ocurrió (evento 426), pero partió de persona simple que afirmó haber perdido el empleo por la cuestión que involucra al departamento [...].

145. En este contexto de comportamiento procesal inadecuado por parte de la Defensa de Luiz Inácio Lula da Silva, es bastante peculiar la queja de que este juez habría actuado con animosidad contra los defensores en cuestión.

149. A pesar de lo dispuesto en los tópicos anteriores en cuanto a las medidas procesales cuestionables tomadas por la Defensa de Luiz Inácio Lula da Silva contra quien juzga e incluso en cuanto al comportamiento procesal inadecuado del juez y aún de la Defensa de Paulo Tarciso Okamoto, hay que resaltar que estos hechos no afectan a la imparcialidad de este Juez.

151. De forma ilustrativa, el juez es absolutorio en relación con Paulo Tarciso Okamoto y eso a pesar del comportamiento inadecuado del defensor.

152. En cualquier caso, en relación con dichas medidas de procedimiento cuestionables y al comportamiento procesal inadecuado, vale la regla prevista en el art. 256 del CPP (“la sospecha no podrá ser declarada ni reconocida, cuando la parte injurie al juez o con propósito de crearla”).

251. Quien, en general, viene criticando la colaboración premiada es, aparentemente, favorable a la regla del silencio, la *omertá* de las organizaciones criminales, eso sí reprochable. Piercamilo Davigo, uno de los miembros del equipo milanés de la famosa Operación *Mani Pulite*, dijo, con mucha propiedad: “La corrupción involucra a quien paga y a quien recibe. Si ellos callan, no los vamos a descubrir jamás” (SIMON, Pedro coord. Operación: Manos Limpias: Audiencia pública con magistrados italianos. Brasilia: Senado Federal, 1998: 27).

304. En la resolución de esta cuestión, no basta con un examen meramente formal de la titularidad o la transferencia de la propiedad.

305. Es que, según la Acusación, la concesión del departamento al expresidente habría ocurrido de manera subrepticia, con el mantenimiento de la titularidad formal del bien con el Grupo OAS, también

con el objetivo de ocultar y disimular el ilícito.

437. El expresidente Luiz Inácio Lula da Silva se enfrentó a esas contradicciones en el interrogatorio judicial y, a pesar de las inapropiadas intervenciones de su Defensa en el momento, no logró explicarlas satisfactoriamente.

438. Son, ciertamente, contradicciones circunstanciales, pero se refieren a aspectos pertinentes, sobre la reforma del departamento y quién y cuándo tomó la decisión de no adquirir el inmueble [...].

442. En vista de la relevancia de la afirmada reunión para la coartada del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, causa cierta extrañeza no haber sido mencionada por él en el testimonio prestado el 04/03/2016 ante la autoridad policial (evento 3, comp. 75).

464. Después de todo, ¿porqué OAS realizaría reformas personalizadas en el departamento sino fuera para atender a un cliente específico?

477. No se trata aquí de levantar indicios de que el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva y su esposa Marisa Letícia Lula da Silva eran los propietarios de hecho del inmueble consistente en el departamento 164-A, tríples, del Condominio Solaris, en Guarujá.

480. La única explicación disponible para las inconsistencias y la ausencia de aclaraciones concretas es que, lamentablemente, el expresidente faltó con la verdad de los hechos en sus declaraciones acerca del piso 164-A, tríples, en Guarujá.

541. El mensaje no es tan concluyente, pero es un elemento probatorio más que revela que, incluso antes de 2014 –los mensajes son de 06/09/2012– ya había una preocupación, en el marco de OAS Emprendimientos, con el departamento 164-A, del Condominio Solaris. También es un elemento probatorio documental más que revela la inconsistencia de las coartadas del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva según las cuales solo en 2014 le fue ofrecido el departamento 164-A, tríples, en el Condominio Solaris.

593. Así, hay testimonios en el sentido de que el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva y su esposa Marisa Letícia Lula da Silva eran los propietarios o eran tratados como propietarios del departamento 164-A, tríples, del Condominio Solaris, y hay testimonios en el sentido de que eran potenciales compradores.

594. En primer lugar, se encuentran los testimonios de Mariuza Aparecida da Silva Marques, José Afonso Pinheiro, José Adelmario Pinheiro Filho, Paulo Roberto Valente Gordilho, Roberto Moreira Ferreira y Agenor Franklin Magalhães Medeiros. En cierta medida, también el de Rosivane Soares Cândido, aunque ella oyó comentarios de terceros a este respecto.

595. En segundo lugar, se encuentran los testimonios de Luiz Inácio Lula da Silva, Igor Ramos Pontes, Genésio da Silva Paraíso, Valmir Soares da Silva, Fábio Hori Yonamine y Paulo Tarciso Okamoto. Se resalta, sin embargo, que incluso Igor Ramos Puentes, Genésio da Silva Paraíso y Fábio Hori Yonamine reconocen, utilizando las palabras del último, que las reformas del departamento eran atípicas.

597. A pesar de que la prueba oral no es unísona, solo hay una versión de los hechos que es consistente con la prueba documental ya examinada en el tópicos II.12.

598. En efecto y como ya se adelantó en relación a los testimonios del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, las pruebas documentales sintetizadas en el ítem 418 confirman la tesis de la acusación de que el departamento 164-A, triplex, fue atribuido al expresidente y a su esposa desde el inicio de la contratación y que las reformas en el inmueble se hicieron para atenderlos específicamente.

698. Incluso no siendo los delitos de cartel y de acuerdo fraudulento de licitaciones objeto específico del presente proceso, es forzoso reconocer la existencia de una prueba significativa de que los tres contratos de OAS ante REPAR y RNEST se obtuvieron a través de ellos.

786. Que había influencias políticas en el nombramiento de Directores de PETROBRAS parece algo que es indiscutible incluso en la época de los hechos. El hecho en sí no es, por lo demás, ilícito.

787. Pero que el Presidente de la empresa desconozca que Directores Ejecutivos estarían siendo sustituidos por razones meramente políticas, esto parece algo bastante improbable, poniendo en duda o su aptitud para el cargo o la credibilidad de su testimonio ante este Juez.

801. Parece, por cierto, un poco extraño que, ante la magnitud del esquema criminal, ilustrado por el hecho de que PETROBRAS haya reconocido cerca de seis mil millones de reales en pérdidas contables con corrupción en el balance de 2015, no tuviera el expresidente ningún conocimiento, máxime porque él, el esquema criminal, también estaría involucrado en el uso de sobornos en acuerdos de corrupción en PETROBRAS para financiación de campañas electorales, incluso del Partido de los Trabajadores con la que el expresidente fue elegido y luego su sucesora.

802. Además, llama la atención la ausencia de juicios de reprobación por parte del expresidente en relación a agentes públicos y políticos que, durante su Gobierno, habrían participado en el esquema criminal que perjudicó a PETROBRAS.

803. Fue para entender mejor la relación del expresidente con sus subordinados sorprendidos en prácticas criminales que este Juez realizó en el interrogatorio de la acción penal (evento 885) preguntas acerca de su posición en relación al esquema criminal denominado "*Mensalão*" cuya existencia fue reconocida, con tránsito en juzgado, por el egregio Supremo Tribunal Federal, en la Acción Penal 470, con condenas de los criminales contra exponentes del Partido de los Trabajadores como José Dirceu de Oliveira y Silva, Delúbio Soares de Castro y João Paulo Cunha. En la ocasión, el Juicio llamó la atención del acusado por sucesivas entrevistas contradictorias por él concedidas en la prensa sobre el tema, ya que afirmó que habría sido "traicionado por prácticas inaceptables", y afirmó que no había prueba y que de la decisión del Tribunal Supremo Federal fue política ("el *Mensalão*, el tiempo se encargará de probar qué fue, de que hubo un 80% de decisión política

y un 20% de decisión jurídica”), pero no obtuvo aclaración. Las varias entrevistas contradictorias concedidas por el expresidente sobre los hechos abarcados por la Acción Penal 470 se encuentran en el evento 724, anexo 19, anexo 20 y anexo 22.

804. Usualmente, si un subordinado comete un crimen con la ignorancia del superior; cuando el crimen es revelado, el comportamiento esperado del superior es la reprobación de la conducta y la exigencia de que el mal sea castigado. No se verificó esta especie de comportamiento por parte del expresidente, al menos nada más que afirmaciones genéricas de que los culpables debían ser castigados, pero sin ninguna designación específica, como si no hubiera culpables cuya responsabilidad ya no hubiera sido determinada, como, en el caso, por otra parte, de la Acción penal 470, con tránsito en juzgado. Se trata de un indicio relevante de connivencia en relación con el comportamiento delictivo de los subordinados y que puede considerarse como un elemento de prueba.

806. De todos modos, no es necesario en el momento decidir si el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva fue o no el artífice principal del esquema criminal que perjudicó a PETROBRAS. Es comprensible, por evidente, que el MPF así lo haya afirmado en la denuncia, ya que es un argumento destinado al convencimiento del Juez.

807. Sin embargo, para el enjuiciamiento del presente caso, basta con comprobar si existe prueba de su participación en los crímenes de corrupción y lavado narrados en la denuncia, relativos a tres contratos de PETROBRAS [...].

838. El expresidente Luiz Inácio Lula da Silva tenía un papel relevante en el esquema criminal, que ya cabría a él indicar los nombres de los Directores al Consejo de Administración de PETROBRAS y la palabra del Gobierno Federal era atendida.

961. Por último, regístrese que la presente condena no trae a este juez satisfacción personal, por el contrario. Es lamentable que un expresidente de la República sea condenado criminalmente, pero la causa de ello son los crímenes por él cometidos y la culpa no es de la regular aplicación de la ley. Prevalece, al fin, el dictado “No importa cuán alto estés, la ley siempre estará por encima de ti” (una adaptación libre de *‘be you never so high the law is above you’*).

En todas estas afirmaciones se proyectan, además de los aspectos estrictamente legales, contenidos valorativos y de expectativa del juez, que se coloca como intérprete no de la ley, sino de los supuestos (por él) valores de la sociedad –o de la franja de la sociedad de la que el magistrado es representativo. Y esparciendo efectos a personajes que ni siquiera deberían constar en la sentencia, abogados, partícipes de otros hechos, extendiéndose de los contenidos objetivos y subjetivos del litigio, hace de la sentencia un momento de catarsis de su abanico de expectativas morales.

Es decir, además de un “id” (la estructura dada por la ley) de la sentencia, de su ego (las razones de hecho y de derecho y la indicación de los motivos en que se funda la decisión), parece que aquí funcionó de modo muy nítido el superego de la sentencia, o el superyó de la sentencia: el deseo de promover “el bien” y la voluntad de depurar “el mal”.

Fueron los valores del superyó, con el ideal del ego, o sea, la afirmación de que se pretende un bien (el combate a la corrupción, en tesis) y la conciencia moral del juez los que engrosaron la sentencia.

El Derecho Penal, sin embargo, no es el palco propicio para esto.

Es importante resaltar que no se acusa al juez como individuo. Tiene, como ciudadano, derecho a la defensa de sus valores morales y a la libre comprensión de lo que es bueno o malo. Se respeta ese derecho.

Lo que no parece razonable es que este mecanismo psíquico se traslade a una sentencia criminal.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

El litigio, para el juez, debe ser algo dado, y no construido. Es decir: el juez, al menos en teoría, no debe participar de la relación procesal sino como un personaje externo a ella, incidental, que no precisa ser necesariamente neutro, pero que ha de ser imparcial.

Lo construido de la sentencia debe ser consecuente a un proceso lógico de deducción. Identificar el litigio, aprehender los hechos, reunir la prueba y, por medio de la subsunción de los hechos al derecho, establecer un resultado que ostente los diversos atributos que infunden respeto y consideración a la decisión como justa y razonable, independientemente de ser, como producto del Estado, dotada de fuerza coercitiva. Es importante decir que el litigio es algo dado y la construcción de la sentencia ha de pautarse en un conjunto de normas y valores que no permiten una proyección excesiva de aspectos que alcancen el superego del juez, que, con la emisión de lo juzgado, profiere un documento cuyo contenido moral va más allá de la relación procesal.

Muy interesante, en este sentido, es el análisis del uso del verbo “poder” en la sentencia, que surge nada menos que 187 veces en el documento, que se llega a ponderar que el juez habría sido amenazado por el acusado más conocido, por su supuesto poder actual y futuro, sin que hubiera ninguna razón objetiva para tanto. Hay poderes implícitos y explícitos en la decisión.

El párrafo 961 también es significativo, al registrar el juez que la condena no le trae ninguna satisfacción personal.

Antes que eso, se vale de una afirmación de un blog de *El Estado de São Paulo* para afirmar, en el párrafo 958 de la sentencia, que el

presidente estuvo “sugiriendo que en caso de asumir irá a encarcelar a los Fiscales de la República y a los Delegados de la Policía Federal”. Esto sin ninguna relación con los hechos de los autos...

Sobrevalorada, así, aspectos de la propia subjetividad y aspectos de supuesta subjetividad ajena, centrados en la figura del acusado, transformando la sentencia penal en una oportunidad de ejercicio de auto-referencia, yendo mucho más allá de los límites subjetivos del litigio.

Hay, por lo menos, dos *looping* en los autos: la atribución de propiedad a quien no es y no podría ser propietario del inmueble, aspecto jurídico de relevo que se abandona explícitamente en el párrafo 304. El segundo salto ornamental parece haber sido dado en el párrafo 838, en que se atribuye al Presidente de la República la responsabilidad por todo y cualquier incidente de los eventuales directores por la simple circunstancia de ser responsable final por sus indicaciones al Consejo de Administración de PETROBRAS.

Ambos parecen encontrar explicación fuera de los límites del derecho. Con máximo respeto por la actividad del juez, la causa probable de tal elasticidad interpretativa reside muy probablemente en el campo del superego proyectado en la sentencia. Y justicia, aquí, sería de hecho dispersar estos efectos de la proyección del superyó del juez en la sentencia dictada. Superar el superyó de la sentencia dictada.

Luiz Fernando Azevedo* y Rogerio Borba**

LA INOBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES EN LA SENTENCIA CONDENATORIA DEL EXPRESIDENTE LULA EN LA REPÚBLICA DE CURITIBA

LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA Federativa de Brasil, del 5 de octubre de 1988, establece en su artículo 93, IX, *in fine*, que las decisiones judiciales deberán ser fundamentadas, siendo una garantía

* Graduado en Derecho en la PUC-Río, actuó como coordinador de Integración Externa del Centro Académico Eduardo Lustosa (CAEL). Dirigente del DCE de PUC-Río, director deliberativo y tesorero de la CORED-RJ, militante del movimiento Amanecer Contra la Reducción de la Mayoría de Edad Penal. Actualmente es coordinador general del Colectivo ENED-Río (sede administrativa del XXXVIII Encuentro Nacional de Estudiantes de Derecho).

** Doctor en Sociología en la UCAM, máster en Derecho en la UNIFLU, bachelor y especialista en Derecho por la UCAM. Exconsejero de la OAB-RJ, exdirector del Sindicato de Abogados del Estado de Río de Janeiro. Profesor de Derecho en la UNESA, UniCarioca e IBMEC. Miembro del IAB, ALDRJ y del Sectorial Jurídico del PSOL, RJ.

1 Para la construcción de las decisiones judiciales se creó una teoría del ordenamiento jurídico, donde tres elementos lo componen: unidad, coherencia y completitud. Se entiende por unidad a la norma fundamental presupuesta, construida por un poder legislativo elegido por el pueblo, que tendría el poder originario de determinar la norma jurídica, debiendo el juez solo aplicarla. La coherencia busca evitar la ocurrencia de antinomias, buscando criterios para identificación y para solución. Como criterio de la identificación surge la lógica jurídica, cuyos principios son la identidad y la no contradicción, habiendo una idea contradictoria, del realismo jurídico, que defiende

innata al proceso, que asegura a las partes el derecho de ser oídas y de que sus pruebas y argumentos sean aceptados en los autos. Además, provee a las partes el motivo de la decisión, tornándose inteligible, sea para el convencimiento de su acierto o incluso para la refutación de su contenido. Se afirma que la función de la fundamentación de las decisiones judiciales es política, puesto que permite su control externo, es decir, la motivación de las decisiones no involucra solamente a las partes y al juez, sino a la sociedad como un todo.

Más allá del discurso raso que indica que la sentencia condenatoria del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva no puede ser criticada, solo aceptada y cumplida, se debe comprender que la sentencia es el ápice de un procedimiento que, aunque conducido por un juez con la participación de las partes y terceros interesados y legitimados, repercute en toda la sociedad, constituyendo garantía no solo procesal sino también constitucional el respeto a los instrumentos constituidos para su construcción, bajo pena de comprometer (aún más) el Estado (Democrático) de Derecho.

Las decisiones judiciales son tomadas también con fundamento en argumentos, que no derivan directamente del texto normativo, sin que con esto se rasgue el principio de legalidad. Este proceso de interpretación/aplicación es potencializado por la dificultad referente al pasaje de la ley al caso concreto (decisión), o sea, por el decurso que va de lo general a lo particular, lo que acaba poniendo en evidencia el problema crucial de la razón jurídica, que nutre lo esencial de las reflexiones filosóficas de los juristas contemporáneos. Para su construcción se hace necesario satisfacer dos premisas de justificación: una interna, obtenida en un primer momento, y otra

la inexistencia de lógica, siendo una técnica de camuflaje de la verdadera voluntad del legislador a través de la sentencia. La completitud busca la previsión de normas que puedan solucionar todos los hechos de la vida. Entonces surge una discusión en la doctrina acerca de la posibilidad de aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, o sea, entre las personas, en un plano horizontal, dado que integran el ordenamiento jurídico y, en razón de su ascendencia jerárquica, determinarían el resultado de la decisión, confiriendo el resultado deseado por el legislador. Sucede que los derechos fundamentales no pueden invocarse en ningún caso, como ya se ha decidido en diversos casos por los tribunales. Si así fuera, entienden los jueces, tal actitud vulgarizará los derechos fundamentales y no sería conferido el debido valor a los casos límite. En los casos ordinarios, la consideración de los derechos fundamentales ya fue hecha, en principio, por el legislador, debiendo ser resuelto por la forma ordinaria. Habiendo igualdad entre las partes no hay que hablar de interferencia de los derechos fundamentales. Habiendo desequilibrio, existen aún normativas ordinarias para corregir tal distorsión, solo aplicándose a los casos límite los derechos fundamentales. El punto principal de la discusión es verificar la validez / constitucionalidad de la norma, sea pública o privada, y si ella atiende o no a los preceptos fundamentales.

externa, obtenida en un segundo momento, en las lecciones de Jerzy Wroblewsky (s/d).

La justificación interna se refiere a la aplicación de la técnica para la justificación de las premisas, tanto normativa como fáctica, para una conclusión normativa, obteniendo una norma jurídica en el caso concreto. Este proceso atiende a la mayoría de los casos, dado que se presentan con menor complejidad, no siendo la hipótesis de la decisión en análisis. Sucede que, en casos más difíciles, donde no haya unanimidad en su construcción y aplicación, se debe buscar una argumentación más robusta, de forma de otorgarle una legitimidad capaz de garantizar su cumplimiento, llamada legitimación externa.

Mientras que en la primera se cuestiona la inferencia de las premisas adoptadas, siendo una cuestión de lógica deductiva, en la segunda la cuestión se centra más allá de la lógica en sentido estricto, sino en los elementos que construyen los argumentos, o sea, en la argumentación jurídica de las premisas, que les garantiza, al fin, su legitimidad. Se verifica, en las lecciones de Manuel Atienza (s/d), que existen tres campos distintos en que pueden suceder las argumentaciones: el de la producción o establecimiento de las normas jurídicas, el de la aplicación de las normas jurídicas y el de la dogmática jurídica.

El primero puede ser aún subdividido en dos momentos, que son una fase prelegislativa y otra fase concretamente legislativa. En la mencionada fase prelegislativa, la argumentación surge como reacción a un problema social, donde la actividad legislativa surge como la solución a un problema enfrentado por la sociedad en un determinado lugar y en determinada época. Se percibe que, siempre que hay aumento de violencia, el poder legislativo siempre se apura a crear leyes más rígidas, como respuesta a la sociedad para el mal que le aflige. En la segunda fase, propiamente legislativa, los argumentos presentados tienen una naturaleza diversa respecto de aquellos utilizados en la fase prelegislativa, ya que no tienen en cuenta la moral y la política, sino que están pautados por cuestiones técnico jurídicas.

El segundo campo de la argumentación, de la aplicación de las normas jurídicas, también puede dividirse entre interpretación de los hechos e interpretación del derecho en sí. Como ambos sirven para solucionar problemas de juzgamiento de conflictos, son aplicados por lo tanto en momentos distintos y por actores diferentes. Mientras que los hechos son analizados por los tribunales y por autoridades administrativas, así como por particulares imbuidos de tal atribución, donde la argumentación jurídica aplicada difiere de las técnicas usualmente utilizadas, el derecho es analizado por los tribunales superiores, que se concentran en los casos más difíciles y de mayor repercusión, de

forma de proporcionar la debida interpretación del derecho de acuerdo a los valores concernientes a la sociedad.

El tercer ámbito presentado es el de la dogmática jurídica, que es una actividad innegablemente compleja, que, de acuerdo con Manuel Atienza (s/d), posee algunas funciones como “1) aportar criterios para la producción del Derecho en las diversas instancias en que tiene lugar; 2) ofrecer criterios para la aplicación del derecho; 3) ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico”.

Las teorías existentes justamente intentan dar cuenta de la segunda función apuntada, buscando ofrecer argumentos para la toma de decisión del magistrado, para que sea aplicada una norma al caso concreto de la manera más correcta. Por cierto que, mientras el juez lidia con el caso concreto, de repercusión inmediata en la vida de los acusados y, de forma indirecta, en la vida de la sociedad brasileña, el estudio de la dogmática por sí solo abarca el campo teórico, de los límites entre las normas y su ponderación.

Por cierto que estos dos actores, los teóricos y los jueces en general –incluidos otros actores que participan de los procesos decisivos– realizan una inserción tanto en su actividad como en la aplicación de las técnicas, debiendo, ciertamente, poseer un carácter general y abstracto en lo relativo a su fundamento.

Pero este proceso pasa por otro de descubrimiento de los fundamentos y de la adopción de teorías aplicables al caso. Como enseña Manuel Atienza (s/d), existe una diferencia conceptual entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación de las teorías jurídicas. Se considera contexto de descubrimiento la actividad de identificar una teoría, siendo tal procedimiento desprovisto del uso de la lógica, puesto que no involucra cognición, sino solamente aprehensión de un elemento ya existente en la naturaleza, tarea que incumbe a científicos de los campos de la historia y la sociología, en tanto se trata de actividades de observación del desarrollo del conocimiento científico generado y desarrollado sin la necesidad del uso de la razón. El contexto de justificación, a su vez, debe explicar y validar la teoría descubierta, sea para validarla como para descartarla, a través de su exposición con la realidad de los hechos, mediante el uso del método científico.

En este sentido la decisión analizada se preocupó solamente del concepto de descubrimiento, al buscar y presentar teorías que fundamentan la condena, sin promover, sin embargo, mínimamente el contexto de justificación, en tanto no hay establecimiento de relación entre los hechos con la teoría propuesta. Aunque redactada de forma aparentemente técnica, no atiende a los preceptos científicos de la construcción de una sentencia.

Otro punto importante para observar es el hecho de que la decisión judicial puede diferenciar los argumentos generales de los argumentos jurídicos, donde la creencia del juez es invocada como argumento para la toma de una decisión determinada, siendo considerada como *razón explicativa*, en tanto que, si el juez presenta una interpretación de un tribunal superior sobre determinada materia, esta será considerada como *razón justificadora*. Cabe al juez, en el momento de la elaboración de la decisión, justificar² su decisión y no explicarla.³ Ocurre que, con esta diferenciación, se percibe el proceso de producción de la decisión judicial objeto de análisis, y cómo esta no se somete al principio constitucional vigente.⁴

Nótese que hasta el presente momento se abordó el aspecto interno de la idea, durante su concepción, todavía en la mente del magistrado. En el momento en que esta fue externalizada, recibe otro nombre: proposición o enunciado. Pero su exteriorización se da por medio del argumento, que es un conjunto de proposiciones encadenadas por inferencias.

Durante el proceso de construcción de la decisión, las afirmaciones del proceso fueron traducidas en argumentos que, en un proceso lógico realizado por el juez, fueron convertidas en una conclusión que es la norma jurídica (sentencia). Ocurre que, por diversas razones, explicadas en los artículos de esta obra que abordan los distintos puntos de la sentencia, aunque las premisas se correspondan con las afirmaciones, estas no son verdaderas, o mejor, no condujeron a una solución razonable. Esto ocurre porque la premisa en que se basó la afirmación no es verdadera, dado que no se corresponde con la realidad.⁵

2 El proceso de justificación engloba la explicación, siendo esta una de sus etapas, trascendiendo a un concepto de presentación de todo el proceso de construcción de la decisión, de los elementos que la componen, así como, y principalmente, la manifestación de la norma jurídica.

3 Cuando un juez utiliza argumentos diversos de aquellos eminentemente jurídicos, aunque busque un resultado común, deja de atender la finalidad de la norma constitucional, que es aclarar a las partes del proceso el porqué del resultado, dificultando aún a las mismas, en la hipótesis de la insatisfacción con el resultado, de recurrir de manera más eficaz. Pasa el juez a realizar un ejercicio hermenéutico buscando otros medios para explicar la toma de decisión, abandonando la buena técnica y no utilizando debidamente la legislación vigente.

4 Además, se nota justamente lo contrario, en tanto el juez, al decidir en el proceso en análisis, lo hace dentro de un juicio de valor ininteligible, pasando a buscar una justificativa para su decisión y no lo contrario, que sería lo correcto. A partir del fundamento es que se debería llegar a una decisión, que obedecería a una lógica jurídica, y no lo contrario, comprometiendo todo el proceso decisorio.

5 La razón es consecuente al proceso de adopción de ideas, donde una es la premisa y la otra es la conclusión, siendo la primera la idea que fundamenta y la segunda la idea fundamentada, donde, no confiere con la realidad.

Por consiguiente, el argumento no es racional, o sea, no es válido, lo que afecta mortalmente la sentencia en su núcleo.⁶

La fundamentación de las decisiones judiciales debe estar por encima de la mera positivación, tratándose de un verdadero derecho fundamental, imponiéndose su observación y aplicación eficaz, como cuestión indisociable de la propia dignidad humana. El mencionado Estado Democrático de Derecho se caracteriza por defender las instituciones democráticas y los derechos fundamentales, además de basarse en el derecho como fundamentación de legitimidad de todos los actos.

Al ser consagrada como valor fundamental del sistema, la fundamentación de las decisiones judiciales implicó, entre otras cosas, la necesidad de justificar la decisión, tanto como elemento de legitimación y de convencimiento. Convencimiento que no significa asimilación, sino respeto y entendimiento.

La democracia se realiza contemporáneamente no en la idea de consenso entre iguales, sino en un ejercicio continuo de convivencia entre todos los diferentes, principalmente en aquello bajo lo cual ya no se logra más el consenso. El desafío de los individuos que buscan en el diálogo el procedimiento regulatorio de la resolución de conflictos, solo se torna posible en razón del principio de la fundamentación de las decisiones judiciales, dado que pretende evitar injusticias, así como establecer la verdad y solucionar las diferencias, demostrando lo que es cierto en cada caso, construyéndose así la verdadera norma jurídica. Es justamente así que se establece el pacto de convivencia legítima entre los seres humanos.

6 Aunque fuese adoptado el procedimiento descrito arriba, es decir, que se tuviera un argumento lógico, lo mismo no sería cierto. Esto es porque debe darse la veracidad de las premisas y la corrección del propio razonamiento, siendo que la primera condición corresponde a los científicos de los campos del análisis de la realidad, mientras que la segunda condición corresponde a los lógicos. A esta primera condición se llama corrección formal y la segunda condición se nombra corrección material de los argumentos. En particular el primero no fue atendido en el caso concreto.

Marcelo Neves*

JURISPRUDENCIA SENTIMENTAL Y MEDIEVAL

CONDENA CON BASE EN SOSPECHA Y EN LA ANIMOSIDAD AL “ENEMIGO DE LA SOCIEDAD”

LA SENTENCIA DEL JUEZ MORO que condena al expresidente Lula me recuerda una noción que remonta a Clóvis Bevilacqua y Pontes de Miranda: “jurisprudencia sentimental”. La parcialidad es traslúcida en el lenguaje emocional del juez. Sin embargo, con una cierta ingenuidad, el jurista *cearense* asociaba la supuesta legislación, jurisprudencia y doctrina sentimental en Brasil, en contraposición a la jurisprudencia de los conceptos y la jurisprudencia de los intereses de origen alemán, al “derecho afectivo”, al “sentimiento de libertad” y a los “impulsos idealistas” (Bevilacqua, 1975: 185-212, 193). A su vez, Pontes de Miranda (1981: 441 y *ss.*), al referirse a esta formación jurídica supuestamente vinculada a los sentimientos, aunque admitiese sus elementos “despóticos”, la relacionaba a la “benevolencia jurídica” y a un “liberalismo excesivo”, con una interpretación racial de sus consecuencias sociales y jurídicas. En verdad, expresiones como “afectivismo” y “benevolencia”, así como “hombre cordial” (Buarque de Holanda, 1988 [1936]), actuaban antes de manera ideológicamente simplificadora, desviando la atención de problemas referentes a asimetrías, a relaciones de dependencias y de favores, así como a la condición todavía patriarcal en el ambiente familiar. E incluso supo-

* Doctor en Derecho. Profesor de la UnB.

niéndose la presencia de una “afectividad” como factor de producción jurídica de aplicación del derecho civil, esta línea tendría que ser definida como algo contrario al liberalismo individualista y considerado, sobre todo, en su dimensión opresiva, en tanto que estaría relacionado con el poder arbitrario de los privilegiados socialmente, en detrimento de los más frágiles (Neves, 2015: 5- 27, 15).

Al contrario de la noción de “benevolencia jurídica”, “tolerancia” y “generosidad liberal”, presente en la discusión de los juristas mencionados en torno al derecho brasileño en el inicio del siglo XX, nos deparamos ahora, en la sentencia del juez Moro, con una suerte de “jurisprudencia sentimental”, marcada por la “malevolencia”, la “intolerancia” y la “mezquindad autoritaria”. El magistrado demuestra una clara animosidad para con el acusado. Por ejemplo, asumió, en la decisión, una confrontación personal con el propio condenado, al afirmar que fue intimidado por él mediante una demanda penal contra sí y otros, así como por declaraciones a la prensa, en los siguientes términos:

Como defensa en la presente acción penal, ha adoptado, orientado por sus abogados, tácticas bastante cuestionables, como de intimidación a quien juzga, con la proposición de denuncia penal improcedente, y de intimidación de otros agentes de la ley, al Procurador de la República y Delegado, con la proposición de acciones de indemnización por crímenes contra la honra. Incluso promovió acción de indemnización contra los periodistas que revelaron hechos relevantes sobre el presente caso, también juzgada improcedente (tópico II.1 a II.4). Ha todavía proferido declaraciones públicas como mínimo inadecuadas sobre el proceso, por ejemplo sugiriendo que de asumir el poder irá a encarcelar a los Procuradores de la República o Delegados de la Policía Federal (“si ellos no me encarcelan luego quién sabe si un día yo mando a encarcelarlos por las mentiras que ellos dicen”).¹ Estas conductas son inapropiadas y revelan el intento de intimidación de la Justicia, de los agentes de la ley y hasta de la prensa para que no cumplan su deber (§ 958).

Tal amonestación, en un lenguaje cargado emocionalmente de aversión al condenado, como en otros pasajes (que exigen un cuidadoso análisis del discurso aplicado a la sentencia) es inoportuna, dado que, sobre todo, escapa al objeto del proceso y de la sentencia. Al censurar como táctica intimidatoria la propuesta de demanda penal o acción contra sí, otros agentes públicos, un testigo y periodistas por parte del acusado, el juez sugiere que este no podría ejercer su derecho asegu-

1 El 5 de mayo de 2017, según <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/se-eles-nao-me-prenderem-logo-quem-sabe-eu-mando-prende-los-diz-lula/>>.

rado constitucionalmente de acción y petición, especialmente contra las autoridades públicas. Al censurar al acusado por declaraciones críticas a las autoridades públicas frente a la prensa demuestra una pretensión de negarle libertad de manifestación de pensamiento y la libertad de expresión (CF, art. 5º, incisos IV y IV), le expolia el derecho de hablar. Todo esto, de forma inusitada, expresado “sentimentalmente” en la propia sentencia, vuelve cuestionable la propia parcialidad del magistrado.

Además de esto, la relación privada de amigo/enemigo, originalmente vinculada a los afectos (en su dimensión social), se presenta, de forma defensiva, en su intento de justificar la sentencia, retirando la dimensión de aversión a la persona del expresidente. Al respecto, es relevante el siguiente pasaje:

Por último, regístrese que la presente condena no le trae a este juez ninguna satisfacción personal, por el contrario. Es del todo lamentable que un expresidente de la República sea condenado criminalmente, pero la causa de esto son los crímenes por él cometidos y la culpa no es de la regular aplicación de la ley (§ 961).

Sugiere una tendencia próxima a la “negación” o “denegación” (*Verneigung*) en sentido psicoanalítico,² a exigir un análisis interdisciplinar de la sentencia entre derecho y psicoanálisis, la referencia a la falta de “satisfacción personal” y al carácter “lamentable” de la condena, en un contexto procesal inundado de actos y declaraciones del magistrado de desprecio por el acusado, como la conducción coercitiva espectacular y manifiestamente ilegal del expresidente, así como, de la misma forma, la divulgación abusiva de conversaciones telefónicas suyas y de sus familiares (algunas de ellas sin ninguna relación con la materia del proceso, las imprudencias, con fines de crear conmoción social en relación a su nominación para el cargo de Ministro Jefe de la Casa Civil. No cabe al juez justificarse, en términos personales, de una decisión condenatoria. Esta postura escapa a todos los parámetros de la impersonalidad e imparcialidad en el ejercicio de la magistratura.

Dicho lenguaje fluye a lo largo de toda la sentencia y desemboca en la injustificable afirmación de que “hasta cabría considerar el decreto de prisión preventiva del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva (§ 959), para no decretarla, recomendado por la “prudencia” con base en el alegato de que “la prisión cautelar de un expresidente de la República no deja de involucrar ciertos traumas (§ 960). La manifestación de considerarlo, en ese contexto, se presenta apenas como una demos-

2 Concepto formulado originalmente por Freud (1925: 217-221).

tración de fuerza insinuante de la fragilidad del condenado, siendo totalmente inoportuna. La prisión se justifica o es injustificable. Cuando el juez deja de decretar una prisión por su carácter “traumático”, incluso admitiendo expresamente que estaría jurídicamente merecida, él estará incumpliendo con su deber de magistrado, sujetándose a las penalidades posibles.

Pero la “jurisprudencia sentimental” del Sr. Moro funciona con una fachada para encubrir relaciones sociales subyacentes, donde el condenado es ubicado como “enemigo de la sociedad”, en definitiva un enemigo político. El desprecio privado y emocional del juez por el condenado refleja una situación *transubjetiva* en que, de manera autoritaria, los sectores sociales dominantes pretenden reducir al expresidente a la figura de un *homo sacer*, para usar una figura del derecho romano retomada recientemente, sobre todo por Giorgio Agamben, (2005: 79 y ss.): un ser humano sin lugar en la sociedad, excluido plenamente de todos derechos y los beneficios sociales.

Pero la sentencia va más allá de la “jurisprudencia sentimental” como expresión de estructuras de privilegios y exclusiones. Esta tiene un dejo de medievalismo jurídico. Pasa por encima de la obra clásica de Cesare Beccaria (1970), ya que, en determinado pasaje, niega la individualidad de la pena, desconsiderando que “la libertad política de los hombres supone necesariamente que las penas sean meramente personales”.³ Al reaccionar contra uno de los argumentos de la defensa acerca de que, si hubiera habido crimen, habría sido cometido por la esposa del expresidente, no por él, considerando que solamente ella firmó el documento para la adquisición del inmueble en cuestión, el juez es perentorio (§ 829): “Pero es evidente que se trataba de una iniciativa común al matrimonio, ya que la propiedad inmobiliaria se transmite al cónyuge, en régimen de comunión de bienes”.

De esta manera, sugiere que el acusado casado en régimen de comunión de bienes debe ser condenado porque sería beneficiario de una propiedad que su esposa habría pretendido adquirir ilícitamente. Se desdeña, de esta manera, la norma constitucional de que “ninguna pena pasará de la persona del condenado” (CF, art. 5º, inc. XLV). Es evidente que nadie puede ser condenado por un crimen cometido por otro, ni por su cónyuge, a no ser que existan pruebas de coautoría. Esta lógica del derecho penal moderno parece ser de poco significado en todo el proceso.

Se trata de una condena basada en sospechas, conforme a la teoría del razonamiento abductivo propuesta por el Procurador de

3 “[...] la liberta politica degli uomini suppone che le pene sieno meramente personali” (Beccaria, 1970 [1764]: 79).

la República Deltan Dallagnol y colegas en sus alegatos finales en el proceso, invocando a Charles Peirce. Sin embargo, el razonamiento abductivo defendido en el realismo científico de Peirce se aplica al campo de las ciencias en sentido estricto, en las que la verdad o la falsedad consecuente de un razonamiento no perjudican directamente a ningún ser humano. Tal razonamiento puede ser revisado en cualquier momento, sin perjudicar a una persona humana. Esto es así porque el razonamiento abductivo tiene la siguiente estructura en la obra de Charles Peirce (1965):

“El hecho sorprendente, C, es observado:
Pero si A fuera verdad, C sería un hecho evidente,
Luego, hay razón para *sospechar* que A sea verdad”.⁴

Como se verifica, el razonamiento abductivo es digno para amparar una sospecha de carácter primariamente cognitivo. En el campo de lo normativo, especialmente en el ámbito jurídico, sería absurda la admisión de pruebas simplemente por razonamientos abductivos. Mientras que en la ciencia propiamente dicha (primariamente cognitiva) la argumentación permanece indefinidamente abierta sin perjuicio para ninguno de los involucrados en el discurso científico (por el contrario, el principio de la “falsabilidad” de la ciencia implica que siempre haya algo a ser conocido y, por lo tanto, algo a ser falseado),⁵ el derecho (primariamente normativo) involucra un discurso que exige una decisión que interrumpe la cadena argumentativa, para que se alcance un mínimo de seguridad jurídica. De ahí se sigue que las pruebas en el derecho, particularmente en el derecho penal, son limitadas y exigen razonamientos incuestionables en el momento de la decisión condenatoria, no siendo suficiente la sospecha.⁶

Un razonamiento abductivo es, en suma, un razonamiento probatorio por sospechas, lo que no puede llevar a una condena penal en un Estado de Derecho de base democrático constitucional. Una condena basada en razonamiento por sospecha señala el retroceso a un modelo medieval de juicio criminal y aplicación de las penas.

La condena del expresidente Lula por el Sr. Moro resultó básicamente de delaciones (“colaboraciones”) premiadas de agentes pú-

4 “*The surprising fact, C, is observe; / But if A were true, C would be a matter of course, / Hence, there is reason to **suspect** that A is true*” Peirce (1965 [1934]: 117, Vol. V, § 189; énfasis nuestro).

5 Cf. Luhmann (1990: 392 ss.).

6 Cf. Neves, M. s/f “Denúncia vazia: com crença e convicção, mas sem provas nem razões” en <<http://jornalggn.com.br/noticia/denuncia-vazia-com-crenca-e-conviccao-mas-sem-provas-nem-razoas-por-marcelo-neves>>.

blicos, empresarios y políticos involucrados en la práctica de graves crímenes. Por un lado, cabe observar que la delación premiada, en los términos de la ley que la instituyó, no es una prueba, sino el “medio de obtención de prueba” (art. 3º, inciso I, de la Ley N° 12.850, del 2 de agosto de 2013). Por otro lado, muchas de las delaciones premiadas tratan genéricamente de actos políticos y administrativos del expresidente Lula que, de ninguna manera, pueden ser considerados de naturaleza criminal o relacionados a los crímenes cometidos en el ámbito de PETROBRAS. Es un hecho ejemplar que el juez Moro haya considerado de manera seria, como elemento probatorio, un pasaje de la delación premiada del exdiputado Pedro Correa, incorporándola en los siguientes términos a su sentencia (§ 741):

En su declaración, él describió el proceso de nombramiento de Paulo Roberto Costa para la Dirección de Abastecimiento de PETROBRAS. Declaró que él fue indicado por el Partido Progresista y que hubo mucha resistencia del Consejo de Administración de PETROBRAS, lo que habría sido vencido solamente mediante la intervención personal del entonces presidente de la República Luiz Inácio Lula da Silva y luego el Partido Progresista, con aliados, haya concordado en desobstruir la orden de la Cámara. Del pasaje, destáquese que el Ministerio Público Federal juntó diversos materiales de periódicos sobre la obstrucción de la orden de votación del Congreso en la época del nombramiento de Paulo Roberto Costa (evento 724, anexo 12 y anexo 13).

Esta mención a la obstrucción de pauta por el Partido Progresista y la intervención del expresidente Lula para desobstruirla mediante el nombramiento del Sr. Paulo Roberto Costa para el cargo de director en PETROBRAS es referida por otros delatores y tomada por el Sr. Moro como un as probatorio para condenar al acusado. No reviste ningún sentido criminalizar a un dirigente político máximo por intentar desobstruir la pauta en el Congreso para que los proyectos de interés de las políticas públicas del Ejecutivo pudiesen continuar en marcha. Esto es parte de la actividad política. Si el Partido Progresista y el Sr. Paulo Roberto Costa buscaban, respectivamente, controlar y ocupar el cargo correspondiente con el objetivo de cometer corrupción, tal postura y la respectiva práctica no puede ser imputada a Lula por intervenir para posibilitar el nombramiento. Se trata de una mera deducción. La supuesta actitud del expresidente procurando desobstruir la pauta del Congreso frente a una parte de la base aliada caracterizada por inconsistencia ideológica y orientada en la búsqueda de tajadas de poder en la administración pública constituye un medio de supervivencia política y de mantenimiento del funcionamiento del Estado. Lo que el Juez Moro condena, en

este contexto, es la propia política en un contexto de fragilidad ideológica de los partidos. Pero no puede inferirse de ahí una responsabilidad del expresidente por los actos del servidor nombrado para el cargo con su apoyo.

Incluso la declaración tomada como fundamental en la sentencia, hecha por el Sr. José Adelmário Pinheiro Filho, vulgarmente Leo Pinheiro, en calidad de acusado que pretendía una delación premiada, no expresa ninguna conexión probatoria entre el interés del expresidente en adquirir eventualmente el inmueble localizado en la Playa de Guarujá y el llamado “esquema criminal de PETROBRAS” (conforme la denominación del magistrado en su sentencia, p. 3, ítem 6). No hay ninguna relación de causalidad comprobada en el proceso entre los actos que expresan interés eventual del expresidente y su esposa en adquirir el inmueble de Guarujá y el referido “esquema”. Aquí tenemos nuevamente el desarrollo de un razonamiento abductivo, es decir, por sospecha, a partir de la declaración de uno de los acusados interesados en obtener beneficios producto de su “colaboración”.

En particular, me parece relevante observar que uno de los abogados que elogiaron la sentencia del Juez Moro, el Sr. Ary Sundfeld, fiel representante de las elites paulistas que se contraponen al modelo político propuesto por el expresidente Lula, vinculadas al Partido de la Social Democracia Brasileña, en un artículo de opinión en *Folha de São Paulo*, no dejó de reconocer las dificultades de sustentar la relación entre el “esquema criminal” y los actos orientados para la adquisición del inmueble:

El último punto importante de la sentencia fue el examen de la vinculación entre el tríplex y los sobornos que, a partir de contratos con PETROBRAS, habrían sido montados por OAS con el grupo político de Lula. Hay muchos elementos de prueba en relación a esto, según la sentencia. El punto más delicado, en el que el tribunal va a tener que dedicarse con equilibrio, fue la conclusión en cuanto al liderazgo e involucramiento de Lula. Los ejecutivos de OAS dijeron que el tríplex fue descontado de la cuenta de sobornos del PT. Moro tomó esto en consideración en la lectura de otras pruebas, que dieron indicaciones en el mismo sentido. Pero es un punto difícil, que el recurso va a atacar (Sundfeld, 2017).

La ponderación es correcta. Pero estamos obligados a extraer de ella algo que puede contaminar toda la sentencia. Si no hay “vinculación entre el tríplex y los sobornos”, la condena se torna completamente carente de fundamentos. Lo que queda es la manifestación de adquirir un inmueble y luego desistir. Ningún crimen, por lo tanto, podría ser imputado al expresidente y a su esposa.

Frente a lo expuesto, no veo otra conclusión que no sea que la sentencia carece de base probatoria. La “jurisdicción sentimental”, que antes debería ser llamada político ideológica como expresión de relaciones de poder opresoras, y la “jurisprudencia medieval”, que marcan la sentencia del Sr. Moro contra el expresidente Lula, llevaron a una condena basada en razonamiento por sospecha, en que se pretende imputar al acusado el carácter de “enemigo de la sociedad”, conforme la perspectiva de los actuales detentores del poder, para persistir en el mantenimiento del *statu quo ante*.

BIBLIOGRAFÍA

- Agamben, G. 2005 *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita* (Turín: Einaudi).
- Beccaria, C. 1970 (1764) *Dei Delitti e delle Pene* (Turín: Einaudi) Ed. F. Venturi.
- Bevilaqua, C. 1975 (1922) “Características do direito pátrio” en *Obra filosófica. Vol. II: Filosofia social e jurídica* (San Pablo: USP/ Grijalbo).
- Buarque de Holanda, S. 1988 (1936) *Raízes do Brasil* (Río de Janeiro: Olympio) 20ª edición.
- Cavalcanti Pontes de Miranda, F. 1981 (1928) *Fontes e evolução do direito civil brasileiro* (Río de Janeiro: Forense) 2ª edición.
- Freud, S. 1925 “Die Verneigung” en *Imago: Zeitschrift für die Anwendung der Psychoanalyse auf die Geisteswissenschaften*, Vol. 11, Nº 3: 217-21.
- Luhmann, N. 1990 *Die Wissenschaft der Gesellschaft* (Frankfurt: Suhrkamp).
- Neves, M. 2015 “Ideias em outro lugar? Constituição liberal e codificação do direito privado na virada do século XIX para o século XX no Brasil” en *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Vol. 30, Nº 88: 5- 27.
- Peirce, C. S. 1965 (1934) *Collected Papers, Vol. V* (Cambridge: The Belknap Press-Harvard UP).
- Peirce, C. S. 1965 (1935) *Collected Papers, Vol. VI* (Cambridge: The Belknap Press-Harvard UP).
- Sundfeld, C. A. 2017 “Ao rejeitar parte da denúncia, Moro fortaleceu sentença” en *Folha de São Paulo*, 13 de julio. En <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/07/1900930-ao-rejeitar-parte-da-denuncia-morofortaleceu-sentenca.shtml>>.

OBJETO MATERIAL INEXISTENTE Y AUSENCIA DE DESCRIPCIÓN DEL ACTO PERSONAL COMETIDO POR EL CONDENADO

Márcio Augusto Paixão^{7}*

Lula fue condenado porque, en la visión del juez, habría recibido una ventaja indebida en razón del cargo presidencial, consumando el delito de corrupción pasiva (art. 317 del Código Penal). Tal infracción penal se habría dado, según el magistrado, en el momento en que Lula se convirtió, en octubre de 2009, en “propietario de hecho” de un tríplex en el Condominio Solaris en Guarujá, SP, con lo que él habría “recibido” (“recibir” es el verbo núcleo del tipo penal de corrupción pasiva) una ventaja indebida representada por la diferencia de valor de mercado entre el tríplex y el departamento tipo al que el matrimonio Lula da Silva sería merecedor (por haber adquirido una parte del emprendimiento inmobiliario, que era erguido por una cooperativa).

Según lo veo hay dos grandes problemas que surgen desde el inicio: primero, en octubre de 2009 (mes en el que, según la sentencia, Lula se habría convertido en “propietario de hecho”), el tríplex no existía –el predio entero estaba con su edificación en la fase inicial, con apenas el 21,9% de la obra terminada (datos referidos en la sentencia). Leo Pinheiro reveló, en su interrogatorio judicial, que en 2009 “el piso (del tríplex) todavía no estaba construido”.

Emerge el carácter demente de la tesis, dotada de la irracionalidad más evidente: para el juez del proceso, alguien es capaz de transformarse en “propietario de hecho” de una cosa que solo existirá en el futuro, esto es, propietario de hecho de algo que ni siquiera existe –que será creado, está por ser construido. Lula sería entonces propietario de hecho sin un hecho, dueño de una nada.

Se conjeturan los escenarios más extravagantes frente a esta posibilidad –por ejemplo: un pintor reconocido, cuyas obras de arte son valiosas, se propone adquirir un vehículo automotor y le ofrece al vendedor, en intercambio, la propiedad o posesión de un cuadro que todavía no pintó, pero que dice que pintará. El pintor recibe el auto, sin embargo se jubila y nunca llega a pintar la obra. En la majestuosa visión del juez del proceso, poco importa si el cuadro llegó o no a ser pintado, si existe o no: el anterior dueño del vehículo ya es el propietario de hecho del cuadro.

Se sabe de la posibilidad, normalmente en el área del derecho in-

7 * Abogado Criminalista, graduado en Derecho por la UFRGS.

mobiliario, de que alguien pueda ser propietario de una cosa todavía no construida; sin embargo, esta especie de propiedad sobre una cosa futura solamente puede ser de derecho; nunca, jamás, de hecho –porque el hecho (todavía) no existe.

Permanece todavía el segundo problema inicial: la ausencia de cualquier demostración, sea por el juez en su sentencia, sea por la acusación en su denuncia, de la realización de algún acto comisivo de Lula da Silva para el cometimiento del delito de corrupción pasiva. Conforme la sentencia, Lula se habría convertido en “propietario de hecho” de una cosa (en la época en la cual todavía no existía) sin haber ejecutado ningún acto personal. En general, las denuncias criminales describen que el acusado realizó al menos algún acto empírico: en el homicidio, disparó el gatillo; en el robo, apuntó el arma y recibió los objetos ofrecidos por las víctimas, etcétera.

Sin embargo, esto no ocurre en el caso de Lula: para la denuncia y para la sentencia, él se convirtió en propietario de hecho de una cosa (todavía inexistente) sin haber ejecutado un único acto personal. Ni siquiera le habría dado una orden a un subalterno. Intermediarios y terceros habrían promovido actuación suficiente para convertir a Lula en propietario de algo que no existe. Si fuera suficiente para caracterizar como crimen de corrupción pasiva la integración de bienes en el patrimonio del servidor público sin ningún acto cometido efectivamente por este, entonces basta que cualquier persona descubra los datos de la cuenta bancaria de un funcionario estatal desafecto y, sin conocimiento de este, le deposite valores, para darse como ultimada la infracción penal.

Parece obvio, frente a este ejemplo, que deben ser considerados imprescindibles la conciencia y voluntariedad del sospechoso (obrar doloso –el elemento subjetivo del tipo penal) para hablar de corrupción pasiva –y, aunque todo esto sea bastante evidente, la sentencia peca al no exponer el cometimiento de algún acto consciente y voluntario personal de Lula en cuanto a la adquisición, en 2009, del tríplex.

Marcio Sotelo Felipe*

LAWFARE, ESE CRIMEN LLAMADO JUSTICIA

CONCLUIDO EN PRIMERA INSTANCIA el “proceso del tríplex”, se constata de hecho qué crímenes fueron cometidos. Los del juez. Sobre los imputados al acusado no se puede decir nada.

Se trata de *lawfare*. La aniquilación de un personaje político por la vía de mecanismos judiciales. La serie de episodios grotescos que caracterizó la jurisdicción en este caso no deja ninguna duda al respecto. El solo hecho de que el proceso entre en el imaginario social como un combate “Moro vs. Lula” (una tapa de revista estampó una caricatura de ambos como luchadores de boxeo en un *ring*) evidencia el carácter teratológico de la actuación del magistrado. Moro cometió crímenes, violó deberes funcionales triviales, dañó derechos y garantías constitucionales del acusado, eliminó la confidencialidad de sus comunicaciones, quiso exponerlo y humillarlo públicamente, lo mantuvo detenido sin causa por horas, reveló conversaciones íntimas de sus familiares. No hay nada de irracional en la sospecha de que el ACV de Marisa Letícia haya sido originado en la serie de coerciones a la que su familia fue sometida.

Veamos, en esta perspectiva, algunas de las arbitrariedades cometidas por el juez y aspectos de la decisión que revelan las tesis extrava-

* Fiscal del Estado de San Pablo.

gantes que desfilan a lo largo del sensato ejercicio de la magistratura y evidencian, hasta la saciedad, el ánimo de condenar. El reconocimiento de la validez de esta sentencia por los Tribunales superiores será la evidencia más contundente de que vivimos en un estado de excepción y la Constitución es hoy un pedazo inútil de papel.

VIOLACIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD TELEFÓNICA

La inviolabilidad de la correspondencia es un clásico derecho fundamental. El artículo XII de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “nadie estará sujeto a interferencias en su vida privada, en su familia, en su vivienda o en su correspondencia [...]”.

En la Constitución de 1988 figura como derecho y garantía fundamental en el artículo 5º, inciso XII: “es inviolable la confidencialidad de la correspondencia y de las comunicaciones telegráficas, de datos y de las comunicaciones telefónicas, salvo, en el último caso, por orden judicial, en las hipótesis y en la forma que la ley establece para fines de investigación criminal o instrucción procesal penal”.

Nótese la observación. Hay dos condiciones para que se pueda violar una comunicación telefónica: (i) una orden judicial; (ii) para fines de investigación criminal o instrucción criminal penal.

La observación está reglamentada en la Ley 9.296, del 24 de julio de 1996, que, en su artículo 10, dispone que “constituye crimen realizar intervención de comunicaciones telefónicas, informáticas o telemáticas, o quebrar el secreto de la Justicia, sin autorización judicial o con objetivos no autorizados en ley”. La pena prevista es de dos a cuatro años de reclusión y multa.

Moro había determinado escuchas telefónicas de líneas utilizadas por el expresidente Lula. En el día 16 de marzo de 2016, a las 11:13 horas, suspendió la medida y comunicó a la Policía Federal. El diálogo entre Lula y Dilma fue captado a las 13:32 horas, cuando ya no estaba en vigor la medida. Moro recibió la grabación y a las 16:21 horas es registrado el despacho en el que levantó la confidencialidad y volvió pública la conversación entre la presidenta y el expresidente, en seguida divulgada por la Red Globo.

La conducta se encuadra rigurosamente en lo que prevé como crimen la Ley 9.296/96. La grabación ya no estaba más cubierta por la autorización judicial y no había objetivo autorizado por ley. El dolo fue específico y completamente impregnado de interés político. Lula había sido nombrado ministro y tomaría posesión al día siguiente. La divulgación del audio, en aquel día, por intermedio de la Red Globo, buscó crear un clima político para inviabilizar la investidura del expresidente. Moro se valió criminal e indignamente de la toga para im-

poner a Lula un revés político, conmocionar al país y crear un clima para el *impeachment* de la presidenta.

El ministro Teori Zavaski consideró patente la ilegalidad de la divulgación de la escucha. En este caso la ilegalidad era evidentemente un crimen. El ministro, sin embargo, se abstuvo de la conclusión, no solo en ese momento, sino también, como sus pares, cuando el asunto fue al plenario del STF.

ABUSO DE AUTORIDAD

Las hipótesis de conducción coercitiva son taxativas en el Código de Proceso Penal. Puede ser determinada en dos casos, previstos en los artículos 218 y 260. En este, cuando el acusado no atiende a la intimación para el interrogatorio. En el primero, cuando el testigo no atiende a la intimación.

Lula fue arrancado de su casa al amanecer y llevado al aeropuerto de Congonhas. El expresidente no era en aquel momento (4 de marzo de 2016) acusado y no había sido intimado. Nunca hubo una explicación creíble para ser conducido al aeropuerto, dada la existencia de múltiples instalaciones de la Unión en la ciudad de San Pablo en que podría haber sido tomada su declaración “sin tumulto” (explicación dada por Moro).

Pesa la sospecha de que la idea era conducirlo a Curitiba. Se pretendía un espectáculo mediático (la prensa fue avisada) con el contenido perverso de una humillación pública del expresidente. Lula fue privado por seis horas de su libertad. Se trató tanto de la violación a la garantía constitucional de la libertad individual como del abuso de autoridad, como lo previsto en el art. 4º, letra “a”, de la Ley 4.898, del 9 de diciembre de 1965: “constituye también abuso de autoridad [...] ordenar o ejecutar una medida privativa de la libertad individual, sin las formalidades legales o con abuso de poder”.

Un abuso de autoridad sujeta al responsable a sanciones administrativas, civiles y penales. Vale decir, una vez más Moro cometió infracción penal y violó deberes funcionales.

INTERVENCIONES TELEFÓNICAS EN EL BUFETE DE LOS ABOGADOS DE LULA

Todos los teléfonos del bufete de abogados Teixeira Martins fueron intervenidos. Roberto Teixeira, notorio abogado de Lula, es el titular del bufete. La operadora Telefónica comunicó a Moro que se trataba del bufete de abogados. La prerrogativa de la confidencialidad en la comunicación abogado-cliente es inherente al derecho de defensa. Moro se excusó de una forma que lindó lo ridículo: no había reparado en los oficios de la operadora frente al volumen de servicios de su Corte, de

los innumerables procesos que allí se tratan. Sucede que Moro tiene designación exclusiva y atiende solamente los procesos del *Lava Jato*. De este modo, o confesó una grave negligencia o mintió.

Negligencia que nunca se vio cuando se trataba de materia de la acusación.

LOS “FUNDAMENTOS” DE LA SENTENCIA

El hecho por el cual Lula fue condenado puede sintetizarse así. Según la acusación, el Grupo OAS, responsable por obras en dos refinerías de PETROBRAS, distribuía sobornos a directores de la estatal y agentes políticos. Le habría cabido a Lula una ventaja obtenida básicamente por medio de la diferencia de precio entre un departamento simple y un tríplex en un edificio situado en Guarujá, diferencia que sumaría R\$ 2.429.921,00. Por esto Lula habría incurrido en el crimen de corrupción pasiva, que consiste, de acuerdo con el artículo 317 del Código Penal, en “solicitar o recibir, para sí o para otro, directa o indirectamente, aunque fuera de su función o antes de asumirla, pero en razón de ella, ventaja indebida, al aceptar promesa de tal ventaja”.

La condena solamente se justificaría demostrando que Lula tenía el dominio de lo que ocurría en PETROBRAS. Que consintió, adhirió, participó y que hubo práctica de acto de oficio recompensado por el departamento de Guarujá. Recuérdese que Collor fue absuelto exactamente porque no se demostró la práctica del acto de oficio en el crimen de corrupción pasiva.

Nada fue probado. No hay el más remoto indicio de práctica de acto de oficio o del dominio de lo que ocurría en el ámbito de la estatal. Moro intentó, en vano, compensar esta fragilidad con confesiones informales (no hubo acuerdo formal de delación premiada) de los coacusados de OAS, particularmente Leo Pinheiro. Luego de negar, en una primera delación, la participación de Lula en el esquema de sobornos, Pinheiro cambió su declaración luego de ser encarcelado por Moro. Vio la oportunidad de conseguir beneficios diciéndole a Moro lo que todo el mundo sabía que Moro quería escuchar. Aunque condenado a más de treinta años también en otro proceso, tuvo sus penas unificadas a dos años y seis meses de reclusión.

Veamos el lavado de dinero. Está tipificado en el artículo 1º de la Ley 9.613/98: “ocultar o disimular la naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento o propiedad de bienes, directos o valores provenientes, directa o indirectamente, de infracción penal”.

El hecho de que el departamento conste a nombre del Grupo OAS, siendo supuestamente Lula el “propietario de hecho” –la alegada ventaja por el acto de oficio jamás cometido– posibilitó la condena por lavado de dinero.

El razonamiento de que el propio autor del crimen antecedente puede ser sujeto activo del lavado de dinero, aunque tenga adeptos, es insustentable. Es parte de la saña punitivista que nos asola. Se destaca parte del *iter criminis* para tornarlo otro crimen.

Los verbos que conforman el núcleo del tipo, ocultar o disimular, son inherentes al crimen antecedente. Nadie comete algún crimen sin cuidar de no exponer su producto para que pueda obtener la ventaja que lo motivó. Nadie roba, por ejemplo, un automóvil para desfilarse ostensivamente con él por las calles de la ciudad. La ocultación o disimulación es un medio para la concreción del crimen, apropiación final de la ventaja. Por lo tanto, castigar al propio autor del crimen por simplemente ocultar o disimular es castigar dos veces por el mismo hecho, llamado “*bis in ídem*”.

Incluso si se admite que el propio sujeto activo del crimen antecedente puede ser sujeto activo del crimen de lavado de dinero, será necesaria una segunda conducta para tornar aprovechable el fruto del crimen. En el juzgamiento de la AP 470, el *Mensalão*, varios ministros se pronunciaron en este sentido. Por la síntesis y claridad tomo un pasaje del ministro Barroso:

El recibimiento por modo clandestino y capaz de ocultar al destinatario del soborno, además de esperado, integra la propia materialidad de la corrupción pasiva, no constituyendo, por lo tanto, acción distinta y autónoma del lavado de dinero. Para caracterizar este crimen autónomo sería necesario identificar actos posteriores, destinados a recolocar en la economía formal la ventaja indebidamente recibida (Barroso *apud* Bottini, 2015).¹

INDETERMINACIÓN DE LOS HECHOS Y PRESCRIPCIÓN

Moro en ningún momento establece en qué fecha exacta se habrían dado los hechos. Esto es indispensable para verificar la consumación; y la consumación es el marco inicial de la prescripción. Lula tiene hoy más de 70 años, lo que reduce a la mitad los plazos prescriptivos. ¿Cómo saber en qué momento prescribirán los crímenes?

ESTADO DE EXCEPCIÓN

Considerando todo esto, lo que tenemos es el típico *lawfare*. La destrucción del enemigo político por medio de un proceso aparentemente legal.

Moro no es un juez solitario y temerario persiguiendo un personaje político. El *lawfare* solamente llegó a este punto porque tiene

1 Ver Bottini (2015). En <<http://www.conjur.com.br/2015-set-22/direito-defesa-lavagem-dinheiroconsiste-ocultar-necessario-crime>> Acceso 20 de julio de 2017.

aval, cobertura y complicidad por parte de los Tribunales superiores, inclusive el STF, que, entre otras cosas, se omitió ante el crimen de violación de la confidencialidad de la comunicación telefónica (Teori no se detuvo sobre el asunto cuando el tema fue a plenario, así como sus pares). Con esto recibió “licencia para matar”.

En el TRF-4, el Relator de la representación contra Moro por la violación de la confidencialidad telefónica se valió de Carl Schmitt, el príncipe de los juristas nazis, para sostener el fundamento de que se trataba de una situación excepcional, negando así eficacia a los derechos y garantías constitucionales del expresidente.

Moro tiene la cobertura favorable de los grandes medios, que lo proyectan en el imaginario popular como un guerrero santo combatiendo al dragón de la maldad.

Moro participó, consciente, deliberadamente, del golpe del *impeachment*. La divulgación del audio de la conversación entre Lula y Dilma, ilegalmente ofrecida para la divulgación a través de la Red Globo en el día inmediatamente anterior a la asunción de Lula como ministro, no podía tener otro objetivo.

Importa, sobre todo, concluir que no estamos más en una democracia. Lo que tenemos, con los preparativos y la consumación del *impeachment*, es una dictadura de nuevo tipo, que preserva engañosamente las instituciones políticas y jurídicas clásicas del Estado liberal y democrático, pero vaciadas del contenido real democrático (lo que el jurista y magistrado Rubens Casara viene denominando posdemocracia). En esta dictadura de nuevo tipo, lo que antes se hacía por la fuerza de las armas y por la violencia para destruir al adversario político ahora se hace mediante el *lawfare*. En esto, el Poder Judicial, que en las antiguas dictaduras tenía un papel accesorio, de coadyuvante, se torna el protagonista de la violencia estatal ilegítima. Antes era un soldado o policía que en el silencio de la noche destruía al ciudadano. Ahora es una sentencia a plena luz del día.

Marcio Tenenbaum*

EL CAPITÃO DO MATO Y LA PALOMA MENSAJERA

ENTRE LOS SIGLOS XVI y XIX, el esclavismo era el modo de producción de la economía brasileña. El inmenso territorio descubierto por los portugueses propiciaba el cultivo, a gran escala, del azúcar, tan deseado por los europeos, que lo extraían de la remolacha. El “ingenio” de la metrópoli portuguesa para dar cuenta de esa producción fue la implantación de mano de obra esclava africana, que transformó a nuestro país en uno de los mayores importadores de esta población.

Nunca fue fácil mantener la mano de obra esclava bajo el yugo del señor de la Casa Grande y del Ingenio, que era obtenido solamente a través de constantes castigos físicos contra aquellos que insistían en huir en busca de los *Quilombos*. Como reacción a la lucha desesperada por la libertad, fue preciso crear un aparato de búsqueda y aprehensión de estos esclavos fugitivos que amenazaban el modo de producción vigente. Nacía el *Capitão do Mato*.

De tiempo en tiempo, las diferentes elites brasileras crean sus *Capitães do Mato*, especialmente cuando la excluida mayoría del pueblo emite alguna señal de que pretende salir del que se considera su debido lugar. Con este propósito, nuestras elites no acostumbran a

* Abogado.

ensuciar sus propias manos, habituándose la práctica de tercerización o de la contratación de “testaferros”, para valernos de los términos en boga en estos días.

El fin de la esclavitud y el nacimiento de la República no significaron una gran emancipación en la vida de las masas excluidas, ni incluso para aquellos que engrosaron las filas del recién creado Ejército brasileño y participaron en la Guerra del Paraguay. Cuando retornaron al país encontraron una nueva modalidad de habitar en la capital del Imperio: la *favela*.

La historia del desarrollo económico brasileño es la historia de la exclusión. Aquí, la construcción del país siempre buscó contemplar apenas una ínfima camada de la población: en el pasado, los Señores de los Ingenios, en el presente –por lo menos hasta la llegada al poder del Partido de los Trabajadores en 2003– los capitanes de la industria y del sistema bancario. Para asegurar los privilegios, durante la República Vieja, la policía se encargaba de resolver los conflictos sociales, lo que no cambió mucho a lo largo del Estado Nuevo, que produjo a Filinto Muller, el famoso jefe de la Policía Política del Distrito Federal, responsable directo por la deportación de Olga Benário a la Alemania nazi. En la dictadura militar, fue el turno de las Fuerzas Armadas asegurar un país para pocos. ¿Será que en la vigencia de la Constitución de 1988 las elites brasileñas buscan en el Poder Judicial el *Capitão do Mato* del pasado? ¿Estará el Poder Judicial aceptando la tarea de traer de vuelta a su lugar al esclavo que soñó con la libertad? Si Lula representa el sueño de Zumbi dos Palmares y de tantos otros que creyeron en la posibilidad de la emancipación del pueblo brasileño, ¿la inconsistente sentencia condenatoria recibida por el expresidente no representa, en alguna medida, la señal de que este país está reservado para pocos?

A pesar de ser provenientes de las camadas populares, los *Capitães do Mato* fueron retratados por Rugendas montados en bellos caballos. Muchos de los integrantes del sistema de justicia brasileño, en la función complementaria de asegurar el *statu quo*, tienen sus imágenes vinculadas a premios, viajes y altos salarios. Pero, de la misma forma que los *Capitães do Mato* de antaño, ellos tampoco se casan con las hijas de los Señores del Ingenio.

La inconsistente sentencia del juez Sérgio Moro, que condenó al expresidente Lula a 9 años y 6 meses de prisión, no es otra cosa sino un nuevo intento de nuestra elite para colocar en el cabestro a quienes durante un tiempo creyeron que el capitalismo brasileño debería incluir más que a su histórico 30%. En este sentido, la sentencia no alcanza solamente a la persona del expresidente, sino que condena igualmente a un proyecto comprometido con objetos igualitarios y

con una transferencia de la renta que permite movilidad social y ascenso profesional.

Las palomas mensajeras son entrenadas para llevar mensajes. Un entrenamiento lento y exhaustivo es la garantía de que aprenderán a volver de donde partieron, porque más importante que llevar el mensaje es saber regresar al lugar que pertenecen. Esta es la garantía de que el mensaje fue entregado. Si el sistema de justicia brasileño, al condenar sin pruebas al expresidente Lula, pretende eliminar al mayor líder popular del país, actúa como los *Capitães do Mato*. Se olvidan solamente que un líder político como Lula jamás retornará al lugar del que salió. Al final, no sería quien es si tuviese vocación de paloma mensajera.

Marco Alexandre de Souza Serra*

ENTRE LA LEGITIMIDAD Y LA VIOLENCIA

A PROPÓSITO DE LA PRIMERA CONDENA CRIMINAL DE LULA

LA PRIMERA Y MÁS PERSISTENTE impresión que se tiene, al aproximarse a cualquier evento ocurrido en el contexto de la Operación *Lava Jato*, es que el magistrado que preside los procesos criminales que derivaron de las investigaciones, en verdad, ha funcionado como presidente de la propia operación. La lectura de la sentencia que culminó en la primera condena contra el expresidente Lula es capaz de convertir tal impresión en una sólida convicción. Puede ser que una afirmación como esta no revista ninguna novedad. Pero tal vez aún sea necesaria, por más increíble que parezca, porque, a la distancia que el grueso de la población acompaña las interminables fases de la Operación *Lava Jato*, un papel tanto o más prominente debería estar reservado al Ministerio Público, al menos en el campo de la iniciativa probatoria.

En la lectura de la extensa y repetitiva sentencia, una expectativa así no tarda en deshacerse. Aunque afirme guiarse sobre todo en la prueba documental acumulada en los autos procesales, la sentencia dedica mucha más energía en explicitar la prueba oral, recurriendo por lo tanto al expediente de transcribir las declaraciones grabadas

* Doctor en Derecho Penal por la Universidad del Estado de Río de Janeiro (UERJ-2017) y profesor de la Pontificia Universidad Católica del Paraná (PUC-PR).

por sistema de audio y video. A pesar de la utilidad que tal expediente pueda revestir, es a partir de él, justamente, que se advierte sin rodeos el protagonismo judicial, ya que la gran mayoría de las preguntas transcritas son de autoría del elogiado magistrado y apenas una pequeña porción de las mismas queda a cargo del órgano acusatorio, que es el Ministerio Público Federal. Es posible que el magistrado haya preferido valerse de sus preguntas en detrimento de las efectuadas por los otros sujetos –estos sí necesaria y legítimamente parciales– de la relación procesal, porque ellas serían, según su propia percepción, más pertinentes. Aunque no pueda ser descartada, esta posibilidad no es capaz, por sí sola, de explicar la desproporción señalada. En el curso de otro proceso criminal de la operación *Lava Jato*, el abogado y profesor Jacinto de Miranda Coutinho tuvo la paciencia de efectuar el conteo de preguntas efectuadas por el juez y por los miembros del Ministerio Público a los innumerables declarantes de la causa. Mientras que los últimos –que integran un comando y que, por lo tanto, son varios– hicieron cerca de 900 preguntas, el verdadero protagonista de los incontables hechos realizó más de 2.100 preguntas.¹

La garantía de imparcialidad integra un conjunto de franquicias democráticas que, si por un lado, asisten y fortalecen el sujeto hiposuficiente de toda y cualquier relación procesal-penal –que es el acusado–, por otro lado se confunde, necesariamente, con aquella que debería ser comprendida, sobre todo por aquellos que la desempeñan, como la más irrenunciable de las características de la función judicial: la independencia, sea en su dimensión objetiva o funcional, sea en su aspecto subjetivo, en respeto, en ambos casos, al órgano de soberanía encarnado por los jueces y los tribunales, en el ejercicio, que les compete con exclusividad, de un poder de Estado.

A su vez, el atributo de la independencia se descompone en varios significados, en las que se exteriorizan y evidencian implicaciones que traspasan el plano estrictamente jurídico, produciendo implicaciones políticas, económicas y sociales.² En esta perspectiva es que la calidad de la independencia debe revelarse frente a los restantes poderes del Estado, a la generalidad de los tribunales, a la organización jerárquica de la burocracia judicial a la que el propio magistrado está vinculado y, finalmente, frente a cualquier grupo de la vida pública. Entre estos grupos se destacan los medios más o menos corporativos y los partidos políticos, cualquiera sea la orientación que ostenten.

1 Esta información puede ser retirada de las notas taquigráficas transcritas del juicio de apelación criminal N° 5083376-05.204.4.04.7000 ante la 8ª sección del Tribunal Regional Federal de la 4ª Región, el 08/06/2016.

2 En este sentido, Figueiredo Dias (1974: 304).

Debe agregarse, en el mismo sentido, que este mismo predicado, comprensible como garantía o característica, está en conformidad con el modelo procesal que nuestro orden jurídico, caudatario de aquellos de aspecto liberal más avanzado, si no adopta en plenitud, promete anhelar. Tal modelo es aquel reconocido como acusatorio, de remota tradición, y que al mismo tiempo sigue considerando que el papel reservado al juez debe estar marcado por la placidez, notoriamente en el plano probatorio. Para ser más riguroso, según el arquetipo acusatorio, la iniciativa probatoria está prohibida al magistrado. Debe reservarse a aquellos sujetos procesales necesariamente parciales, de suerte que a estos les compete, citando de nuevo a Jacinto de Miranda Coutinho (1998: 163-198), la “gestión de la prueba”. En el modelo antagónico (inquisitivo), en el cual la pureza no es posible, la gestión de la prueba es atribución del juez, con el correlato efectivo de convertir al acusado en mero objeto de investigación.

Estas consideraciones, sin ninguna pretensión de originalidad, precisan ser recuperadas a fin de informar al público en general, no iniciado en asuntos jurídicos, tanto más en estos conceptos abstractos dado que son principios lógicos, en qué términos se desarrolla la teoría jurídica y qué proyecciones implica sobre este caso tan estruendoso como decisivo para el futuro y el presente, a partir de las tradiciones y traducciones que le conforman la existencia y le reclaman cierto compromiso histórico, inclusive con el pasado. Aunque no sea mucho, la tradición liberal, si fuera considerada seriamente en el horizonte de proyección del derecho procesal penal, es capaz de producir un sistema de garantías bastante ambicioso,³ habilitado a conjurar gran parte de los abusos derivados del ejercicio en acto del poder punitivo estatal, que se realiza por medio del derecho procesal penal.

La consecuencia que tal violación a un principio como es el de la imparcialidad, correlativo a la independencia judicial, permite, es la invalidez de todo el proceso en que ella se revela.

Los procesos que se tramitan en torno de la operación *Lava Jato* ostentan, aunque en este nivel de generalidades, otras tantas fuentes de contaminación de su salud jurídica. Entre ellas también se destaca una violación a otro principio de índole equivalente que es la del juez natural. En principio, la competencia para procesar y juzgar una causa criminal cabe al juez con jurisdicción en el lugar en que el crimen se consuma. Para permanecer en la decisión que se está confrontando, los crímenes de corrupción pasiva y lavado de dinero por los que el expresidente Lula fue condenado versan sobre el recibimiento de un departamento para el que habría contribuido apenas con una parte del

3 La referencia necesaria, a este respecto es, por todos: Ferrajoli (2002).

precio. Tal departamento significaría ventaja indebida porque su ofrecimiento estaría vinculado al hecho de que el acusado ha sido expresidente de la República. A esto se agrega, todavía según la perspectiva de la sentencia condenatoria, el ocultamiento de la titularidad real del departamento, en tanto que, formalmente, incluso con su adquisición por parte del expresidente Lula y su fallecida esposa, el inmueble continuó formalmente registrado a nombre de una de las empresas del Grupo OAS. Una razón complementaria sería la responsable por la fijación de la competencia en la 13ª Sala Federal de Curitiba: la existencia de conexión y de continencia, bajo sus diversas formas, convergiendo en el mencionado juicio en función de la prevención como criterio residual (artículo 78, *caput*, c del Código de Proceso Penal) para tal determinación. La referida prevención se habría establecido en función de un crimen de lavado de dinero recibido en soborno por, entre otros, el exdiputado federal José Janene, soborno con origen en la Acción Penal N° 470 que tramitó en el Supremo Tribunal Federal, conocida vulgarmente como “*Mensalão*”, pero que también alcanzaba al esquema criminal cuya víctima principal fue PETROBRAS. Descender a los demás detalles que han sido accionados, inclusive por tribunales superiores, a fin de mantener o enviar investigaciones y procesos frente a la 13ª Sala Federal de Curitiba no es una posibilidad para estas notas. Más imposible, sin embargo, es creer que la prevención sea razón suficiente para atraer la competencia para juzgar crímenes cometidos en lugares diferentes con penas igualmente distintas en términos de gravedad (art. 78, II, *a* del CPP) o en número mayor en caso de infracciones de la misma gravedad (art. 78, II, *b* del CPP). Básicamente porque, incluso frente a las causas de la prorrogación de competencia, las reglas de determinación en razón de la materia o del lugar prevalecen sobre la prevención, que debe continuar, a tal efecto, siendo comprendida como derecho subsidiario.⁴

4 En esta misma línea decidió, a propósito de hecho también vinculado a la operación *Lava Jato*, el Supremo Tribunal Federal en la cuestión de orden juzgada en el contexto de la investigación N° 4.130, de cuyo texto se transcribe el siguiente fragmento: “[...] 6. La prevención, esencialmente, no es un criterio primario de determinación de la competencia, sino de su concentración, razón por la que, inicialmente, observadas las reglas ordinarias de determinación de la competencia, tanto *ratione loci* (art. 70, CPP) como *ratione materiae*. 7. En los casos de infracciones conexas, cometidas en lugares diversos, se han de observar las reglas de determinación del foro prevalente previstas en el art. 78 del Código de Proceso Penal, una vez que la conexión y la continencia importan en unidad de proceso y juicio. 8. La prevención, en los términos del art. 78, II, c, del Código de Proceso Penal, constituye un criterio residual de evaluación de la competencia. 9. No habrá prorrogación de la competencia del juez procesal –ampliándola para que conozca sobre una causa para la que, por separado, no sería competente, si no están presentes i) una de las hipótesis de

Muchas son las otras cuestiones instigadoras constantes de la condena de Lula, sobre todo las que avanzan sobre el mérito de la causa. No faltan estímulos para enfrentarlos.

El espacio disponible recomienda concluir deteniéndose apenas sobre otro aspecto final. Para ello será necesario evitar cualquier juicio sobre una posible verdad que el impresionante acervo probatorio reunido en el proceso permite divisar. En un nivel simultáneamente más alto y profundo de comprensión, en fin, parece indudable que, como le sucede a la generalidad de los procesos criminales, la selectividad, intrínseca al funcionamiento del sistema penal, se exteriorizó en toda su plenitud. A ella tradicionalmente se le pueden anteponer

conexión o de continencia (arts. 76 y 77, CPP) y ii) una de las hipótesis del art. 78, II, del Código de Proceso Penal. 10. Como ya [fue] decidido por el Supremo Tribunal Federal, “la conexión intersubjetiva o instrumental derivada del simple encuentro fortuito de prueba que nada tiene que ver con el objeto de la investigación principal no tiene el poder de imponer el *unum et idem iudex*”. De la misma manera, “el simple encuentro fortuito de prueba que no tiene relación con el objeto de la investigación en curso no significa *simultaneus processus*” (RHC N° 120.379/RD, Primera Cámara, Relator el Min. Luiz Fux, DJE de 10/24/14). 11. Aunque el juicio de origen, sobre la base de las declaraciones del imputado colaborador y en las pruebas por él presentadas, haya decretado prisiones cautelares y ordenado la ruptura de confidencialidades bancarias o fiscales y la realización de registros y confiscaciones o de intervención telefónica, estas medidas, por sí solas, no generan su prevención, con base en el art. 83 del Código de Proceso Penal, se aplicarán primariamente las reglas de competencia del art. 70 del Código de Proceso Penal (lugar de la consumación) o del art. 78, II, a o b, del Código de procedimiento penal (determinación del foro prevalente, en el caso de conexión o continencia). 12. Los ilícitos en el cálculo de los procedimientos que se encaminan por el juicio de la 13ª Corte de la Sección Judicial del Paraná se refieren, entre otros hechos, a traspasos de valores por la prestadora de servicios de informática en la gestión de préstamos de los servidores federales, en el marco del Ministerio de Planificación, Presupuesto y Gestión, con la utilización, en tesis, de billetes fiscales falsos y de empresas de fachada. 13. No hay relación de dependencia entre el recuento de esos hechos y la investigación de fraudes y desvíos de recursos en el marco de PETROBRAS, a apartar la existencia de conexión (art. 76, CPP) y de continencia (art. 77, CPP) que pudieran dar lugar a *simultaneus processus*, aunque los esquemas fraudulentos pueden eventualmente tener un operador común y destino similar (traspaso de recursos a partido político o candidato a cargo electivo). 14. El hecho de que la Policía Judicial o el Ministerio Público Federal denominaran “fases de la operación *Lava Jato*” una secuencia de investigaciones sobre crímenes diversos –aunque su génesis sea la obtención de recursos creados para la obtención de ventajitas personales y la financiación de partidos políticos– no se superpone a las normas disciplinarias de la competencia. 15. Ningún órgano jurisdiccional puede enjuiciarse de juicio universal de todo crimen relacionado con la desviación de los fondos para fines político partidarios, en ausencia de las normas de competencia. 16. La misma razón (inexistencia de conexión) que motivó el no reconocimiento de la prevención de Ministro de la Corte Suprema que supervisa la investigación de crímenes relacionados con PETROBRAS se extiende al juicio de primer grado. [...] (Inv. 4130 QO, Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, juzgado el 23/09/2015, SENTENCIA ELECTRÓNICA DJe-020 DIVULG 02-02-2016 PUBLIC 03-02-2016).

los antídotos reunidos bajo la idea del debido procedimiento legal. Pues bajo el caparazón de la legalidad que experimentamos, la legitimidad de un ejercicio de poder tan grave se obtiene por la reverencia a los procedimientos anticipadamente consagrados a tanto. Sin ella no habrá legitimidad, ni legalidad. Solo ejercicio de violencia, sin ninguna mediación jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

De Miranda Coutinho, J. N. 1998 “Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro” en *Revista da Faculdade de Direito da UFPR* (Curitiba) N° 30: 163-198, dic.

Ferrajoli, L. 2002 *Direito e razão: teoria do garantismo penal* (San Pablo: Revista dos Tribunais).

Figueiredo Dias, J. 1974 *Direito procesual penal* (Coimbra: Coimbra editora).

Margarida Lacombe Camargo y José Ribas Vieira*

LA SENTENCIA CONDENATORIA DE LUIZ INÁCIO DA SILVA Y LA ARGUMENTACIÓN NEGATIVA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

LA SENTENCIA CONDENATORIA del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva apela, marcadamente, a un contexto narrativo que extrapola los límites del caso concreto. En un artículo publicado en *Jota*, en marzo de 2016, con el título “La estrategia institucional del juez Sérgio Moro descrita por él mismo”,¹ mostramos que el juez autor de la sentencia condenatoria del expresidente Lula, en sus trabajos académicos, siempre sustentó la prevalencia del Poder Judicial frente a los demás poderes de la República, bajo la ecuación de que “cuanto mayor la deslegitimación del sistema político, mayor la legitimación de la magistratura”. Y, bien al estilo del estado de excepción de Carl Schmitt, en que rige el decisionismo,² él apela directamente a la opinión pública como forma de legitimar sus acciones. Es lo que se percibe también ahora, en la sentencia condenatoria del expresidente Lula, cuando encontramos un discurso dirigido primordialmente al

* Profesores de Derecho de la UFRJ.

1 Ver <<https://jota.info/artigos/estrategia-institucional-juiz-Sérgio-moro-descrita-por-ele-mesmo-28032016>>.

2 Sobre el decisionismo en el Estado de Excepción ver Porto Macedo (2011), especialmente el ítem 4.1.

público y cuya fuerza persuasiva recae sobre la construcción de una narrativa criminal que sobrepasa los límites del proceso. Por esto, la decisión en juego solo puede ser comprendida en el contexto del golpe parlamentario del 7 de abril de 2016, cuando la base del gobierno en el Congreso Nacional se volvió contra la presidenta electa Dilma Rousseff, aceptando el pedido de su apartamiento finalmente consumado el día 31 de agosto del mismo año.³

Elio Gaspari (2017) describe el golpe en pocas palabras: “La primera idea fue la de elegir a Aécio Neves. Faltaron tres millones de votos (3%). Entonces vino la segunda chance, la de derrumbar a Dilma Rousseff. Fue exitoso, y Michel Temer fue a Planalto con una plataforma opuesta a la de la campaña de Dilma, pero con una base de apoyo parlamentario casi idéntica”.⁴

El golpe parlamentario, que así se confunde con el *impeachment*, solo fue posible porque contó con una fuerte campaña contra el gobierno, por parte de los medios manipuladores. Los grandes medios se valieron de los resultados de las investigaciones producidas en el ámbito de la Operación *Lava Jato* para fomentar en la opinión pública una guerra contra la corrupción y fragilizar las instituciones vigentes. En momentos como estos, la credibilidad de los poderes que se sustentan en la soberanía popular es la más afectada, y con más fuerza todavía esto se da con aval del Poder Judicial. Por lo tanto, es la democracia la que sufre.

Sucede que, cuando el combate a la corrupción, que se encuentra en el ámbito del crimen, se da para fines políticos, las esferas de lo político y de lo jurídico se confunden. Eso fue lo que se observó recientemente en Brasil, con el *impeachment* de la presidenta Dilma, que contó con la complicidad del Poder Judicial. El Supremo Tribunal Federal brasileño apenas se refirió en relación al *impeachment* como dejó también de sancionar todas las iniciativas heterodoxas tomadas por el juez responsable de la Operación *Lava Jato*, que ayudó a montar el “conjunto de la obra” necesario a la deflagración de todo este proceso. Una típica actitud corporativista del Poder Judicial, que contó también con la actuación expresa del Tribunal Regional Federal de la 4ª Región, pero que, al adentrar en el campo de la política, sirvió para conferir legitimidad a lo que no era legítimo. Todo esto para garantizar la sustitución de la presidenta de la República y alejar del escenario político al Partido de los Trabajadores y su líder principal, el también expresidente Lula.

3 Sobre el golpe parlamentario ver el libro de Dos Santos Wanderley (2017), especialmente pp. 25 a 31.

4 Diario *O Globo* del 9 de julio de 2017.

Fue un proceso traumático para el pueblo brasileño. No solamente porque la economía y la credibilidad del país quedaron extremadamente afectadas, sino también porque las medidas de austeridad que le siguieron llevaron al retroceso de la conquista de los derechos sociales, al mejor estilo neoliberal. Pero los efectos negativos no se limitaron a esto. El éxito del golpe dependió de la imagen despreciativa de nuestras instituciones *ad nauseum* dirigidas por los grandes medios. Día y noche, noche y día, partidos políticos, parlamentarios y cuadros integrantes del Gobierno pasaron a ser puestos en la mira y la política desacreditada. Aunque en un proceso selectivo, para alcanzar a unos y excusar a otros, la política partidaria acabó siendo herida de muerte, pasándose a buscar cuadros alternativos en la iniciativa privada, donde se cree que pueden estar los emisarios de la moralidad emprendedora.

Además de esto, el sectarismo tomó cuenta de la sociedad afectando relaciones personales y familiares. El odio inhibido por las reglas de convivencia social encontró un terreno fértil para ser destilado en las redes sociales, en tanto que en el aislamiento del ambiente virtual las personas se sienten valientes para manifestar posiciones radicales, no infrecuentemente ofensivas y discriminatorias, que la presencia física reprime. Son consecuencias péfidas que quizá los defensores del golpe no imaginaron, ya que todo parecía poder ser resuelto pacíficamente por la vía del *impeachment*.

Ocurre que el golpe no se mostró eficaz con relación a los resultados pretendidos dado que las reformas neoliberales que pretendía implementar no alcanzaron el éxito vislumbrado. El gobierno de Temer no consiguió formar cuadros para su administración. Fue objeto de escándalos de corrupción y perdió popularidad. El “mercado” abandonó a Temer, según señala el mismo Elio Gaspari; y ahora se aproximan las elecciones generales del 2018, con el PT mostrándose como fuerte candidato a la Presidencia de la República. En la senda del golpe, que no se consumó del todo, muy probablemente la sentencia condenatoria de Luiz Inácio Lula da Silva aparezca en un momento providencial para impedir que la izquierda vuelva al poder. De la misma forma que Dilma fue alejada de la presidencia de la República por el “conjunto de la obra”, Lula fue condenado por el “contexto de corrupción endémica” que nos cerca. Dilma tuvo las “*pedaladas*” fiscales y los *decretos presupuestarios* (*orçamentários*) como pretextos para su alejamiento de la presidencia de la República y Lula la “propiedad” fantasma de un departamento tríplex en Guarujá (SP) como justificativo para su condena por los crímenes de corrupción y lavado de dinero.

Como típico de un contexto de Estado de Excepción, en que las instituciones se encuentran rotas y los gobernantes hablan directa-

mente al pueblo en busca de apoyo, el juez Sérgio Moro, en su decisión, se dirige especialmente a la sociedad. Construye una narrativa que va al encuentro de todo aquello que la sociedad quiere escuchar, y que es discurso fácil: el combate a la corrupción. Buena parte de las 238 páginas es ocupada con justificaciones sobre las medidas de excepción tomadas durante todo el proceso de incriminación del expresidente Lula, bajo la lógica de que los fines justifican los medios, y siempre con el respaldo del Poder Judicial. Lo que podemos denominar “*lawfare*”, esto es, la politización de la ley para el uso sin límites del poder y el derecho sirve de arma contra el propio derecho; o bien el derecho lucha contra el propio derecho.⁵

Para esto, el juez se vale largamente de la retórica. Pero en el mal sentido, porque no se atiende a los límites del proceso. Construye una línea argumentativa que traspasa al caso concreto, en búsqueda de apoyo del público. Va más allá de la comprobación del crimen de corrupción pasiva y lavado de dinero, relacionados a la supuesta propiedad del departamento que entiende que fue sido recibido como soborno. Se apoya, así, en un contexto que construye como criminal.

Señalo como mal uso de la retórica⁶ toda la estrategia de argumentación y convencimiento que sobrepasa los límites de la comprobación objetiva de la autoría y de la materialidad del crimen objeto de la denuncia, en una estrategia de puro convencimiento al público en general. Distinto de autores de matriz pospositivista que apuestan en la argumentación respetados los límites institucionales del Estado Constitucional, como Alexy, MacCormick, Dworkin y Atienza (2017),⁷ lo que se ve en la sentencia del juez Moro es una argumentación que, en la línea del Estado de Excepción, rompe con los límites institucionalmente impuestos, en el caso notoriamente por las reglas

5 Ver entrevista concedida por John Comaroff, Profesor de Harvard y especialista en la delimitación de la categoría “*lawfare*”, en <<http://www.downloadyoutubeonline.com/video/skCRotOT1Lg>>.

6 Utilizo aquí el término “retórica” en el sentido de la “nueva retórica” de Chaim Perelman (s/d), que, en su teoría, llama la atención sobre los elementos persuasivos de las sentencias judiciales.

7 El pospositivismo asume la argumentación jurídica en una perspectiva valorativa, respetando los límites institucionalmente impuestos. Alexy defiende la teoría del caso especial, trabajando la razón práctica en los límites de la dogmática jurídica y de los precedentes judiciales; Dworkin, con la analogía de la novela en cadena, circunscribe la interpretación y aplicación de los derechos en los precedentes y en los principios que caracterizan el Derecho como integridad; MacCormick respeta los límites del razonamiento lógico deductivo propio del Derecho; y Atienza encierra la argumentación en los límites del Estado Constitucional.

del proceso penal. Se dirige directamente a la sociedad, apelando a una argumentación meramente persuasiva en búsqueda de apoyo para sus hechos. Se vale de fragmentos de otros procesos e investigaciones en curso, como es el caso de la reforma del sitio de Atibaia. Como las pruebas de la propiedad del departamento de Guarujá son frágiles, el juez Sérgio Moro se socorre de estas otras fuentes para construir una explicación lo suficiente robusta para suplir esa fragilidad. Hasta artículos periodísticos son considerados en apoyo a su narrativa probatoria.

Después de concluir por la propiedad del inmueble con sostén principal en el testimonio del presidente de la empresa OAS, que, en calidad de colaborador, se beneficiaría directamente de los resultados de la información presentada (ítems 643 a 647), el juez añade la justificación de su decisión con lo que explica serían las causas del crimen: la participación de OAS en el esquema de corrupción de PETROBRAS y sus relaciones con el Partido de los Trabajadores, lo que pasa a describir en detalle. Pero el juez fue más lejos y señaló a una serie de otras personas involucradas aunque fuera del ámbito de la acción, transcribiendo fragmentos de testimonios que, por fuerza de deducciones, acaban por incriminar al expresidente Lula (ítems 648 a 806 de la sentencia):

801. Parece, por cierto, un poco extraño que, ante la magnitud del esquema criminal, ilustrado por el hecho de que PETROBRAS haya reconocido cerca de seis mil millones de reales en pérdidas contables con corrupción en el balance de 2015, no tuviera el expresidente ningún conocimiento, máxime porque él, el esquema criminal, también estaría involucrado en el uso de sobornos en acuerdos de corrupción en PETROBRAS para financiación de campañas electorales, incluso del Partido de los Trabajadores con la que el expresidente fue elegido y luego su sucesora.

802. Además, llama la atención la ausencia de juicios de reprobación por parte del expresidente en relación a agentes públicos y políticos que, durante su Gobierno, habrían participado en el esquema criminal que perjudicó a PETROBRAS.

Vimos entonces que el juez precisó ir más allá para condenar a Lula. Una distancia que se sustenta más por la fuerza retórica de una narrativa que construye que por un conjunto probatorio necesario para condenar a alguien, mucho menos si consideramos los crímenes apuntados en la denuncia que dio origen a la Acción Penal N° 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, que ahora se trata.

La sentencia se apoya mucho más en una argumentación de naturaleza puramente retórica, porque va más allá de los límites del

proceso y busca conquistar al público por la fuerza exclusiva de la persuasión y no de la legalidad. Una argumentación abusiva que no condice con los límites impuestos al Estado Constitucional,⁸ en donde las instituciones rigen, sirviendo más a la dinámica de un Estado de Excepción, en donde impera el decisionismo.

BIBLIOGRAFÍA

Atienza, M. 2017 *Filosofía del Derecho y Transformación Social* (Madrid: Trotta).

Dos Santos Wanderley G. 2017 *A democracia impedida: o Brasil do século XXI* (Río de Janeiro: FGV).

Porto Macedo, R. 2011 *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. (San Pablo: Saraiva) 2ª edición.

8 Manoel Atienza (2017) hace un balance, en su última obra, de la Filosofía del Derecho articulando la perspectiva argumentativa con el constitucionalismo y las teorías de la transformación social.

Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega*

VIOLENCIA Y ESPECTÁCULO EN LA DECISIÓN CONTRA EL PRESIDENTE LULA

INTRODUCCIÓN

La condena del presidente Luiz Inácio Lula da Silva por un juez de primera instancia en un proceso criminal sin el necesario, debido y adecuado fundamento jurídico expresado en el texto jurídico de la sentencia, sin que haya crimen, además de la flagrante ilicitud es una manifestación del profundo estado de violencia enfrentado en Brasil, en los tiempos actuales, con la retracción de los derechos y la consecuente espectacularización de los reconocimientos públicos. Violencia que afrontan los ciudadanos (comenzando por Lula, un ciudadano con derecho de acceso a la justicia, y por muchos otros brasileños), contra el pueblo brasileño, contra las instituciones, contra el Estado, contra la Constitución de la República, contra la democracia.

Lo dicho será analizado bajo la perspectiva teórica de la sociedad del espectáculo, elaborada originalmente por Guy Debord (1988) y en las ideas posteriores de Francisco Bosco (2017), vinculada a las reflexiones sobre la violencia y sus fuentes pasionales, ofrecidas por el pensador brasileño Aduino Novaes (2017) y otros eruditos cuyos aportes contribuyeron con su debate.

* Profesora titular en la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Goiás y la Universidad De Ribeirão Preto.

EL CONTEXTO Y LA DECISIÓN

Hay en Brasil un violento proceso de desmantelamiento democrático y consecuente espectacularización de la vida pública protagonizado por una parte de los medios, por agentes de mercado y por instituciones cuyo deber es, paradójicamente, la defensa de las instituciones democráticas. Al panorama se le suma la ausencia absoluta del debate sobre las responsabilidades de los sujetos políticos, notoriamente la responsabilidad de los órganos de prestación jurisdiccional y sobre el alejamiento de la ética de la obediencia, presupuesto del sentido primero de la democracia.

El desmantelamiento democrático es expuesto diariamente en los medios, que construye y eterniza el espectáculo y que blinda a los actores políticos por medio de la construcción de personajes ideales, conformando una opinión pública acrítica.

En este proceso histórico, marcado por acciones y respuestas antidemocráticas judiciales y administrativas se contextualiza la condena de Lula.

Así, en una decisión proferida en un texto largo y confuso, el juez se descuida de la objetividad de la decisión y desvía la mirada del acusado, del lector, del ciudadano, hacia otras investigaciones, construyendo un escenario acusatorio espectacular para sentenciar una decisión sin pruebas, sin fundamento de derecho. El juez, en ese obrar, revela antes que nada la espectacularización de la vida pública y el uso de la jurisdicción como instrumento de violencia contra el acusado, contra el orden constitucional.

LA RETRACCIÓN DE LOS DERECHOS Y EL ESPECTÁCULO

El constitucionalista Dalmo de Abreu Dallari (2017) señala con mucha propiedad la inconstitucionalidad de la decisión refrendando, en sus argumentos, la idea aquí presentada de ser violenta en tanto que violadora de la Constitución y contraria a la democracia. El autor advierte que la decisión tiene una construcción innecesaria considerando que “la acusación detalla el crimen cometido por el acusado”. Agrega que el juez da vueltas “citando hechos y desarrollando argumentos que no contienen ninguna comprobación de la práctica de un crimen que habría sido cometido por Lula. Y sin base alguna para una fundamentación legal llega a la conclusión condenando al acusado”. Afirma el constitucionalista que “la base para la condena no fue jurídica y un conjunto de circunstancias conduce inevitablemente a la conclusión de que la motivación fue política, lo que configura una inconstitucionalidad evidente”.

Esta violencia, extremadamente clara en el texto de la decisión, pensada desde el modo espectacular para una sociedad del espec-

título, conduce a reflexionar acerca del papel del derecho y de las instituciones en la construcción de la violencia cotidiana, y de la participación de los sujetos que se reconocen y que son reconocidos en estas instituciones, y de sus pasiones en la propulsión de un estado de guerra.

La retracción de los derechos del ciudadano frente a las adversidades políticas, que ejemplarmente se presenta en la condena de Lula, amplía la potencialidad del reconocimiento espectacular en las relaciones intersubjetivas, institucionales, sociales. Francisco Bosco (2017), en la obra *Violencia y sociedad del espectáculo* afirma que el espectáculo es una instancia del reconocimiento social directamente asociada al menor reconocimiento jurídico de los ciudadanos. Según el autor (2017: 18) “El enflaquecimiento del espíritu público significa el consecuente debilitamiento de la instancia del reconocimiento jurídico (ya que es en la política donde se definen los procesos de ampliación de derechos)”. Esto promueve el ascenso del espectáculo como instancia de reconocimiento, obedeciendo a una lógica privada. Los avances mediáticos, por lo tanto, y la preocupación del órgano juzgador con la construcción de un escenario espectacular, en la decisión condenatoria del caso Lula, son evidencias de la fragilidad del espíritu crítico allí presente y de la necesidad de aquél órgano de obtener por otras vías su propio reconocimiento.

La fragilidad del espíritu público es la fragilidad de una ética pública y de responsabilidades de los sujetos políticos que están configurando las instituciones. La democracia presupone responsabilidades políticas, que son conformadas por la obediencia responsable a la ética y al derecho en el espacio público que ocupa. El sujeto político responde en sus mediaciones intersubjetivas e institucionales. “Responsabilizar al sujeto político es recordarle que él nunca puede mantenerse completamente aislado del sistema en el que participa y de las violencias sociales y económicas que ese sistema produce” (Gros, 2017: 23). Las responsabilidades deben ocupar un espacio importante en la democracia, bajo pena de que se derrumbe la propia democracia. Es lo que sucede en el Brasil contemporáneo, posterior a la deposición de la Presidenta electa legítimamente, Dilma Rousseff –el desmoronamiento democrático.

Adauto Novaes, en la obra *Fuentes pasionales de la violencia* (2017), selecciona un conjunto de ensayos por medio de los que busca responder “Cuál es el papel de las violencias pasionales en los destinos de la humanidad”, recordando que la violencia es una fuerza apasionada. Y el autor reflexiona con Leopoldo e Silva que la violencia es parte de lo humano, como dialéctica de la creación y de la destruc-

ción, presentes en las relaciones sociales, que intentan esconderla en la política, que intenta a su vez racionalizarla.

A lo que asistimos en el campo de las relaciones sociales en Brasil, sobre todo en la recepción y exposición de todo el proceso incriminador, y de la decisión proferida contra el líder político Luiz Inácio Lula da Silva, sean ellas mediáticas o jurídicas, es al intento de ocultamiento y de la racionalización de la violencia destructiva de la democracia brasileña instrumentalizada por la fuerza apasionada del ser humano. Humano detrás y en nombre de las instituciones.

No hay cómo negar la pasión humana en el escenario brasileño de establecimiento de la violencia contra la democracia brasileña, en el último bienio, y en este el odio y el ímpetu de destrucción que impulsan al hombre detrás de las instituciones, notoriamente políticas. Novaes (2017: 10) cita el diálogo de Freud y Einstein en “Por qué la guerra” y el consenso entre los autores de que el hombre carga en sí un instinto de odio y de destrucción que lo moviliza. Y, con Alain (2017: 12) afirma que cualquier pasión se justifica por sí misma. Que la verdadera causa del odio es el odio, que crece en el propio movimiento. Este odio y este ímpetu de destrucción se identifican en los contextos jurídicos que soportan el escenario de la destrucción de la democracia en Brasil.

La búsqueda incesante de alcanzar al líder político Lula se mueve por impulsos de odio y necesidades de reconocimiento de existencia objetiva de ciertos actores sociales que integran con él el espacio público, en los espacios institucionales.

Bosco recuerda que la realidad de la existencia humana es intersubjetiva. Las pasiones humanas están ahí. No hay realidad autónoma. “Para ser humanamente real, para sentirse parte constitutiva de la realidad humana, para ser humano como tal, el individuo debe ser reconocido por otros” (Bosco, 2017: 14). La falta de reconocimiento amenaza el sentimiento de sí, la seguridad sobre la propia existencia objetiva. La lucha por el reconocimiento presupone la destrucción del otro, no mediante su muerte, sino por su supresión dialéctica. En esta relación entre sujetos, en la búsqueda por los reconocimientos, hay evidencia de una necesidad intrínseca de supresión del político Lula. Bosco afirma que “la relación del reconocimiento es constitutivamente una lucha y potencialmente violenta” en donde quien busca reconocimiento reacciona de forma tal de “suprimir, realmente al otro que es fuente de su angustia de inexistencia objetiva” (Bosco, 2017: 14).

En esta sociedad espectacular se hace presente la necesidad de destrucción del otro para el propio reconocimiento. Es lo que sucede con Lula.

CONSIDERACIONES FINALES

La decisión condenatoria contra Luiz Inácio Lula da Silva más allá de los aspectos jurídicos de la ilegalidad referida por la no comprobación de la práctica de crimen, por las muchas razones ya señaladas por tantos juristas, de la inconstitucionalidad mostrada por constitucionalistas consagrados y que no se nos permite reproducir en este espacio, trae ciertas preocupaciones fundamentales.

La primera preocupación es respecto de que la decisión ejemplar señala la instalación cada día más amplia y presente de una sociedad de espectáculo, presuponiendo la retracción de los reconocimientos jurídicos y por lo tanto una disminución de los derechos en el Estado contemporáneo. Podemos concluir con la reflexión teórica aquí presentada que el avance de los escenarios mediáticos, que se construye en la decisión con las diversas narrativas no relacionadas al pretendido crimen que se está juzgando, y que se construye también en muchas otras situaciones para justificar cuestiones de derecho están directamente ligadas a la negación de los espacios jurídicos adecuados y del sucumbir del Estado de Derecho.

La segunda preocupación es que esta sociedad espectacular se impone por medio de la violencia. Violencia cometida contra los ciudadanos, contra el pueblo, contra las instituciones democráticas, contra la Constitución Federal y contra la democracia.

Violencia que alimenta la destrucción del otro, sobre todo del otro político que al reflejar lo que se pone frente a sí es responsable por la angustia humana de algunos sujetos públicos que se observan por delante de la propia inexistencia objetiva dentro de los procesos de reconocimiento.

Y todo responde a una lógica privada en que el espacio público se ve subyugado, en un proceso movilizado por las pasiones humanas, sin discusiones sobre ética o responsabilidades del sujeto político.

La salida de esta condición de dominación antidemocrática depende de la capacidad de la sociedad brasileña de concientizarse de este proceso y de obrar contra él.

BIBLIOGRAFÍA

- Bosco, F. 2017 “Violência e sociedade do espetáculo” en Novaes, A. (org.) *Mutações: Fontes passionais da violência* (San Pablo: SESC).
- De Abreu Dallari, D. “Condenação de Lula: sem fundamento legal” en *Jornal do Brasil*. En <<http://www.jb.com.br/sociedade-aberta/noticias/2017/07/15/condenacao-de-lula-sem-fundamento-legal/>> Acceso 19 de julio de 2017.
- Debord, G. 1988 *La société du spectacle* (Paris: Gallimard).

- Gros, F. "A ética da obediência" en Novaes, A. (org.) 2017 *Mutações: Fontes passionais da violência* (San Pablo: SESC).
- Novaes, A. (org.) 2017 *Mutações: Fontes passionais da violência* (San Pablo: SESC).
- Novaes, A. 2017a "Onze notas sobre as *Fontes passionais da violência*" en Novaes, A. (org.) *Mutações: Fontes passionais da violência* (San Pablo: SESC).

Maria Goretti Nagime*

¿QUIÉN ESTÁ POR ENCIMA DE LA LEY?

SALGO DE MI CASA por la mañana y me encuentro con una amiga. Ella me dice que el expresidente Lula fue encarcelado, y que fue agarrado en el aeropuerto, intentando huir del país.

Dijo que la televisión solo hablaba de eso, ¿cómo que yo no lo sabía? “¡Ladrón, pero ahora lo era!”

Al llegar a casa vi que se había tratado de la conducción coercitiva de Lula, filmada en tiempo real. Helicópteros siguiendo al auto, justamente para dar un aire de prisión. Yo había aprendido que la conducción coercitiva tenía utilidad cuando el investigado se negaba a declarar voluntariamente. Ni siquiera fue el caso. Era una conducción coercitiva sin la previa notificación prevista en el artículo 260 del Código de Proceso Penal. Y fue interrogado en un aeropuerto, o sea, un lugar extraño a las dependencias policiales.

Lula fue agarrado de sorpresa, pero no la Red Globo. Los helicópteros filmando el trayecto de los autos de policía hasta el aeropuerto en vivo, ocupando toda la programación, era un diseño del Proceso Penal del Espectáculo.

* Abogada, maestranda en Sociología Política en la Universidad Estatal del Norte Fluminense Darcy Ribeiro (UENF) y posgraduada en Derechos Humanos y Estudios Críticos del Derecho en el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO).

El juez de acción, Sérgio Moro, siempre da entrevistas a esta emisora de televisión y, a través de ella, llegó al punto de pedir apoyo a la población en horario principal y en cadena nacional. ¿Un juez pidiendo apoyo a la población?

En esta emisora también el juez Moro divulgó de primera mano intervenciones telefónicas del acusado Lula. Intervenciones ilegales, sigilosas y sin que contuvieran siquiera un crimen. Se incluyó entonces la divulgación en red nacional de Marisa Letícia, su esposa en aquel entonces, conversando con su hijo. Algo como una “primicia” para una revista de chimentos, pero una “primicia” conseguida utilizando el poder jurisdiccional.

El argumento utilizado como justificativo fue –asómbrese– la propia confesión del fin del Estado de Derecho. Dijo que la operación que preside no debería seguir las reglas, ya que se trataría de una situación especial. Según él las cuestiones de la operación *Lava Jato* “suponen problemas inéditos y exigen soluciones inéditas”.

Y la red de televisión –titular de una de las mayores, sino la mayor fortuna del país– lo trata como su representante, un héroe. Produce un discurso en este sentido y lo sostiene fuertemente, como en una especie de hipnosis diaria a los telespectadores. El *target*, quien compraría el discurso, son los despolitizados.

Así como en la época prenazi, bajo la falsa justificación del combate a la corrupción, expresiones y movimientos fascistas van saliendo de las alcantarillas, siendo incentivados y naturalizados. Y los órganos estatales involucrados en la persecución penal claramente vienen siendo influenciados por esta onda de fascismo.

El juez Sérgio Moro no fue tratado como héroe por ser juez, o sea, por ser imparcial, sino justamente por ser parcial, por significar oposición política al acusado. Por evidenciar su parcialidad y confesar ignorar la ley.

Dos revistas del mismo grupo mediático de la emisora lo pusieron en las tapas como una metáfora de la lucha de boxeo, luchando contra Lula, como opositor a Lula. En el uniforme de luchador de box, los colores del partido de oposición al partido de Lula. Atónita con la naturalidad con que la situación era tratada en las tapas de revistas, la población se preguntaba: —“si Moro está en aquella lucha, ¿entonces quién es el juez?”.

Así como las revistas, toda la población sabía que Moro iría a condenar a Lula, con o sin crimen.

Institutos de investigación, como DATAFOLHA, incluyeron al juez Moro en los cuestionarios de intención de voto como opción electoral, como un político candidato de la oposición a Lula.

La sospecha evidente, sin embargo, no era reconocida como un vicio, sino como un motivo de orgullo, representación de la clase do-

minante, un verdadero símbolo de la onda del fascismo. “Pasar por encima de la ley” es motivo de orgullo para la clase que vive de la explotación o de los que reproducen las lecciones enseñadas por esta clase a través de la hipnosis de los medios masivos. Como consecuencia, es común escuchar “Quiero que lo metan preso, no me importa cómo ni por qué”.

Al concluir su segundo mandato como presidente de la República, Lula tenía más del 90% de la aprobación de la población, según los Institutos de investigación IBOPE y DATAFOLHA. Si lo condenan en segunda instancia, no podrá concurrir nuevamente a la presidencia de la República.

Lula dejó de ser tratado como titular de derechos. El grupo político y los Institutos que protagonizaron el golpe de Estado que depuso a una presidenta legítimamente electa son los mismos que quieren impedir la candidatura de Lula vía *lawfare*.

Se hicieron más nítidas sus intenciones por los escandalosos cortes del gobierno golpista en las masas sociales. Y Lula es justamente símbolo de un proyecto de inclusión social. Citemos como ejemplo de su gestión la eliminación del trabajo esclavo infantil en la región del Nordeste, lo que provocó la ira de la clase que se beneficiaba con la esclavitud.

Su sentencia ocurre al día siguiente de la reforma laboral. No se puede ignorar la correlación de los hechos y el tenor revanchista que une los dos acontecimientos.

Todos sabían que Moro iría a condenar a Lula. Se cometieron muchas arbitrariedades en perjuicio de Lula de manera de crear noticias para aquella red de televisión durante más de un año. Cuando llegó la sentencia, la fragilidad de la acusación consiguió hacerse todavía más nítida.

La sentencia dice que un departamento es de Lula y de su fallecida esposa. En Brasil existe una gran burocracia hasta para el reconocimiento de una propiedad. Es necesario pagar altas tasas y realizar trámites para, al final, registrar una escritura, con la matrícula del inmueble en el Registro General de Inmuebles. Mucho menos que un propietario, Lula ni siquiera tuvo la posesión directa o indirecta del inmueble, el cual estuvo siempre a nombre del grupo OAS. Todos los ítems afirmados en la sentencia en tanto “prueba de propiedad” –visitas al inmueble, voluntad de adquirirlo, reserva del bien para futura adquisición– incluso si fueran probados, nunca servirían como prueba de propiedad en caso de que cualquier ciudadano quisiera probar judicialmente que un inmueble le pertenece.

Por esto la sentencia se tornó motivo de broma jurídica en todo el país. Sobre la transferencia de la propiedad de un inmueble apenas de

forma verbal, adquirir un inmueble bastando la visita o la intención de compra futura, lavado de dinero sin dinero, etcétera.

En la facultad de Derecho nos acostumbrábamos a escuchar bromas sobre jueces vanidosos, jueces “estrellas”, jueces que primero deciden y luego piensan en cómo justificar su decisión. Pero todo me parecía distante o, como mínimo, clandestino. Nunca conocí a ningún operador del Derecho que, juzgando un caso, pensaría en dar entrevista agradeciendo a la población por el apoyo, filtraría para un programa de televisión una escucha judicial confidencial –y sin diálogos que revelen crimen– de la esposa del investigado conversando con el hijo. Ya había visto ocurrir una ilegalidad dentro de un proceso, claro, pero se llegó al punto de que el juez no se preocupe al menos en parecer imparcial, por el contrario, enorgullecerse de ser símbolo de oposición a la persona que él juzga, de que sus medidas escapen a las reglas previstas, y todo esto hablando bajo reflectores: se trata de la completa desmoralización del Poder Judicial.

En el día de hoy el PSDB, partido de oposición a Lula y protagonista del golpe de Estado de 2016, dispuso en su sitio electrónico una encuesta de opinión. La pregunta allí era: “La condena del expresidente Lula por el juez Sérgio Moro, en su opinión, muestra”. Existían tres respuestas posibles a ser respondidas en la encuesta: “1. Que no existe nadie encima de la ley en Brasil”; “2. Que se hizo justicia”; “3. Que fue una decisión política”.

En una hora de la encuesta en el aire, más del 94% de los votantes habían respondido que “fue una decisión política”. A las dos horas, el sitio electrónico retiró la consulta y exhibió en su lugar un comunicado: “disculpe, pero la encuesta no está más disponible”.

Que un líder históricamente reconocido por proyectos implementados de inclusión social y combate al hambre sea condenado penalmente sin pruebas con el objetivo de correrlo de las elecciones presidenciales expresa tres consecuencias visibles: el aumento del descrédito atribuido al Poder Judicial, la brecha entre el Derecho, la justicia y la sociedad en Brasil y la demostración de la fragilidad del Estado Democrático de Derecho.

María José Fariñas*

CASO LULA

UN PAÍS AL MARGEN DE LA LEY**

DESDE HACE TRES AÑOS Brasil atraviesa un contexto social, económico, jurídico y político de gran retroceso, que ha derivado en una peligrosa crisis sistémica nacional. El último episodio ha sido la sentencia emitida por el juez Sérgio Moro en el caso de corrupción abierto por el MP contra el expresidente de Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010), justo un día después de ser aprobada en el Senado la mayor reforma laboral en años con restricciones importantes a los derechos de los trabajadores y regresiones en las políticas sociales llevadas a cabo precisamente en las legislaturas encabezadas por Lula da Silva.

Tanto la forma como el contenido de todo este proceso judicial, incluyendo el partidario seguimiento mediático, apuntan a la puesta en práctica de un “derecho penal de autor”, donde el expresidente Lula, y no los hechos, se ha convertido en el objeto mismo de la sanción legal. La percepción que se tiene internacionalmente es que asistimos a un juicio político *ad personam*, sobre todo si comparamos este caso con otros posibles casos de corrupción, como el de Aécio Neves

* Catedrática de Filosofía y Sociología del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid (España). Correo electrónico: <jose.farinhas@uc3m.es>.

** Este ensayo fue publicado en español en el original *Comentários a uma Sentença Anunciada: O Processo Lula* (AA. VV., 2017) [N. de la Ed.].

o el del propio Presidente Michel Temer, cuyas cuantías lo sobrepasan con creces, pero que están siendo fuertemente protegidos por el STF.

Todo parece indicar que el fallo judicial del juez Sérgio Moro carece de prueba suficiente, teniendo en cuenta que entre los bienes confiscados ni siquiera aparece el Tríplex de Guarujá, que es el objeto material de la sentencia condenatoria por corrupción. Pero la intención del mismo no es encarcelar directamente a Lula ya que lo convertiría en un “mártir” a ojos de gran parte de la ciudadanía brasileña, agravándose aún más la fractura social, sino de impedir que se pueda organizar para presentarse a las próximas elecciones presidenciales en 2018. Conseguido el *impeachment* contra la expresidenta Dilma Rousseff hace un año (y no precisamente por corrupción), toca ahora la condena contra el expresidente Lula da Silva, para destruir definitivamente su carrera política y, con ello, debilitar al PT y allanar el camino para las reformas estructurales de corte neoliberal, que el Gobierno de Temer ya ha iniciado.

A mi juicio, el trasfondo de todo esto es el de una cierta “anomia constitucional”, tal y como la explicó el *iusfilósofo* argentino Carlos Santiago Nino (1992) en su libro *Un país al margen de la ley*. Brasil se asemeja cada vez más a “un país al margen de la ley”, donde impera una cultura del incumplimiento y de la impunidad (un “todo vale” con tal de conseguir el poder y el dinero), con prácticas consentidas de corrupción, favoritismo administrativo, arbitrariedad, elitismo, defensa política de los intereses oligárquicos, corporativos o particulares, y con graves disfunciones en la representación política democrática. Todo lo cual se ha agravado desde las revelaciones de corrupción en la empresa estatal PETROBRAS.

Obviamente, todo esto desemboca en una quiebra del Estado de Derecho (en tanto que *Rule of Law*) y de la estructuración democrática de toda la sociedad. Si falla el Estado de Derecho, la situación política deriva en autoritarismo o anarquía (o en un cierto Estado de Excepción). Si falla la democracia, la situación deriva en exclusión social, desigualdad socioeconómica e injusticia.

La Sentencia del juez Moro contra el expresidente Lula, al igual que algunas actuaciones recientes del STF o del Parlamento brasileño, ponen de manifiesto algo preocupante. Por un lado, una inobservancia generalizada de las normas jurídicas, y especialmente un incumplimiento de las normas constitucionales (dada su eficacia normativa directa) en beneficio de sujetos e intereses concretos y privados. Por otro lado, la ignorancia de los fines generales perseguidos por las normas jurídicas, es decir, la satisfacción de expectativas y derechos para la mayoría.

La ciudadanía lo percibe como una falta de “lealtad constitucional” por parte de los poderes públicos y privados, es decir, la utilización

de las normas constitucionales con fines diferentes para los que fueron creadas. O dicho de otra manera y al estilo de García Márquez, “burlar las leyes sin violarlas o violarlas sin castigo”. Finalmente, los ciudadanos se sienten desconfiados, frustrados y desafectados con respecto a las normas e instituciones que permiten la vertebración democrática, basada fundamentalmente en el respeto y la protección de los todos los derechos para toda la ciudadana, reforzándolos y/o blindándolos contra –parafraseando a Luigi Ferrajoli– los “poderes salvajes” tanto arcanos como los nuevos derivados de la globalización neoliberal.

Además se cae en una falsa retórica de las llamadas a la honradez política y a la lucha contra la corrupción, que no va a buscar las causas, sino solo a incidir sobre algunos resultados finales. La causa es la siguiente: el sistema político y económico brasileño está en ruinas, pasa por su peor momento. Existe una crisis institucional muy grave, una cooptación de las instituciones democráticas por los intereses privados de los grandes poderes económicos y financieros, un secuestro de la voluntad popular, así como una restricción de derechos y libertades fundamentales. Se ha caído en la estrategia del caracol y los verdaderos corruptos siguen impunes. Paralelamente el principal problema social persiste y radica en el propio sistema político y económico productor compulsivo de desigualdades de todo tipo. La cuestión no está solo en una ética individual. Es el sistema el que sostiene la corrupción.

Si no se tiene claro que el objetivo último es la igualdad, la inclusión social, los derechos sociales, el trabajo digno y el interés general, nadie va a luchar en serio contra los delitos económicos ni contra la corrupción política y la extorsión. Pero tampoco Brasil conseguirá salir del subdesarrollo social y político. Seguirá siendo un sistema que sobre el papel y solo así se podrá denominar Estado constitucional de Derecho. Un Estado que permite que se utilice ahora la figura del expresidente Lula como “chivo expiatorio” de la podredumbre de todo un sistema netamente plutocrático que actúa ya sin contrapesos. Brasil no responde al modelo de Estado de Derecho y democracia que proclaman sus leyes y su Constitución, pero tampoco estamos ante su negación total. No se debería olvidar que las instituciones ganan o pierden prestigio por lo que hacen, pero también por lo que con ellas se hace.

BIBLIOGRAFÍA

Nino, C. S. 1992 *Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino* (Buenos Aires: Emecé).

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima*

EL PREVISTO JUZGAMIENTO DE LULA

“Nunca te guies pela lei do arbítrio, que sói ter muito cabimento com os ignorantes presumidos de agudos. [...] Desde, porém, que vos deixei e subi pelas torres da ambição e da soberba, entraram-me alma adentro mil misérias, mil trabalhos e quatro mil desassossegos”

De Cervantes Saavedra (2002: 166-262).

SIN NINGUNA SORPRESA, se hizo pública el 12 de julio de 2017 la decisión del juez titular de la 13ª Sala Federal de Paraná, Sérgio Moro, sobre el caso que involucra al expresidente Luiz Inácio Lula da Silva. Una condena de nueve años y medio, sumado al impedimento de ejercer cualquier cargo o función pública por el doble del tiempo de la pena, de acuerdo con el inciso II, art. 7º de la Ley N° 9.613/98: “objetivamente, el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva y su asociado Paulo Tarciso Okamoto fueron acusados por el Ministerio Público Federal de la práctica de crimen de corrupción y lavado de dinero y, en la sentencia, será exclusivamente examinada la procedencia o no de la acusación, ni más ni menos”, dice el par. 56 de la decisión. La eventual imparcialidad del juez, como constantemente alega la defensa del acusado, se constituirá en “mera cortina de humo”, de acuerdo con el par. 57 (y también con los § 65, 138, 148) del texto de la sentencia. En el día 16 de julio, la defensa del expresidente dio publicidad al ofrecimiento de embargos de declaración. En el día 19 de julio se tornó público el/la “despacho/decisión” del Juez de la 13ª Sala Federal en Paraná con la improcedencia de estos embargos.

* Doctor y posdoctor en Derecho por la Universidad de Frankfurt. Profesor titular de la Universidad de Fortaleza y Procurador del Municipio de Fortaleza.

¿Por qué se puede afirmar que la condena no tuvo ninguna sorpresa? ¿Hay consecuencias negativas para lo que aún queda de la democracia brasileña con la procedencia de tal afirmación? ¿La sentencia¹ podría haber sido absolutoria? Enfrentaré brevemente estas preguntas.

El juez Sérgio Moro ya había escrito, desde 2004, cuál sería uno de los fundamentos principales de la validez de sus decisiones, especialmente en lo que trata del castigo contra los “poderosos” de la economía y la política. En su escrito “Consideraciones sobre la operación *Mani Pulite*” Sérgio Moro (2004: 56-62) no deja dudas: la opinión pública deberá involucrarse de manera decisiva en casos de procesos de políticos importantes:

Un Poder Judicial independiente, tanto de presiones externas como internas, es condición necesaria para soportar acciones judiciales de la especie. Sin embargo, la opinión pública, como ilustra el ejemplo italiano, es también esencial para el éxito de la acción judicial. [...] Tal vez la lección más importante de todo el episodio sea la de que la acción judicial contra la corrupción solo se muestra eficaz con el apoyo de la democracia. Esta es quien define los límites y las posibilidades de la acción judicial. Mientras cuente con el apoyo de la opinión pública, tiene condiciones de avanzar y de presentar resultados positivos. Si esto no ocurre, difícilmente encontrará éxito (Moro: 2004: 57-61).

No parece problemático que se concluya sobre la percepción del Autor: la fuerza de la aplicación del derecho, incluso en una democracia, depende más de la opinión pública que de la madurez de las instituciones judiciales. La opinión pública es quien “definirá” a estas. No tendré espacio para exponer la parcialidad de los medios de comunicación en Brasil y en el mundo, aunque más no sea en los tiempos actuales. Igualmente, no debe presumirse que el juez que conduce la Operación *Lava Jato* no tiene discernimiento sobre los medios de comunicación y sus vínculos con intereses económico políticos y los suyos propios, e incluso de su papel en las sociedades modernas. Lo que debe registrarse es que Sérgio Moro no gasta ni una sola línea de

1 La sentencia tiene errores gramaticales y de digitación: “[...] medida que, al final, no se ultimó” (§ 71: 16/218); “Petrorás” (§ 189: 34/218). No se niega el saber del autor de la sentencia: él es portador del título de Doctor en Derecho por la UFPR, además de profesor en la misma Universidad. Los engaños no son dignos de mención por ser apenas errores; a la que todos estamos sujetos. Merecen destacarse en razón de la evidencia de la prisa en el dictamen de una decisión de un caso tan complejo y de tanto impacto en la vida institucional brasileña, como el juez reconoce (§ 960, 961, 218/218).

su reflexión sobre la posibilidad de la imparcialidad de los medios de comunicación.

En otras palabras: solamente con el apoyo intenso y permanente de los medios de comunicación es que la justicia podrá ser concreta. Como no se puede imaginar el apoyo de los medios de comunicación a las acciones judiciales que no les competen, es razonablemente fácil concebir que, como mínimo, deberá ocurrir una convergencia de intereses: entre el Poder Judicial que ejerce su tarea de procesar y juzgar y los medios de comunicación que intensa y permanentemente informan a la opinión pública de estos procesos y juicios llevados por el Poder Judicial. También está ausente en la reflexión de Sérgio Moro la comparación con el caso italiano, tomado como paradigma, y la concentración económica de los grupos poseedores de los medios de comunicación en Brasil. En Italia existe la diversidad de información. El ejemplo brasileño es precisamente el opuesto.

En los vestigios de su pensamiento, Sérgio Moro no dejó dudas en cuanto al lado que escogió. Con pretensiones de consolidar su idea expuesta en 2004, asistió a diversos eventos y recibió premios patrocinados por los medios de comunicación abiertamente desfavorables al Partido de los Trabajadores y a los expresidentes Lula y Dilma Rousseff, y hasta por los principales adversarios políticos como el hoy Prefecto de San Pablo, João Dória; determinó necesaria la conducción coercitiva del expresidente Lula e hizo filtrar conversaciones telefónicas –enviadas a la Red Globo– en donde se podía escuchar a la entonces presidenta de la República, usurpando la competencia del Supremo Tribunal Federal; se dejó fotografiar sonriente junto al líder principal de oposición al Partido de los Trabajadores y sus gobiernos. Estos son algunos de los episodios destacados. Hay muchísimos, y exigen más detalles, pero se encuentran en la forma de fuentes primarias para investigadores con mayor espacio para el análisis, y están disponibles en sitios de la red mundial.²

Hay un elemento objetivo que posibilita la confirmación de parcialidad del juez Moro. El propio Sérgio Moro pidió “excusas” al Min. Teori Zavascki cuando se dio la divulgación indebida de conversación telefónica entre el expresidente Lula la entonces presidenta Dilma Rousseff.³ Aunque se sepa que las “excusas” no se constituyen en cualquier figura procesal a disipar el castigo por infracción cometida

2 Los documentos procesales de la defensa del expresidente Lula, con la descripción de los hechos y con argumentación jurídica, están disponibles en <<http://www.verdadelula.com.br/pt>>.

3 En el par. 126: 24/128, el magistrado reconoce que “puede estar equivocado” en relación al levantamiento de la confidencialidad de las conversaciones grabadas.

por el magistrado, causó espanto la decisión del Tribunal Regional Federal de la 4ª Región cuando dicha actitud del juez Moro fue reclamada en la Corte. Las palabras del Relator son claras, y no permiten dudar en cuanto a la decisión de no aplicar ninguna penalidad al juez de la 13ª Sala Federal de Paraná:⁴

Ahora bien, es sabido que los procesos e investigaciones criminales vinculados a la llamada “Operación *Lava Jato*” bajo dirección del magistrado representado, constituyen un *caso inédito (único, excepcional)* en el derecho brasileño. Así, el levantamiento de la confidencialidad de las comunicaciones telefónicas de los investigados en la referida operación sirvió para preservarla de los notables intentos de obstrucción, por parte de aquellos, garantizándose así la futura aplicación de la ley penal, es correcto entender que la confidencialidad telefónica (Constitución, art. 5º, XII) puede, en casos excepcionales, ser suplantada por el interés general en la administración de la justicia y en la aplicación de la ley penal [...]. Considero, pues, incensurable la visión del magistrado representado [...].

Hasta el momento, no se revisó este razonamiento del juez Moro, confirmado por el TRF de la 4ª Región. En este conjunto de hechos objetivos reside también el fracaso de la democracia brasileña y de su Constitución Federal. Nuestra democracia siempre tuvo enormes dificultades para lidiar con el republicanismo en el ámbito del Poder Judicial. El sentimiento de casta, de gozar de privilegios especiales, junto a la concepción facciosa de la política ha caracterizado a una sociedad de tradición esclavócrata, que prefiere ser servida. Incluso las miradas conservadoras sobre Brasil constatan tal realidad.⁵

¿Cómo explicar que un juez se sienta libre para cometer actos ilegales, e incluso dar una amplia divulgación de esta ilegalidad sin ninguna reprensión? Solamente la certeza de impunidad relativa a sus actos, el amiguismo de las instancias superiores finalmente capturadas por la “opinión pública” explican la supervivencia de afrontas tan graves a la democracia y a la Constitución.

Estos precedentes tornaron posible que se previese la decisión que condenó al expresidente Lula. Era el desenlace anunciado. Está la sádica celebración de los que son contrarios al expresidente y que no se cansan de decir que “Lula debe ir preso”, sin saber cuál crimen

4 344 P.A. CORTE ESPECIAL N° 0003021-32.2016.4.04.8000/RS. Ver <<https://ged-pro2.trf4.jus.br/form imprimir.html.asp?codDocumento=8527569>> pp. 4-5. Acceso 30 de septiembre de 2016.

5 El mejor ejemplo está en De Oliveira Vianna (1999 [1949]) y su *Instituições Políticas Brasileiras*.

habría sido cometido y, menos incluso, cuáles serían las pruebas. Por esto, respondo a lo que indagué al comienzo de este rápido escrito: desde el comienzo del proceso, ya cualquiera sabía que Lula sería condenado. Esta percepción era difundida ampliamente en casi todos los medios de comunicación, casi todos los días, con más frecuencia luego de la presentación de los alegatos finales de la acusación y de la defensa. Naturalmente en un ambiente institucional aunque regulado por una constitución y leyes con sus formas de eficacia y vigencia, pero que permite a alguien que ingrese a un juicio ya condenado, no puede ser caracterizado como Estado de Derecho. La ausencia de la posibilidad de un juicio justo, sin condena previa, llevada a cabo por un juez parcial, como es el caso que se analiza, solo debilita a la Constitución, a las leyes y a la democracia.

Lo que la sentencia contra el expresidente significa no es la derrota procesal que lo alcanza. La sentencia es la derrota final de un orden constitucional que se pretendía nueva en el País. Se trataba de una Constitución moderna, dirigente, intervencionista, que ofrecía los mecanismos para que Brasil fuera menos desigual y más generoso con su pueblo. Luego de la Enmienda Constitucional N° 95/2016, que suspendió la Constitución existente, y con la sentencia contra Lula, no hay más Constitución, y no hay más democracia con un Poder Judicial parcial y que no se corrige a sí mismo cuando se requiere.

Los reaccionarios de primera y última hora tienen qué conmemorar. Quien nada tiene para festejar es quien luchó exactamente por esta Constitución, quien dio su vida por la democracia, por la independencia de los Poderes –de forma especial del Poder Judicial y por la acción del Ministerio Público– y ahora tiene que asistir a cómo los poderes del Estado pueden ser usados para liquidar adversarios. Quizá el error haya sido de los sectores progresistas brasileños, tan ciegos al punto de imaginar que, en Brasil, la “elite” nacional podría alcanzar un nivel civilizatorio razonable, aunque bajo un fuerte modelo de economía de mercado.

Pero los que perpetraron el golpe de 2016 contra Dilma Rousseff, y los que lo apoyaron, también son derrotados. Lo que ahora alcanza a Lula, el precedente que se abrió con la remoción del cargo de una Presidenta va de la mano con el objetivo de los golpistas, en tanto el Rubicón fue atravesado. No tengo la ingenuidad de pensar que el poder de los grandes medios de comunicación, en alianza con la burocracia judicial patrimonializada y con la elite económica dependiente, haya aprendido que, aquello que alcanza a Lula, a Dilma y al Partido de los Trabajadores también los golpea, como ahora se ve con los casos del Sen. Aécio Neves y del Pres. Michel Temer. Sería exigir de estos sectores algún progreso civilizatorio, que ni de lejos son capaces de

divisar. No tenemos en Brasil una elite que aprecie y respete la historia y el pueblo que posee: al contrario, odia al pueblo mestizo con quien está obligada a convivir. Le queda al País, entonces, caminar con sus propias piernas, con su pueblo. Sin esta acción, jamás dejaremos de ser un país del futuro.

BIBLIOGRAFÍA

- De Cervantes Saavedra, M. 2002 *D. Quixote de la Mancha. V. III* (Río de Janeiro: Ediouro).
- De Oliveira Vianna, F. J. 1999 (1949) *Instituições Políticas Brasileiras* (Brasilia: Senado Federal).
- Moro S. 2004 “Consideraciones sobre la operación *Mani Pulite*” *Revista del Centro de Estudios Judiciales del Consejo de Justicia Federal*, N° 26: 56-62, jul.-sept.

Mauricio Stegemann Dieter* y Jacson Zilio**

“*QUID PRO QUO*” SIN “*QUID*”

BREVE ANÁLISIS DE UNA SENTENCIA “*SUI GENERIS*”

1. INTRODUCCIÓN

Frente a los escándalos del mundo jurídico la regla, hoy, es llegar tarde: la velocidad en la que circulan las comunicaciones impide mayores reflexiones y exige a los teóricos posiciones, como mucho, *prêt-à-porter*.

No fue distinto en el caso de la sentencia más esperada y previsible del año. Varias opiniones, todas precipitadas y más o menos correctas, ya se expusieron en los diferentes medios de comunicación, de masas o alternativos.¹ Manteniendo la polarización y avidez que marcan la escena política actual, al momento tanto defensores como detractores del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva ya están debidamente abastecidos de munición para el enaltecimiento o el descrédito

* Profesor de Criminología y Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo. Posdoctor por la Universidad del Estado de Río de Janeiro y doctor por la Universidad Federal del Paraná.

** Profesor de Criminología y Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Paraná. Doctor por la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España).

1 En el equilibrio posible entre inmediatez y calidad, pocas opiniones se destacaron tanto como la del competente y conocido criminalista Nelio Machado (2017).

de la decisión pronunciada por el juez de la 13ª Sala Federal de Curitiba, poco antes de las dos de la tarde del miércoles 12 de julio de 2017.

Ahora, con los ánimos un poco menos irritados, la propuesta es pasar aspectos de la controvertida decisión por el peine fino de un análisis jurídico penal, de naturaleza esencialmente técnica, intentando rescatar alguna objetividad para una discusión calificada. Objetivo, sin embargo, que no se realiza sin asumir posición, ya que es difícil ignorar que esta sentencia también pone en juego, sin exagerar, el futuro del país, en cuanto se proyectan, en el horizonte, sombras verdaderamente autoritarias, oriundas de la noche oscura de un pasado dictatorial reciente.

2. EL TAMAÑO IMPORTA

Antes de enfrentar el mérito, sin embargo, del punto de vista meramente cuantitativo, es preciso reconocer que se trata de un documento poco común dada su extensión: con 216 páginas y 962 párrafos, contrasta con la absoluta mayoría de las decisiones judiciales que, de Brasil al exterior, absuelven o condenan a cientos de personas diariamente.

Una evaluación conocida, de base oficial, revela que el 89% de las condenas que envían a los hombres a prisión se vinculan con apenas ocho tipos de crímenes, la mayor parte de ellos (51%) cometidos sin violencia o amenaza grave.² Estas decisiones coloquiales, como pueden comprobar los defensores públicos, frecuentemente no pasan de 15 fojas, son rellenas con moldes y fórmulas vacías y contienen redacciones con frecuentes errores de concordancia, al indicar el uso prodigio de mecanismos como “autotexto” y “copiar-pegar”, común en el rutinario ejercicio de castigar: tan pobres en número de páginas y técnica como sus destinatarios preferenciales en términos de renta. En el cotidiano forense de las manifestaciones judiciales en materia criminal, usualmente y con las honrosas excepciones de siempre, hay automatización al por mayor y un tratamiento adecuado solamente en pocos casos. Nada, en fin, remotamente parecido a la letanía indefinible que atrapó la atención de los criminalistas en los últimos días, cuya mayor preocupación es justificarse a sí misma y no, propiamente, resolver el caso penal del proceso.³

2 Especialmente meras sustracciones y el comercio de sustancias que el Estado dice que no puedes consumir. Ver los datos consolidados del “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)” de diciembre (Ministerio de Justicia de Brasil, 2014).

3 La elección de la palabra letanía aprovecha su popular connotación peyorativa para señalar el lamento recalcitrante del juez de la causa con el comportamiento de

El tiempo necesario para redactar algo de este insólito tenor revela cuán pueril es la ingenua expectativa legal de que los jueces se sienten, ellos mismos, frente a la computadora para redactar íntegramente sus sentencias, del informe a la dosimetría.⁴ Fuera de esta ilusión, es fácil percibir que se está frente a un documento montado a las apuradas, antes de fin de la instrucción, en torno a un ya consolidado bloque condenatorio, puesto ahí desde el recibimiento de la denuncia –o, tal vez, incluso antes, como especulan los partidarios del acusado. Lo rescatable, al menos, es apenas el hecho de que el amplio elogio corporativista a ese bodoque prohíbe, a partir de su

los defensores y algunos de sus superiores. Primero, muestra bastante resentimiento en relación con el tirón de orejas público que recibió del fallecido Min. Teori Zavaski, construyendo al final una narrativa en búsqueda de redención parcial, sin éxito. Segundo, se queja de las constantes críticas del uso instrumental de los medios para llevar adelante el proceso, lo que considera, equivocadamente, ser una mera extensión del derecho a la libertad de expresión. Tercero, justifica no solo la dolosa violación de la confidencialidad telefónica de la Presidenta de la República como un simple “error” de su parte en la consecución de las mejores intenciones (solo podemos suponer como “interpretaría” tal error un juez con las mismas características en el juicio de este hecho), así como rechaza los alegatos de franca ilegalidad en la escucha telefónica que determinó contra el abogado Roberto Teixeira, reduciendo apologéticamente ese absurdo a una falta menor provocada por el exceso de trabajo. Cuarto, en tono casi infantil, censura a los abogados criminalistas –excepto a los adeptos de la delación y asistente de acusación, por motivos tan pedestres que no valen la tinta– al mencionar repetidas veces la supuesta “inadecuación” de los diversos alegatos defensivos y reclamar la “animosidad” y la “hostilidad” de los abogados, de quien el Juez parecía esperar, lo que todo indica, una “docilidad útil” que solo debe esperarse de los procuradores de delatores, ya que la abogacía, enseña Sobral Pinto, no es profesión para cobardes. Tal vez alguien tan susceptible al contrario debiera repensar la magistratura como carrera, pues la incomodidad revelada muestra incompatibilidad con las exigencias esenciales del cargo. En este sentido, es importante enaltecer el coraje de los abogados de verdad que actuaron en el caso, en especial la combativa posición de Juárez Cirino dos Santos, referido de modo negativo en la sentencia –lo que, en todo caso, debe ser motivo de orgullo, porque señala el cumplimiento de la misión constitucional contra el albedrío.

4 En el caso sería improbable, por decir lo menos, atenernos lo que sería la mera formalidad del registro informático de las actividades del Juicio. Ya que consta que los autos fueron concluidos para sentencia el martes 11 de julio de 2017, exactamente a las 16:17:21 h. Menos de 24 horas después, a las 13:52:56 h del miércoles 12, el juez firma digitalmente la sentencia condenatoria, incluida en el proceso a las 13:54:07 h. Incluso suponiendo un espartano sueño de 5 horas entre un día y otro, la cuenta de trabajo ininterrumpida es de un minuto por párrafo de análisis, transcripciones aparte, es decir, virtualmente imposible. En otro sentido, si consideramos el registro del evento 939 del proceso, que señala “autos con juez para la sentencia” a las 12:45:23 h del día 21 de junio –un día después de las presentaciones de las Memorias escritas Alegatos finales de las defensas– hay un espacio considerable de 22 días, que obliga la escritura de diez páginas por día; sin ser irrealizable, es bastante tirado y, en todo, incompatible con la jornada de la famosa Sala responsable del “Lavajato” (sic).

publicación y una vez defenestrado el valor de la síntesis, que los jueces reclamen por el tamaño de los alegatos finales presentados por los abogados y defensores.

Para concluir, en lo que podemos decir a partir del volumen que salta a la vista, la larga sentencia confirma el mantra de que “escribir poco es escribir bien”. En elogio al refrán, no será preciso decir más y se parte, con esto, de lo continente al contenido.

3. LA CORRUPCIÓN DE LA LEY

La hipótesis acusatoria contra Luiz Inácio Lula da Silva es bastante simple: al final de 2009 él habría coordinado con OAS, por intermedio de los Srs. Paulo Okamoto y João Vaccari Neto, un “*upgrage*” en el departamento que él y su esposa estaban financiando en la playa de Guarujá, SP. Este “*upgrade*” consistiría en la entrega de una unidad mayor, en el último piso, decorada y amueblada a expensas del grupo OAS, valiéndose de una parte del dinero destinado al Partido de los Trabajadores a título de soborno, como contrapartida a tres contratos de consorcios integrados por la empresa con PETROBRAS.

Admitidas con las debidas reservas las versiones de los testigos de la acusación, todo indica que lo que ocurrió fue realmente algo próximo a eso. Especialmente si se validan las declaraciones del presidente de OAS, José Adelmario Pinheiro Filho, más conocido como Leo Pinheiro, elogiado por el juez por su extraña “colaboración informal” y merecedor de más de 20 páginas de minucioso, cansador e impotente repertorio.

El problema, para la sentencia, es que esta historia es, por si sola, insuficiente tanto para una adecuación al tipo legal de corrupción pasiva como para el lavado de dinero contra el expresidente, y no es preciso ser muy letrado para comprenderlo.

3.1. EN EL PRINCIPIO, SON LOS VERBOS

La situación típica del artículo 317 del CP tiene por acciones nucleares *recibir*, *solicitar* o *aceptar*. Estas, a su vez, se refieren a una ventaja indebida inmediata o potencial, definida como condición para el ejercicio de alguna atribución funcional. Para la caracterización primaria de la tipicidad objetiva, por lo tanto, es necesario demostrar que el acusado hubiera efectivamente *recibido*, *solicitado* o *aceptado* una ventaja o su promesa, para fines de hacer o de dejar de hacer algo indebidamente, caracterizando el intercambio de “un favor por otro”, el tan famoso “*quid pro quo*”.

¿Por qué esto no ocurre en el caso? Analícense las hipótesis separadamente.

Puede descartarse, de plano, el *recibimiento*, porque el expresidente jamás podría *recibir* algo que ni siquiera estaba concluido, siéndole imposible ejercer ninguna de las dimensiones elementales del derecho de propiedad –usar, gozar, disfrutar y disponer– sobre el inmueble. En particular, en cuanto a este punto, espanta la aversión del magistrado por la disciplina de los derechos reales, que reduce a frivolidad. Sea como fuere, no hay duda posible sobre la afirmación: si no por fuerza del derecho civil, que el magistrado desprecia solemnemente, por la pura fuerza de la lógica, el expresidente jamás *recibió* el departamento.

Diferente es la perspectiva de la imputación que gira en torno de la *solicitud* o de la *aceptación*, que no fracasan por falta de lógica, sino de evidencia.

Pues no hay, como la sentencia debe admitir de manera velada, prueba de que el expresidente haya de hecho *solicitado* a OAS este “*upgrade*”, sea personalmente, sea por medio de otro. A lo que todo indica, la creencia general entre los miembros de OAS involucrados en el caso es que el departamento realmente sería destinado al expresidente y su familia; pero no hay nada –rigurosamente nada– en la sentencia que compruebe que él habría realmente pedido esta ventaja específica para sí o para otro, directa o indirectamente. La noticia de que el triplex sería de él es, en el fondo, apenas eso: un rumor, en torno al que muchos actuaron, pero que nunca fue comprobado, ni incluso por los mismos encargados de llevar la obra adelante.⁵

En cuanto a *aceptar*, la acusación es particularmente inverosímil; el expresidente y su esposa muestran poco o ningún interés por el nuevo departamento y su transformación y, aunque puedan haber considerado en algún momento la adquisición del triplex garabateando una propuesta jamás presentada, la conducta de la familia es incompatible con la expectativa real de disfrutar de esa ventaja inmobiliaria en el futuro.⁶ Evidentemente, además de no caracterizar el tipo objetivo,

5 Recordando que la compra de los emprendimientos inmobiliarios de BANCOOP por OAS, entre los cuales está el predio en Guarujá donde el expresidente había adquirido cuotas para la compra de una unidad, fue precedida de una evaluación técnica que consideró positiva la inversión, solo después autorizada por el presidente de la empresa. La adquisición, por lo tanto, estaba comercialmente respaldada, independientemente de la propiedad potencial del bien por quienquiera que sea.

6 Lula habría visitado la unidad solo una vez, sin demostrar mayor interés por el inmueble. Aun más: sus afirmaciones en el acto del interrogatorio, de que el inmueble no le gustaba y que no tenía la menor pretensión de frecuentar la playa de Guarujá, por cuestiones personales, fueron sumariamente desconsideradas, aunque muy creíbles. Es interesante notar aún que la “personalización” del departamento fue, en todo, impersonal: en ningún momento, ni él ni la ex primera dama, participaron en la elaboración u opinaron sobre los costosos proyectos de decoración llevados adelante

tal comportamiento debería servir para excluir el dolo, pero esta opción no fue considerada.

Como se ve, en la falta de acciones sustanciales atribuibles al expresidente, la acusación flota en el aire de manera frustrante para quien la formuló, faltándole densidad.

Sin hacerse rogar, la decisión condenatoria opone a esta levedad insustentable el peso de una creencia firme en la culpa. La inversión no es sutil: la falta de un pedido expreso es considerada parte de la estrategia de ocultamiento y la indiferencia apática por el bien es vista como otra evidencia del enorme acuerdo elaborado por los que tienen la certeza de disfrutar el inmueble a futuro. La sentencia, entonces, claramente decide la duda en perjuicio del acusado, violando ampliamente la determinación constitucional y promoviendo sin pudor la mentira de que la defensa tiene como obligación la demostración inequívoca de sus alegatos –teoría muy a gusto de los inquisidores modernos, de lógica antijurídica.

3.2. “FI-LO PORQUE QUI-LO”⁷

Aunque una cansadora retórica pudiera llenar el vacío de la lógica y de las pruebas vinculadas con los verbos del tipo, y no fue por falta de intento, no se encuentran en la sentencia ni siquiera indicios de una retribución específica por parte del entonces presidente en intercambio del departamento superior, definido como ventaja.

De hecho, no hay ninguna prueba de que lo hubiera hecho u omitido algo frente al Ejecutivo Federal a fin de beneficiar a OAS –y mucho menos en intercambio del beneficio en discusión. Ni nombramiento de directores, ni dirección de la política económica, ni nada.

La especulación de que, con esto, una constructora conquistaría genéricamente los buenos favores de la presidencia es, obviamente, insuficiente para caracterizar de corrupción en los términos de la ley y la condena, a pesar del esfuerzo obstinado, no consigue ignorar esta falta. Trata, por esto mismo, de driblearla alegando que el pago “en razón” del cargo público ya sería suficiente para caracterización del crimen de *corrupción pasiva*, a pesar de la vasta y pacífica literatura y jurisprudencia acumuladas sobre el tema, que exigen que la ventaja se refiera a algo concreto, remitiendo a la célebre expresión *acto de*

por OAS. Pero ese descuido no es, al contrario de otras cuestiones circunstanciales, objeto de las deducciones del juez, que prefiere conjeturar exclusivamente en contra del acusado.

7 La frase: “*Fi-lo porque qui-lo*” es atribuida al expresidente Jânio Quadros, para reforzar la caricatura que se hace de él. Gramaticalmente lo correcto es “*Fi-lo porque o quis*”.

oficio.⁸ No basta con ser presidente, por lo tanto: es preciso hacer algo vinculado a esta posición en favor del corruptor para caracterizar el tipo objetivo del crimen.

Dejar de exigirlo, a propósito, además de la grave innovación contra la exigencia de ley cierta impuesta por el principio de legalidad, también causaría, por la desigualdad, un problema político criminal: considerando que la *corrupción activa*, prevista en el art. 333 del CP, exige expresamente que la *oferta o promesa de ventaja* indebida se dirija a la práctica, omisión o retardo de *acto de oficio*, solamente el funcionario público sería castigable por corrupción en Brasil, excluido el particular de la incriminación por ser incapaz de realizarlo. No por otro motivo, con acierto, la doctrina caracteriza la *corrupción pasiva* como mercancía de actos concretos que puedan ser practicados, precisamente, en función de la ocupación de determinadas ocupaciones públicas.

Para doblar esta esquina, como se anticipó, la sentencia lanzó otra novedad: la referencia a la jurisprudencia *yankee* sin ninguna mediación, vulgarizando el derecho comparado en comparación de ocasión.

Ahora bien, si la analogía en perjuicio del acusado está prohibida por la ley ("*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*"), ¿qué decir entonces de esta inédita analogía "*contra legem*" e "*in mallam portem*" a partir de precedentes extranjeros sin ninguna contextualización? Pues fue exactamente lo que hizo la sentencia. Peor: ni siquiera atendió al hecho de que el crimen de corrupción tiene, en los dos países, definiciones bastante distintas, además de ocultar convenientemente que, en algunos de los juicios citados, los crímenes imputados eran diferentes, lo que impediría la equivocada comparación directa.⁹ En un

8 Situación análoga al art. 333 del CP, en el cual esto aparece de modo complementario, con todas las letras. En la jurisprudencia sobre el tema, se confiere, por ejemplo, en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, los siguientes procesos: AP Nº 307/DF, 2ª Clase. Rel. Min. Ilmar Galvão, juzgado el 13/12/1994 y la famosísima AP Nº 470/MG. El juez, por supuesto, no desconoce la jurisprudencia, pero aquí dejó de lanzar mano de los precedentes para seguir un camino propio –nuevamente, en detrimento de la expectativa de libertad del acusado.

9 La cuestión, como sabe cualquier estudioso honesto de derecho comparado, es bastante más compleja, y jamás podría haber sido invocada como se hizo en la sentencia. En todo caso, solo para que no quede duda de lo que está en juego: La "Hobbs Act" es una ley federal de 1964 que sumó al "US Code" una nueva incriminación, la "*extortion under color of official right*", incluida en el parágrafo 1.951. A diferencia de la definición de "*bribery*", de amplia previsión en el parágrafo 201, y que por regla general exige un "*quid pro quo*" explícito en la transacción, aunque no efectivamente realizado por el agente público. Así, por ejemplo, en los citados "US vs. Di Masi" y "US vs. Abbey", estamos ante acusaciones, entre otros crímenes, de

examen riguroso, conducido por profesores intelectualmente honestos, el manejo de este tipo de artificio en un trabajo académico tendría como respuesta, en la mejor de las hipótesis, una severa amonestación y, como peor, una reprobación sumaria. Tratándose de una manifestación judicial, infelizmente, la corrección técnica pasa de largo y no incomoda a la mayoría de los Tribunales, tornándose mera curiosidad alegórica, ejemplo de (falsa) erudición importada.

En síntesis, la conclusión simplista, en oposición a la ley es partidaria de la acusación que justificó la aplicación de la pena fue la siguiente: la “mera ocupación” del cargo de presidente ya es, en sí misma, una contrapartida por la *aceptación* de la *expectativa de ventaja*, y nada de esto requiere prueba cabal para caracterizar *corrupción pasiva* en el ordenamiento jurídico brasileño.

Pura presunción, suficiente apenas para los que se satisfacen con la propia convicción: el primer “*quid pro quo*” sin “*quid*” de la historia nacional.

3.3. LA SUERTE DE LOS QUE VAN CON MUCHA SED AL VASO

Retornemos a la abogacía del diablo: entonces el grupo OAS realmente le hizo un “*upgrade*” al departamento que estaba siendo financiado por el Sr. Luiz Inácio y su esposa, con la esperanza de que la expectativa de disfrute futuro del inmueble lo mantuviese soplando –aunque ya sin ser más presidente– buenos vientos en favor de las velas de la constructora. Y, a pesar de lo que prevé la figura típica definida por el Código Penal, llamemos a eso *corrupción pasiva*. ¿Sería, entonces, posible una condena?

La respuesta es negativa. Esta vez por cuenta de la naturaleza jurídica del crimen.

Pues, para la mayoría inmensa de los penalistas, la *corrupción* es clasificada como un tipo de *mera actividad* (o formal). ¿Por qué esto es importante? Al contrario de los llamados crímenes *de resultado*, los de *simple actividad* no admiten la forma tentativa: en otras palabras, no existe la posibilidad jurídica de *intento de corrupción*: o el agente público fue comprado, o no lo fue.

Consecuentemente, el lapso temporal entre el *solicitar* o el *aceptar* ventaja indebida y, de hecho *recibirla* y usufructuar de ella, caracteriza lo que convencionalmente se llama en los manuales como *agotamien-*

“*extortion*” y no “*bribery*”, lo que ya impediría una asimilación teórica sin las debidas salvedades. Y, aún en este caso, había previsión del efectivo recibimiento de dinero (lo que sabidamente no hubo en el caso del triplex, a propósito), solo eximiendo una contrapartida específica a justificar la oferta, razón por la cual, en esa hipótesis, se exime el “*quid pro quo*”.

to: la situación típica ya está totalmente caracterizada, poco importa la ventaja a ser realmente aprovechada, el crimen está consumado.

La implicación de esta comprensión es clara: incluso en la peor de las hipótesis –y al contrario de la ley– lo que se descubrió fue la evidencia de *actos preparativos* para una posible corrupción futura, que en ausencia de *solicitud* o *aceptación* inequívoca solo iría a materializarse con el *recibimiento*, nunca concretado –tal vez, justamente por cuenta de la investigación, lo que no deja de ser irónico. Sin, al menos, inicio de la ejecución, el castigo está prohibido, aunque haya existido una articulación colectiva para tal cosa, como reza la cartilla dogmática a partir del artículo 31 del Código Penal.

A la luz de dichas aclaraciones sería preciso, por consecuencia, inventar una *corrupción “sui generis”* para poder condenar al expresidente, ¿correcto?

Fue exactamente lo que hizo la sentencia: legisló para la ocasión e incluyó en el ordenamiento jurídico brasileño el pomposamente llamado *crimen de corrupción complejo*, hasta entonces desconocido de las leyes y de la literatura técnica de tradición continental. Un delito bajo medida, caracterizado por diferentes actos y tiempos y en el cual, al contrario de la inconveniente definición del Código Penal, el tipo de injusto no se agota en la acción, viabilizando la censura deseada. Crímenes de mentira, condenas de verdad.

Por esto parece suficiente, a título de conclusión provisoria, decir acerca de la corrección de la sentencia en relación a la supuesta *corrupción pasiva* lo siguiente: el Sr. Luiz Inácio fue condenado en función de un bien que nunca *recibió*, ni fue probado haber *solicitado* o *aceptado*, un pago con dinero de no se sabe dónde y en intercambio de nada en particular.

Lato o stricto sensu, condenado por una *corrupción atípica*.

4. LAVADO A SECO

El sobresalto determinado por la destrucción de cualquier parámetro legal en la imputación de *corrupción pasiva* no agota el alarmante potencial de la sentencia.

Es que la condena del expresidente incluyo, aún, el *lavado de dinero*, en *curso material*.

Pero si se vio antes que, sea por fuerza de la lógica o del derecho civil, nunca hubo *recibimiento* del inmueble, ¿qué, exactamente, podría “lavar” el expresidente, en el sentido de incluir en el sistema regular de circulación de bienes a fin de ocultar el origen ilícito del departamento?

Si, a partir del artículo 1º de la Ley Nº 9.613/98, se sabe que hay una explícita exigencia de que el bien tenga origen en una previa in-

fracción penal (crimen o contravención), entonces esto presupone al menos dos acciones. Primero, la posesión de un bien originario de una acción penalmente ilícita –lo que, en el caso, no ocurrió. Segundo, la regularización de este bien por medio de artificios, que escondan su proveniencia y permitan su uso.

La decisión, en este punto, apela genéricamente a la corrupción en PETROBRAS, sustentando que el dinero de OAS para el cambio y decoración del departamento en la cobertura que sería del expresidente vino de un “soborno” cualquiera. Esto, sin embargo, no pasa el umbral de la especulación, ya que no hay ninguna demostración de este vicio de origen, ausente el rastreo del dinero destinado a ese fin por la empresa. Los valores tanto pueden haber provenido de esa caja oculta como de la cuenta regular de una persona física o jurídica, simplemente no se puede saber.

Para, nuevamente, intentar contornar este obstáculo fáctico, la decisión alega que es el propio departamento el que “lava” la corrupción “*sui generis*” del acusado. El problema, en esta hipótesis, es que no es admisible que una sola acción –o “*upgrade*” de la unidad de BANCOOP financiada al expresidente y su esposa por OAS– atienda simultáneamente a las funciones de “lavar” y “ser lavado”.

E incluso que el inmueble hubiera sido un intento de la empresa de “lavar dinero” destinado al partido del expresidente, comprando con dinero “sucio” un departamento que eventualmente le sería entregado, esta acusación nunca podría ser imputada al propio, sino exclusivamente a OAS, única autora de este supuesto delito.

Sin olvidar que, en el límite, lo que se insinuaba en relación al crimen anterior de corrupción era la *aceptación* de una *expectativa de ventaja* –aunque sea el intercambio de nada en particular– por parte del antiguo líder del Ejecutivo nacional. Y, de ser así, descubriríamos la existencia de una nueva y misteriosa figura típica de “*lavado de bienes en haber*”, permitiendo una relectura procesal penal del célebre filme de Anselmo Duarte, titulado “el lavador de promesas”. Cómico, si no fuera trágico: sin tirar ni poner, en estos términos un ciudadano brasileño fue condenado a la pena de 9 años y 6 meses de reclusión, en régimen cerrado.

Como (literal) punto final, la excéntrica condena de esta “dupla de uno” es presentada como si fuese *concurso material*, aunque la definición legal del art. 69 del Código Penal exija, con toda claridad, la práctica de múltiples crímenes por medio de “más de una acción u omisión”.

Así, entre otros prodigios ya denunciados, también descubrimos en la sentencia que el cero no es figura neutra en la sumatoria de pena. Ya que, aunque fuese comprobado que el acusado era el poseedor real

del departamento, el uso de este bien no podría constituir su propio “lavado”, sino el mero *agotamiento* de la *corrupción*, disfrutándose del departamento en intercambio de un *acto de oficio* cometido por el entonces presidente (todo esto inexistente, vale recordar).

En otras y más simples palabras, aunque todo lo que el Ministerio Público haya dicho fuese verdad, esto no podría caracterizar dos crímenes, porque utilizar un departamento recibido como contrapartida por una acción en función de cargo público no caracteriza un nuevo crimen, sino *post factum* imponible del propio crimen de *corrupción pasiva*. La razón es simple: siempre existe unidad de acción en aquellos tipos que abarcan una *unidad de valoración*.¹⁰ En verdad, el caso no representa un concurso de crímenes, sino una forma de interpretación de tipos penales (conflicto aparente de leyes penales). El criterio del *antehecho* y *poshecho copenado* están en relación de consunción con el hecho principal. Son, por lo tanto, castigados en conjunto con el hecho principal.¹¹

Pero, en la búsqueda del objetivo final, ¿a quién le importan los detalles?

5. UN CASO DE DERECHO PENAL DE AUTOR: MATERIALIDAD POR AUTORÍA

Hecho el análisis de las imputaciones típicas, privilegiando sus dimensiones objetivas, otra parte de la sentencia que llama especialmente la atención es el momento de la aplicación de la pena.

Los regímenes autoritarios tienen una predilección por el llamado derecho penal de autor (*Täterstrafrecht*), en general caracterizado por la legitimación del poder de castigar por medio de la tipificación de características –físicas, sociales, políticas, ideológicas– de determinados autores. Se trata, *grosso modo*, de un sistema fundado en la personalidad, en el ánimo antisocial del autor (Stratenwerth y Kuhlén, 2011: 32).¹²

10 Lo que también ocurre, por ejemplo, en los delitos sexuales, de malos tratos o en el tráfico de drogas (por medio de la adquisición de drogas para venta posterior, sin que tengamos aquí dos delitos).

11 Por ejemplo, el daño en la cosa hurtada por el ladrón no constituye delito de daño, pero sí un hecho comprendido en el contenido del injusto de hurto, como parece innecesario aclarar para cualquier estudiante o bachiller en Derecho.

12 También de forma crítica, Roxin (2006: 178-189). El Código Penal Alemán (StGB), tal como el brasileño, también contiene influencia expresa del derecho penal de autor: “§ 46 Grundsätze de Strafzumessung. Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. 2 Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen. Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Täter sprechen, gegeneinander

Por otro lado, el llamado derecho penal de hecho, afín a los regímenes democráticos, se caracteriza por la descripción de comportamientos que pueden, de ser realizados, ofender bienes jurídicos vitales al individuo y a la sociedad. El principio constitucional *nullum crimen, nulla poena sine lege* otorga primacía al derecho penal de hecho, ya que los tipos penales deben describir acciones para ser precisos.

Tanto uno como otro repercuten en el campo de la tipicidad y de la culpabilidad. La tipicidad del derecho penal de autor pretende ofrecer una teoría criminológica de tipos de autor y, con esto, abarcar determinados grupos de individuos (*Lehren vom kriminologischen Täter-typ*), mientras que la tipicidad del derecho penal de hecho alcanza comportamientos prohibitivos posibles de realización por todo cuerpo social imputable. La culpabilidad del derecho penal de autor se preocupa con la reprobación oriunda de la conducción de la vida (*Lebensführungsschuld*), al paso de que la culpabilidad del derecho penal de hecho se interesa por la reprobación por el tipo de injusto concretamente realizado. Por lo tanto, uno reprueba al autor por lo que él es, por lo que él efectivamente *hace*.

Todo esto, sin embargo, no significa que las manifestaciones autoritarias del derecho penal de autor son referidas solamente a los elementos jurídicos del delito. El momento de determinación de la pena es, ciertamente, muy revelador del nítido autoritarismo del sistema de derecho penal de autor, entre otras cosas porque (a) refuerza la censura del individuo por mala conducción pretérita de la vida, (b) da amplio margen de discrecionalidad al juez y (c) consume el principio de la libertad por ideas utilitaristas (seguridad, defensa social, etcétera).

En Brasil, a pesar de la reforma realizada en 1984 en la Parte General del CP, el arbitrio en la determinación de la pena continuó siendo inmenso. El art. 59 del CP determina que el juez establecerá, dentro de los límites previstos, atendiendo a la culpabilidad, a los antecedentes, a

ab. Dabei kommen namentlich in Betracht: die Beweggründe und die Ziele des Täters, besonders auch rassistische, fremdenfeindliche oder sonstigemenschenverachtende; die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille; das Maß der Pflichtwidrigkeit; die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat; das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie; sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wiedergutzumachen, sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen. Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, dürfen nicht berücksichtigt werden". Al permitir al juez tener en cuenta la vida pretérita del autor, las circunstancias personales y económicas, el Código Penal alemán también permitió influencias del derecho penal de autor en la medición de la pena (Jescheck y Weingend, 1996: 2; § 6, III).

la conducta social, a la personalidad del agente, a los motivos, a las circunstancias y consecuencias del crimen, así como al comportamiento de la víctima, la cantidad de pena aplicable, conforme sea necesario y suficiente para reprobación y prevención del crimen.

Este dispositivo no permitió simplemente la incorporación del derecho penal de autor; sino también la consolidación de la jurisprudencia en el sentido del libre poder judicial en la determinación de la pena, un verdadero drama en la vida de cualquier autor condenado: ley y jurisprudencia incorporaron elementos jurídicos indeterminados (*personalidad*, por ejemplo) y datos desvinculados del hecho cometido (*conducta social*, *antecedentes criminales* y *reincidencia*, por ejemplo).

La única lectura democrática posible es extraer de este dispositivo dos juicios fundamentales para la determinación de la pena: por un lado, el juicio de necesidad, ya que una pena innecesaria para un fin preventivo no puede ser impuesta; por el otro, un juicio de suficiencia, complementario al juicio de necesidad, inferido de la relación entre la lesión del bien jurídico, la conducta concreta del agente, su capacidad de motivación y la consecuencia jurídica a ser impuesta. Ambos juicios, entonces, componen un juicio mayor de culpabilidad por el hecho como límite de la pena: la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad.

Entre las circunstancias de ponderación previstas en el art. 59 del CP, que deben ser sometidas al examen de la necesidad y de la proporcionalidad y que sirven como camino del proceso de determinación de la pena, la culpabilidad por el tipo de injusto –que no es la misma que compone el delito, porque de lo contrario se estaría violando el principio *ne bis in ídem*– es la referencia esencial como factor de individualización de la pena. Pero cuidado: la culpabilidad aquí es un dato de contenido empírico que retrata la capacidad de motivación del agente en relación al hecho por él cometido, frente a las invocaciones normativas del orden jurídico a los que tuviera acceso, o sea, accesibilidad a las invocaciones de prohibición o de determinación. En otras palabras: un criterio en función de lo que el sujeto podría efectivamente hacer o no hacer; en tanto sometido a una norma vinculante de su conducta. Consecuentemente, los demás criterios complementares del art. 59 del CP deben necesariamente estar vinculados al hecho (luego, están excluidos los criterios disociados del hecho, como factores morales, antecedentes criminales, conducta social, personalidad, por ejemplo) y solo pueden ser considerados en favor del acusado, como aclara Juárez Tavares.¹³

13 “En cualquier caso, los elementos subjetivos relacionados con el autor solo pueden ser invocados en su perjuicio si hubieran influido, previamente, el desvalor

A pesar de estas referencias posibles de limitación de la arbitrariedad, el autoritarismo penal consigue contornearlas para materializar un perfecto ejemplo del derecho penal de autor. Aunque esto se reproduzca en lo cotidiano de la actividad judicial del sistema penal brasileño, el ejemplo de la sentencia proferida en el *caso del tríplex* es paradigmático.

Como se ha visto, Luiz Inácio Lula da Silva fue condenado por el delito de corrupción pasiva y lavado de dinero. Entre los ocho indicativos previstos en el art. 59 del CP, cuatro no fueron valorados (*malos antecedentes, conducta social, motivos y comportamiento de la víctima*). Fueron valoradas negativamente las *circunstancias*, las *consecuencias*, la *personalidad* y la *culpabilidad*.

Todas ellas, sin embargo, fueron valoradas de forma errada.

Las *circunstancias* fueron entendidas negativamente porque “la práctica del crimen (de) corrupción involucró la destinación de dieciséis millones de reales a agentes políticos del Partido de los Trabajadores, un valor muy expresivo. Además de esto, el crimen fue cometido en un esquema criminal más amplio en el cual el pago de sobornos se había tornado rutina”. En la misma línea, las *consecuencias* serían desfavorables “pues el costo del soborno fue traspasado a PETROBRAS, a través del cobro de un precio superior al estimativo, y que la estatal recaudó con el perjuicio en el valor equivalente”.

Estos puntos deberían ser analizados en la relación entre culpabilidad y hecho concretamente realizado. La cuestión aquí es: valoración de la gravedad del hecho como lesión al bien jurídico y consecuencias del delito, o sea, cuanto mayor la gravedad y las consecuencias abarcadas por el ámbito de protección de la norma, mayor la culpabilidad. Cabría, por lo tanto, cotejar todos aquellos datos que involucran el proceso de desarrollo de la acción, las facilidades de la ejecución, los factores externos en el proceso de producción del resultado (comportamiento de la víctima, de terceros o de las autoridades), la extensión del daño, el valor de los bienes perjudicados, la reparación como forma de límite de su extensión, la duración del ilícito, la división de tareas en la ejecución, las relaciones objetivas del autor con la víctima, etc., siempre que estos factores no configurasen, en razón del principio de la prohibición de

de la acción. Todos los demás factores –como las circunstancias contenidas en el art. 59 del CP– solo deben ser usados en favor del autor. Factores morales u otros relacionados con la supuesta mala conducta del autor son extraños al proceso de individualización y deben, por lo tanto, quedar fuera de cualquier evaluación” (Tavares, 2011: 135).

doble valoración, circunstancias determinadas por la ley (agravantes y atenuantes). Por lo tanto, el valor expresivo de la corrupción puede sí ser valorado en la determinación de la pena, pero en tanto se refiera a la relación entre culpabilidad y hecho concretamente realizado. El problema de la sentencia es que valoró doblemente ese “valor muy expresivo” en las circunstancias y en las consecuencias, peor aún, en dos situaciones en un evidente rompimiento en la relación culpabilidad-hecho concretamente realizado, ya que los valores no fueron considerados aquellos de la imputación. Con esto se afrontan los principios de la prohibición de la doble valoración y de la culpabilidad.

Además, las consecuencias se escapan de los límites posibles de conocimiento del agente. Esto es inadmisibles y constituye una forma de responsabilidad objetiva. Las consecuencias posibles de valoración, obviamente, son solamente aquellas vinculadas con el tipo de injusto imputado, de las que el agente tenga pleno conocimiento o, como mínimo, ya aparecían como previsibles (*verschuldete Auswirkungen der Tat*). Frisch exige correctamente que las consecuencias se encuentren abarcadas por el ámbito de protección de la norma.¹⁴ No se incluyen, por lo tanto, las consecuencias externas al tipo de injusto no conocidas por el agente y no abarcadas en los fines protectores de la norma violada, tales como el daño psicológico sufrido por las víctimas de delitos de robo, la bancarrota y, después, el suicidio de la víctima del fraude o hasta los daños a la salud y muerte de los consumidores de drogas.¹⁵

La sentencia también consideró elevada la culpabilidad.¹⁶ Erró otra vez más. No existe culpabilidad por la imposición social o política del autor. Lo que hace la sentencia es confundir juicio de reprobación por el tipo de injusto realizado (elemento del delito) con juicios de necesidad y suficiencia (directrices de fijación de la pena). En verdad, lo máximo que se podría hacer aquí es constatar, tam-

14 ZStW 99 (1987: 754).

15 Véase en este sentido, por todos, Teixeira (2015).

16 El argumento fue este: “El condenado recibió ventaja indebida en relación a su cargo de Presidente de la República, o sea, de mandatario mayor. La responsabilidad de un Presidente de la República es enorme y, por consiguiente, también su culpabilidad cuando comete delitos. Esto sin olvidar que el delito se inserta en un contexto más amplio, de un esquema de corrupción sistémica en PETROBRAS y de una relación espuria entre él y el Grupo OAS. Obró, por lo tanto, con culpabilidad extrema, lo que también debe ser valorado negativamente. Tal vectorial también podría ser encuadrado como negativa a título de personalidad. Considerando tres vectoriales negativos, de especial reprobación, fijo, para el crimen de corrupción pasiva, pena de cinco años de reclusión”.

bién dentro de la relación entre culpabilidad y hecho, la autonomía del agente, que involucra contextos de la vida consistentes en la verificación de las dificultades concretas individuales o sociales enfrentadas para realizar el hecho a pesar de las regulaciones normativas del orden jurídico, es decir, cuanto mayor la autonomía, mayor la culpabilidad. Esto porque factores concretos de la vida, como los que derivan de relaciones personales y familiares, de empleo o de desempleo, de riqueza o de miseria, de formación educacional o de falta de competencias, de poder y de sumisión, influyen directamente en la autonomía. Pero, tratándose de alguien sin ninguna dificultad de ejercer su autonomía, de seguir su vida normal sin realizar el hecho, la culpabilidad debería ser normal, sin necesidad de ser diminuta, es decir, no necesitaría una disminución más allá de los límites fijados.

Del hecho no se extraen, además, condiciones externas que dificultasen el ejercicio de la autonomía, tales como “la coacción individual o social, la relación de dependencia del autor en relación al otro, sea como funcionario, empleado o simplemente compañero, o la falta de otro medio institucional que le posibilite la realización de un resultado jurídicamente adecuado” (Tavares, 2011: 144). Luego, no hay ninguna razón para entender que la simple posición de poder—social o político—autorizaría una culpabilidad mayor en la fijación de la pena. Esta forma de proceder viola el propio principio de la culpabilidad por el hecho, abriendo espacio para el ingreso del derecho penal de autor.

Por último, cuando la sentencia habla de “reprobación especial” como criterio para la determinación de la pena, revela adoptar una inadmisibles teoría unificada o mixta de la pena, con prevalencia de la idea de retribución. Sin embargo, esta reprobación mencionada en el art. 59 del CP apenas significa que la pena aplicada deba ser proporcional al daño o al peligro al bien jurídico. La idea de retribución, por lo tanto, está excluida del proceso de determinación de la pena, simplemente por cuenta de la incompatibilidad de orden constitucional, ya que es “inadmisibles que, en un Estado de Derecho democrático, se pudiese asociar a la pena una naturaleza puramente represiva sin ninguna utilidad” (Tavares, 2011: 123). La prevención del crimen, por lo tanto, es el único fundamento posible para configurar los juicios de necesidad y suficiencia de la pena.

6. ALGUNAS CONCLUSIONES POSIBLES

Un análisis técnico encuentra en la sentencia, en su casi insoportable extensión, problemas dogmáticos de primer orden y todos tan evidentes que dispensan mayor fundamentación teórica.

También revela que la decisión pretendió, mediante el cansancio, contornear los obstáculos que impedían una condena con innovaciones contrarias a la ley, en nombre de una mesiánica lucha contra la corrupción. Algo loable, tal vez, si no fuese el hecho de que presupone, sin límite, el sacrificio de la libertad humana, asegurada por el respecto a los derechos fundamentales al debido proceso legal, al principio contradictorio, a la amplia defensa, al juez natural, a la correlación entre acusación y sentencia, a la protección a la intimidad y vida privada, a la presunción de inocencia, a la prohibición de pruebas ilícitas, etcétera.

El Estado de Derecho se caracteriza por el poder legal de controlar pulsiones punitivas utilitaristas generales e individuales.

La sentencia analizada, sin embargo, confirma que no siempre esto es posible.

Desde el punto de vista político, al menos, la condena es el comienzo de una despedida del juez: con su protagonismo terminado, sobrarán los residuos de esa fama que no parece haber sido del todo indeseada, especialmente por el abierto activismo en la defensa de la causa, de ser referente jurídico informal de parlamentarios, de promover iniciativas legislativas, defender la propia actuación en artículos de opinión y convocar y orientar partidarios de la operación en manifestaciones, entre otras actividades prohibidas o no recomendadas a los magistrados, en función de la dignidad del cargo.

Y desde el punto de vista jurídico, que es aquí más importante, esta condena deja estampado que la dogmática penal no siempre consigue impedir, por el control de los medios, los fines que mueven determinadas agencias penales, a despecho de los principios constitucionales formalmente vigentes. En este contexto, el derecho penal de autor es la regla consolidada de esta democracia de ocasión y sus decisiones judiciales “*sui generis*”.

Resta saber cómo los Tribunales que aguardan este proceso van a lidiar con tamaño engaño.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Jescheck, H. H. y Weigend, T. 1996 *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil* (Berlín: Duncker und Humblot).
- Machado, N. 2017 “Críticas à defesa do ex-presidente Lula mostram parcialidade de Moro” en <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-12/nelio-machado-sentenca-lula-mostra-parcialidade-moro>> Acceso 21 de julio de 2017.
- Ministerio de Justicia de Brasil 2014 “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen)” (Brasilia: DEPEN), diciembre.

- Roxin, C. 2006 *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlangen. Der Aufbau der Verbrechenlehre. A. Auflage* (Múnich: Verlag Beck).
- Stratenwerth, G. y Kuhlen, L. 2011 *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Múnich: Verlag Vahlen).
- Tavares, J. 2011 “Culpabilidade e individualização da pena” en *Cem anos de reprovação: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade* (Río de Janeiro: Revan).
- Teixeira, A. 2015 *Teoria da aplicação da pena. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato* (San Pablo: Pons).

Michelle Aguiar*

DELACIÓN PREMIADA VERSUS DERECHO AL SILENCIO

¿QUIÉN GANA EN LA SENTENCIA?

EN EL DÍA 12 DE JULIO de 2017, el débil sistema democrático que todavía rige en Brasil sufrió otro duro golpe. Fue divulgada la sentencia dictada por el juez de la 13ª Sala Criminal Federal de Curitiba, Sérgio Moro, condenando al expresidente Luiz Inácio Lula da Silva a 9 años y 6 meses de prisión por la Operación *Lava Jato*.

El caso analizado involucra la compra de un triplex localizado en Guarujá, en el litoral paulista y las acusaciones serían, en suma, de que el expresidente Lula habría supuestamente participado de manera consciente de un esquema criminal que involucra al Grupo OAS y a la empresa PETROBRAS.

En este sentido, adujo el Ministerio Público Federal que el Grupo OAS sería uno de los grupos empresariales que habrían promovido el pago de ventaja indebida en contratos de PETROBRAS a agentes públicos y a agentes o partidos políticos y que, concernientes a esos valores, R\$ 3.738.738,00 habrían sido destinados específicamente al

* Abogada Criminal, posgraduada en Proceso Penal y Garantías Fundamentales (ABD Const-RJ). Licenciatura en Derecho (IBMEC-RJ). Directora de Investigación de la Asociación Brasileña de los Abogados Criminalistas (Abracrim-RJ). Miembro del Instituto Brasileño de Ciencias Criminales (IBCCRIM). Miembro de Law Enforcement Against Prohibition (LEAP). Delegada de la Comisión de Prerrogativas (OAB/RJ). Autora de diversos artículos jurídicos en el ámbito penal.

expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, corporificados a través de la disponibilidad de un departamento triplex sin que hubiese habido pago del precio correspondiente por el entonces expresidente.

La teoría fue acogida por el juez, sentenciando a Luiz Inácio Lula da Silva a los crímenes de corrupción pasiva, conforme el art. 317 del CO, con la causa de aumento en forma de su parágrafo 1º (en razón de acto de oficio o de deber funcional) del mismo dispositivo legal, y por un crimen de lavado de dinero del artículo 1º, *caput*, inc. V, de la Ley Nº 9.613/98, alcanzándose la cifra de 9 años y 6 meses de reclusión.

Ocurre que durante la lectura de la extensa sentencia (en exactas 218 páginas), es posible verificar una postura absolutamente parcial, arbitraria y de lógica inquisitorial por parte del *juez a quo*. Y más grave aún, en varias ocasiones es externada la defensa de actos que contrarían derechos y garantías fundamentales del acusado y del propio ordenamiento jurídico brasileño, en lo vinculado al sistema acusatorio y democrático.

Un ejemplo nítido de esta afirmación se respalda en la defensa de las llamadas delaciones premiadas y, en contrapartida, en la reprobación al derecho al silencio, como así se elucida en la página 44, parágrafo 251 de la referida sentencia (énfasis nuestro):

Quien, en general, viene criticando la colaboración premiada es, aparentemente, favorable a la regla del silencio, la *omertá* de las organizaciones criminales, eso sí reprobable. Piercamilo Davigo, uno de los miembros del equipo milanés de la famosa Operación *Mani Pulite*, dijo, con mucha propiedad: “La corrupción involucra a quien paga y a quien recibe. Si ellos callan, no los vamos a descubrir jamás” (SIMON, Pedro coord. Operación: Manos Limpias: Audiencia pública con magistrados italianos. Brasilia: Senado Federal, 1998: 27).¹

Salta a la vista que un magistrado sea capaz de defender el instituto de la delación premiada como si esta fuese un medio indudable de salvación de la nación (como ya ocurrió en diversos eventos anteriores a la sentencia) y se repruebe el derecho al silencio, que constituye una de las dimensiones del Derecho a la Amplia Defensa del acusado.

En apretada síntesis, el derecho al silencio constituye el principio del “*nemo tenetur sine detegere*”, o sea, el derecho de no producir prueba contra sí mismo y “callarse”, derecho este, como se menciona arriba, que compone la dimensión del Derecho de Amplia defensa; pilar fundamental del sistema procesal penal democrático, esculpi-

1 La sentencia íntegra disponible en <http://estaticog1.globo.com/2017/07/12/sentenca_lula.pdf>.

do en sede constitucional, conforme el inciso LXIII, artículo 5° de la Constitución Federal.

Resáltese que la opción de permanecer en silencio no puede ser interpretada *in malam partem* (para el mal) del investigado o denunciado, noción que posee igualmente respaldo legal en el artículo 186, párrafo único del Código de Proceso Penal² y es inclusive causa de nulidad procesal, conforme entendimiento unánime doctrinario y jurisprudencial.³

De esta manera, la presente sentencia claramente contraría dispositivos constitucionales y legales, así como principios que confieren garantías fundamentales y, evidentemente, no pueden ser relativizadas o ignoradas, bajo pena de retroceso del régimen democrático brasileño.

Subráyese que aquí no se pretende criticar la delación premiada en sí, sino la forma en cómo esta ha sido utilizada en las presentes Operaciones, en las que se ha utilizado la prisión como regla y, consecuentemente, como medio para la obtención de la confesión de los crímenes cometidos, a fin de evitarse la propia prisión o la de familiares. Luego, no hay una gota de voluntarismo en hacer ningún tipo de delación por parte del investigado o del denunciado, lo único que él desea es evitar la prisión, o si ya está preso, buscar su libertad. No hay entonces ningún motivo para enorgullecerse o defender un procedimiento de este tipo.

Aunque se afirme en la sentencia que “jamás se encarceló a ninguna persona buscando la colaboración o confesión” (§ 235: 42), no es lo que demostró la práctica o ha demostrado durante todos los encarcelamientos efectuados en el ámbito de la Operación *Lava Jato*.

Vale resaltar que en antiguo sistema inquisitorial brasileño (y que todavía se demuestra presente en el actual sistema penal), el interrogatorio se tornó un acto procesal de extrema relevancia, puesto que consistía en la formalización de la obtención de la prueba más valiosa, de la prueba incuestionable y que, por esa razón, correspondía a la verdad real. Para la obtención de esta llamada verdad indudable y purificadora, los fines justificarían los medios, en el sentido de que

2 Art. 186. Después de debidamente cualificado y conocido el contenido entero de la acusación, el acusado será informado por el juez, antes de iniciar el interrogatorio, de su derecho de permanecer callado y de no responder preguntas que se le formulen.

Párrafo único. El silencio, que no importará en confesión, no podrá ser interpretado en perjuicio de la defensa.

3 A ejemplo se tiene la inteligencia del artículo 478 del Código de Proceso Penal: durante la sustentación oral las partes no podrán hacer referencias, bajo pena de nulidad: b) al silencio o a la ausencia del acusado en plenario.

se habilitaba la posibilidad de la práctica de medios de tortura, para obtener el fin anhelado: la confesión.

No se afirma aquí que el presente juez sea defensor o que se hubiera valido de prácticas ilegales o reprobables, pero sí de elucidar que el procedimiento de la delación premiada ha remetido inevitablemente a esa época tan sombría que fue llamada inquisición. En cuanto a esto, es preciso tener cautela antes de posicionarse sobre asuntos tan polémicos, como es el caso de la delación premiada.

Sobre todo, es preocupante que al destacarse la importancia de la delación premiada en el citado párrafo haya sido considerada como referencia una bibliografía referente a la llamada “Operación *Mani Pulite*”, traducida como “Operación Manos Limpias”.

Esto porque, en síntesis, la “Operación Manos Limpias” se inició en Italia en 1992, con el encarcelamiento de Marcio Chiesa, entonces presidente de un hospicio en Milán, al ser visto recibiendo soborno de un empresario. Este sería entonces el inicio de una larga secuencia de encarcelamientos e investigaciones buscando erradicar la corrupción política.

Una de las técnicas comunes de investigación en ese escenario era el exceso de la utilización de la colaboración con el juez (léase, delación premiada). En esta dinámica, expone Renzo Orlandi que:

La Corte Constitucional había tornado posible la demora de sentencias con base en declaraciones hechas por el coacusado al Ministerio Público, aunque no confirmadas durante el proceso, frente a un juez imparcial, en lo contrario a las partes. En otras palabras, el coacusado hacía un favor al Ministerio Público, realizando declaraciones inculpativas destinadas a valer como prueba en el proceso. Por su parte, el Ministerio Público retribuía el favor, dejando de pedir la emisión de recursos cautelares y favoreciendo una salida “indolora” del proceso por medio de un intercambio deshonesto judicial, muchas veces combinada con la suspensión condicional de la pena (Orlandi, 2016: 389).

En este sentido, se puede reflexionar que cualquier semejanza con la Operación *Lava Jato* no es mera coincidencia. Vale resaltar que la citada “Operación Manos Limpias” acabó por desorientar la relación entre los poderes del Estado, debilitando el sistema de los frenos y contrapesos,⁴ atribuyendo poderes incontrolables tanto para la magistratura, como para la procuraduría, exterminando toda y cualquier

4 El sistema de frenos y contrapesos tiene como alcance garantizar la separación de poderes, permitiendo que cada poder, en el ejercicio de competencia propia, controle a otro poder y sea por el otro controlado, sin que haya impedimento del funcionamiento ajeno o incluso invasión de su área de actuación.

chance de derecho de defensa, siendo entonces reconocida como una brusca intromisión inquisitoria del sistema procesal.

De este modo, defender la práctica de la delación premiada de la forma como ha sido implementada en Brasil y utilizar la “Operación Manos Limpias” como si esta representase algún paso de evolución, definitivamente va en contra de cualquier noción de un proceso justo de respeto a la democracia. En un momento tan sombrío para el proceso penal, se precisa de jueces que defiendan y cumplan las reglas del juego, no que las derrumben.

BIBLIOGRAFÍA

Orlandi, R. 2016 “Operazione Mani Pulite’ e Seu Contexto Político, Jurídico e Constitucional” en *Constituição, Economia e Desenvolvimento* (Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional) Vol. 8, N° 15: 389, jul.-dic.

Nasser Ahmad Allan*

LA CONDENA DE LULA

UNA PROMESA CUMPLIDA

LA CONDENA EN PRIMERA INSTANCIA del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva no causó sorpresa a la comunidad jurídica. Ni incluso a la mayor parte de la población brasileña. Todos la suponían. No porque la instrucción del proceso hubiera disipado cualquier controversia sobre la existencia de la práctica criminal por parte del expresidente, sino en razón de aquello que fue enunciado previamente: su condena. Independientemente de su autoría, de la materialidad y de la investigación probatoria, todos sabíamos que el juez de piso condenaría al expresidente. Algo que él prometió y cumplió.

El resultado de la sentencia había sido anunciado antes incluso de que la denuncia sea ofrecida por el Ministerio Público Federal. Basta recordar que en el día 16 de marzo de 2016, el mismo juez Sérgio Moro, *ilícitamente*, levantó la confidencialidad sobre los audios de conversaciones telefónicas del expresidente Lula y de sus familiares, siendo una de ellas mantenida entre él y la entonces presidenta Dilma Rousseff.

El juez de piso se arriesgó. Violó la ley.

* Posdoctorando del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Río de Janeiro (UFRJ). Maestro y Doctor en Derechos Humanos y Democracia por la Universidad Federal de Paraná. Abogado en Curitiba, PR.

Días más tarde, al intentar explicarse formalmente ante el Supremo Tribunal Federal demostró la parcialidad, siempre rechazada por él, con que instruyó y juzgó la acción penal contra el expresidente Lula. Dijo el juez en su manifestación escrita que a pesar “del diálogo interceptado (entre Dilma y Lula) *es relevante en la perspectiva jurídico-criminal para el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, ya que indica el propósito de influenciar, intimidar u obstruir a la Justicia*, en lo que se refiere a la excelentísima Presidenta de la República, no hay ninguna manifestación de ella asintiendo con este propósito” (énfasis nuestro). Al frente, él imputó, una vez más, conducta criminal al expresidente Lula al afirmar que el levantamiento de la confidencialidad de las grabaciones de las conversaciones telefónicas tenía por objeto “*prevenir nuevas conductas del expresidente para obstruir la justicia, influir indebidamente en los magistrados o intimidar a los responsables procesos*” Alessi (2016).

Es preciso registrar que nada existe en el contenido de las conversaciones ampliamente divulgadas por la prensa brasileña que confirme las afirmaciones del referido juez e indiquen intentos del expresidente de obstruir la investigación en curso o intimidar miembros del ministerio público o de la magistratura.

Después de la divulgación de los audios obtenidos a través de estas grabaciones, presenciamos una sucesión de hechos que culminaron en el golpe de Estado, con el apartamiento, primero temporal y luego definitivo, de una presidenta electa, sin haber cometido crimen de responsabilidad. Los actos iniciales de este enredo resultaron en el uso político de los audios por parte de los canales de la prensa conservadora, masificando la idea de que la indicación del expresidente Lula al Ministerio de la Casa Civil ocurriera para conferirle un fuero privilegiado. Decisiones liminares de jueces de primera instancia, en flagrante usurpación de competencia del STF, mancharon la validez del nombramiento, hecho por una presidenta de la república, de un ciudadano que, en aquel momento, ni siquiera era acusado en acción penal. Poco tiempo después, el representante político de la oposición en el STF concedió una liminar suspendiendo el nombramiento del expresidente Lula, como ministro de Estado.

No debe olvidarse que en cualquier régimen democrático, en donde rige el derecho, un miembro de la magistratura también está sujeto a las leyes y al cometer alguna ilegalidad debería ser castigado, respondiendo administrativa y criminalmente por sus actos, lo que hasta el momento no ocurrió. Al contrario, el Tribunal Regional Federal de la 4ª Región, al juzgar en primer juzgamiento la conducta reconoció la excepcionalidad del caso. Para situaciones excepcionales, las decisiones de excepción son legítimas, fue, prácticamente, lo que dijeron.

Igualmente, algunos de los defensores del mencionado juez de piso, adoptando la lógica del utilitarismo maquiavélico de que los fines justifican los medios, vienen argumentando que el ilícito cometido por él contribuyó decididamente al apartamiento de la presidenta Dilma y, por lo tanto, debería ser perdonada.

A despecho de negar con vehemencia cualquier finalidad político partidaria en la divulgación de los audios, el señalado juez fue bastante explicativo en su despacho proferido, al aseverar que “el levantamiento (del sigilo) propiciará [...] el saludable escrutinio público [...] *La democracia en una sociedad libre exige que los gobernados sepan lo que hacen los gobernantes, incluso cuando estos buscan obrar protegidos por las sombras*” (Alessi, 2016; énfasis nuestro). Parece forzoso concluir que él imputa a la entonces presidenta Dilma y al expresidente Lula la práctica de acciones bajo protección “de las sombras”, denotando su valoración sobre el contenido de las conversaciones, extrapolando en mucho el papel destinado al magistrado, actuando como actor político.

La divulgación de los audios de las conversaciones del expresidente Lula fue, de hecho, una pieza esencial para la consolidación del golpe de Estado en 2016. No tengo certeza si en aquella época el referido juez de piso tuviese la dimensión de esto. A juzgar por sus manifestaciones públicas e intervenciones académicas, el no aparenta ser alguien detentor de tamaña inteligencia y capacidad analítica. Sin embargo, algo parece incuestionable, él intentaba impedir la obtención del fuero privilegiado por parte del expresidente Lula, que sería alcanzado con el nombramiento como Ministro de Estado. Pretendía ser el juez responsable por la instrucción y juzgamiento de la futura acción penal contra el expresidente Lula.

Pero ¿por qué? ¿Por qué asumir tan difícil encargo? La tarea sin gloria de sentenciar a alguien admirado por la mayoría del país, aunque desagrada a determinados segmentos, entre ellos, la casta de la que el magistrado es parte. Tal vez, por vanidad, dirán algunos. La respuesta que me suena más plausible, sin embargo, es la de que pretendía garantizar su condena. No se podía correr el riesgo de desplazar la competencia al Supremo Tribunal Federal y, consecuentemente, al Procurador General de la República. Se necesitaba que la investigación permaneciera en Curitiba. Y así sucedió.

La divulgación de los audios ocurrió el día 16 de marzo de 2016. Recién casi seis meses después, el día 14 de septiembre, el Ministerio Público Federal ofreció la primera denuncia contra el expresidente. En una rueda de prensa, *realizada a prácticamente dos semanas de las elecciones municipales*, con la exposición en *Power Point* y la acusación por parte de los procuradores de que el expresidente era el jefe

de una organización criminal. Hecho, además, que no fue objeto de la denuncia, sirviendo solamente para mancillar su imagen y honra, atacando públicamente la reputación del expresidente.

Poco más de una semana después, el día 22 de septiembre, fue decretada la prisión de Guido Mantega, exministro de Hacienda de los gobiernos de Lula y Dilma, que no fue concretada, solamente, porque tenía a su esposa internada en un hospital por un tratamiento contra el cáncer. Sin embargo, el día 26 de septiembre durante la semana en que serían realizadas las elecciones municipales, a pedido del Ministerio Público Federal el juez de piso decretó el encarcelamiento del exministro Antonio Palocci.

Tanto la denuncia contra el expresidente Lula como los encarcelamientos de dos de sus ministros, en vísperas de elecciones, alcanzaron duramente la imagen del Partido de los Trabajadores, lo que perjudicó, sensiblemente, el desempeño de sus candidatos y candidatas en el pleito electoral. Parece forzoso concluir que, en relación con estos hechos, el planeamiento de las acciones de los representantes del Ministerio Público y del juez de piso estuvo concatenado con el calendario electoral. Ciertamente, no en vano.

No pretendo abordar aquí las arbitrariedades cometidas por el juez, denunciadas por la defensa del expresidente, a lo largo de la instrucción procesal. Tampoco me atenderé a los fundamentos, adoptados por él en la sentencia para condenar al expresidente Lula. En este libro hay quien lo hará con mayor propiedad y desenvoltura, dedicándose a los aspectos técnico jurídicos del caso, como la prescripción de los supuestos crímenes cometidos, la condena basada en algunas pruebas circunstanciales contradictorias a lo restante del conjunto probatorio, etcétera.

Me restrinjo al intento de explicitar que el expresidente Lula siempre estuvo condenado. Incluso antes de ser ofrecida la denuncia, ya estaba condenado. Él fue, y todavía es, desde el inicio de la Operación *Lava Jato* el objetivo central del núcleo de Curitiba (compuesto por algunos miembros de la Policía Federal, de la Procuraduría de la república y, por último, por el juez de la 13ª Sala Federal de Curitiba, responsable por los procesos resultantes de la operación). La investigación, la denuncia, la instrucción de la acción penal y, finalmente, la sentencia caracterizan un proceso de persecución política, con nítida intención de degradar el capital político del expresidente Lula y de su partido político, y, en último recurso, de inviabilizar su candidatura a un nuevo ciclo presidencial, lo que podrá ocurrir si la sentencia fuera mantenida en segunda instancia, con la observación de que el juicio deberá ocurrir en un tiempo hábil para impedirle inscribirse a la candidatura.

A quién le importa esto, es decir, a quién le fue prometida la condena del expresidente Lula y cuáles son los demás intereses ocultos en estas acciones son cuestiones que han suscitado muchas controversias, pero creo que resultaría difícil enfrentarlas sin transitar el terreno arenoso de las especulaciones. Creo, sin embargo, que los próximos actos indicarán si hay más involucrados en esta trama, si el calendario del Tribunal Regional Federal de la 4ª Región también estará conectado directamente al electoral, o si aún quedan pedazos del Estado Democrático de Derecho y de las garantías previstas en el texto constitucional de 1988. Veremos.

BIBLIOGRAFÍA

Alessi, G. 2016 “Sérgio Moro pede desculpa por ‘polêmicas’ de áudios de Lula e Dilma” en *El País* (San Pablo) 31 de marzo. En <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/30/politica/1459296826_155962.html> Acceso 23 de julio de 2017.

Nelio Machado*

¡SOCÓRRANOS, MONTESQUIEU!

INEVITABLE LA POLÉMICA FRENTE al contenido de la sentencia condenatoria datada el 12 de julio de 2017, en la que el juez de la 13ª Sala Federal de Curitiba entendió condenar al expresidente Luiz Inácio Lula da Silva a una pena de más de 9 años de reclusión, en régimen cerrado.

Ya tuvimos ocasión de verter, tan pronto tomamos conocimiento de la decisión, contra las exageraciones del juez monocrático, exponiendo el rigor inaudito de la sanción penal.

Los dogmas esenciales que manan del principio de la reserva legal y que se desdoblán en la formulación de Beling, en el formateo de la tipicidad, garantía elemental del ciudadano frente al poder punitivo del estado, común avasallador, fueron reducidos a casi nada, poco importándole al emisor de la sentencia los contornos más elementales que informan los delitos de corrupción pasiva y lavado de dinero.

Muchos dirán con mayor competencia y mejor que nosotros sobre los desvíos de rumbo, las contorsiones de las que se socorrió al juez con el fin de divisar, con su lupa condenatoria, el crimen contemplado en el artículo 317 del Código Penal, a partir de concepción cerebral divorciada por entero de la prueba recopilada.

* Abogado

Se eligió la teoría, a saber, de la configuración de los delitos, y a partir de ella, como si fuera imposible repudiarla, incluso que en su perjuicio clamasen la ciencia penal, el derecho constitucional, el derecho procesal penal, la acusación tenía que ser prestigiada a cualquier precio, bajo pena de tener una empresa inacabada.

Después de muchos lustros en el ejercicio dilatado de la abogacía criminal, se hizo indescifrable, para los que tengan buena mirada, la posición de extremado rigor del magistrado que sentencia, a revelar desde los prefacios de la búsqueda visible una tendencia incriminatoria, pasando a lo largo de la unidad conceptual del Derecho, alterando el instituto de la propiedad en precepto destituido de relevo a la luz del Código Civil, condenando a quien no tenía uso, posesión o goce de determinado bien.

La visita a la propiedad se transmutó en una prueba inequívoca de la culpabilidad, del mismo de modo que la inexistencia de un acto de oficio para el beneficio de terceros también se reveló como algo irrelevante, de ninguna importancia, valiendo toda la argumentación como soporte para validar y viabilizar la teoría que se concibe.

Por lo demás, en la especie, hace enrojecer el razonamiento de que sería posible que el acusado expresidente de la república disfrutara de beneficios en 2014, en razón de actos respecto de los cuales la prueba es débil en lo que le concierne, que habrían tenido lugar en 2007 y 2009, muchos años antes.

Ni el más severo de los exegetas, el más conservador de los hermeneutas, el más tosco y rudo intérprete de la Ley Penal sostendría lo absurdo que reviste el contenido de la decisión que apuntó al acusado que, en dos ocasiones, tuvo la responsabilidad de presidir la república del país.

Ciertamente el acusado ha de haber tenido méritos y fracasos, como es de la naturaleza humana. Sin embargo, por tal enfoque, de ningún modo será justificable que los institutos garantes del Derecho se adapten a la conveniencia de castigar, haciéndolo a cualquier precio, con el sacrificio del dogma ya mencionado, a saber, el de la reserva legal.

No es pertinente transformar este aligerado escrito en una incursión doctrinal sobre los modelos penales incriminadores de los crímenes contra la administración pública, menos aún a través de reflexiones acerca de crimen organizado y semejantes, tampoco caminar por la senda vaga y fugitiva, con palabra fácil de pronunciarse, trayéndose a la colación lo que se encuentra en la moda, traducido por la vaga expresión de “crimen organizado”.

El Derecho Penal no nació hoy, mucho menos las persecuciones. De las últimas, ha de ocuparse la historia. Que lo digan Tiradentes,

Dreyfus, los hermanos Naves y tantos otros más registrados en la literatura universal.

Lo que se juzga no es solo como se hacía, en afrenta al Derecho ya la Justicia, en épocas ya superadas, no solo medievales, sino también antes de ellas. Las garantías se erigen en obstáculos a los ardores punitivos, a reclamar, desde tiempos inmemoriales, incluso antes de 1215 los contornos de lo que vino a ser en favor de la ciudadanía y el Derecho de las/los gentes, el irrenunciable *due process of law*.

En tiempos de delación, el procedimiento adoptado, de forma tumultuaria y equivocada, la historia lo dirá también, ya no espanta la conciencia de los que guardan fidelidad a las conquistas de la civilización, lo que ha ocurrido en la así llamada “República de Curitiba”, desacreditándose, frecuentemente, la Ley Mayor.

Lo que se ha visto, y no hay como negar que las garantías de la Constitución fueron bastardeadas, el debido proceso legal deshilachado, el derecho de defensa concebido como algo incómodo a ser tolerado y, más aún, si es posible, evitado.

Ya se ha dicho, sorpréndase, que “el problema es el proceso”.

Jamás el problema será el proceso.

Al revés, la cuestión no se ubica de esa forma.

Lo que importa es asegurar las garantías fundamentales, así como el tratamiento a las partes, el respeto a los enunciados de la Ley Mayor, la paridad de armas entre acusación y defensa, la reverencia que se ha de conferir, de igual modo, tanto a los acusadores como a los defensores.

Se ve, como de conocimiento general, que no hay jerarquía entre juez, acusador y defensor, a menos que uno u otro se transforme en déspota, aunque supuestamente esclarecido, lo que es incomprensible, pues los déspotas se aproximan mucho más al absolutismo que a la buena razón.

Le cabe a la defensa jamás intimidarse, jamás acobardarse, jamás agacharse, exigiéndose de ella altivez, coraje e independencia, reclamando, en alto y bien fuerte, el más completo respeto a su importantísima función.

No nos olvidamos que Voltaire decía que el único remordimiento que había tenido en su provechosa existencia fue la de no haber sido abogado.

¿Qué tiempos son estos?

Viene el recuerdo el papel ejercido por los abogados en el período del régimen militar, con el Acta Institucional N° 5, la supresión del *habeas corpus*, torturas, desapariciones, y mucho más de barbarie, con la ruptura del orden constitucional.

No será ahora que toda esa lucha se va a perder, en nombre de la eficacia represiva.

Para terminar y no alargarnos más, vale conferir especial destaque a lo que se lee en la polémica decisión golpeada por todos quienes preservan los principios más elementales y fecundos del derecho puesto, señalando los ítems 793, 794, 795 y 796 de la sentencia que viene siendo festejada por muchos, pero criticada con vehemencia por mentes comprensivas.

El juez en cuestión necesita revisar la obra de Montesquieu, recordando que los poderes son tres, no más que el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, armónicos e independientes.

El juez de Paraná, después de enaltecer las medidas tomadas por el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva de inversiones realizadas en la Policía Federal y otros órganos de control, afirma, invadiendo un ámbito que no le corresponde, *in verbis*:

Algunas medidas cruciales, sin embargo, fueron dejadas de lado, como la necesaria alteración de la exigencia del tránsito en juzgado de la condena criminal para el inicio de la ejecución de la pena, algo fundamental para la efectividad de la Justicia Criminal y que solo provino, más recientemente, de la alteración de la jurisprudencia del egregio Supremo Tribunal Federal (en el HC 126.292, juzgado el 17/02/2016, y en las ADC 43 y 44, juzgadas el 05/10/2016).

Y ahora surge la perla, la enormidad, el equívoco en que incide el magistrado que desprecia a Montesquieu, al cuestionar, impropriamente, al acusado expresidente de la república, al aducir: “Esto podría haber sido promovido por el Gobierno Federal, por enmienda a la Constitución, o si él hubiese actuado antes para intentar revertir la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal” (sentencia ítem 795)

Mejor será que se olvide lo que acaba de ser transcrito, pues en resumidas cuentas ¿desde cuándo corresponde a la presidencia de la república “*intentar antes revertir la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal*”?

Cabe a cada cual y cada uno consultar a su conciencia jurídica ante el contenido de la sentencia condenatoria, confrontándola con el Estado Democrático de Derecho.

Otávio Pinto e Silva*

USO Y ABUSO DE LA CONDUCCIÓN COERCITIVA

LA PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA dictada por el juez Sérgio Moro en el juzgamiento de la acción penal contra el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva suscitó innumerables debates en el medio jurídico, teniendo en vista la fundamentación utilizada para sustentar la condena del acusado por la práctica de los crímenes de corrupción y lavado de dinero, en el ámbito de la denominada “Operación Lava Jato”.

En el presente artículo, pretendo enfocar mis reflexiones en un punto específico: las consideraciones adoptadas en la referida sentencia acerca del instrumento de la conducción coercitiva, que está previsto en el ordenamiento jurídico para obligar a un ciudadano a prestar declaración frente a un juez, independientemente de su voluntad.

En el momento en que el Estado brasileño establece el monopolio de la actividad procesal en el campo penal, previendo en la Constitución que “*no hay crimen sin ley anterior que lo defina, ni pena sin previa imposición legal*” (art. 5º, inciso XXXIX), asume el deber, por medio del Poder Judicial, de apreciar las diferentes situaciones de la vida que involucran la práctica de delitos y, en cuanto son provocados, adoptar

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo (USP) y abogado miembro del Consejo Estatal de la OAB (SP).

solamente los medios adecuados (y previstos en ley) para solucionar las cuestiones jurídicas expuestas para su apreciación.

Surge entonces la necesidad de debatir el principio del debido proceso legal, como un compromiso político del Estado con sus ciudadanos, previsto en el artículo 5º, inciso LIV, de la Constitución: *“nadie será privado de la libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal”*.

Carlos Roberto Siqueira Castro (2010: 5-26) explica que el principio del debido proceso legal es señalado como uno de los más antiguos institutos de la ciencia jurídica, que despuntó en la Edad Media, atravesó los siglos y garantizó su presencia en el derecho contemporáneo con vigor renovado. En el derecho constitucional estadounidense experimentó variaciones profundas en el tratamiento jurisprudencial, culminando en significar nuevas condiciones en la relación del Poder Público con los individuos y la sociedad civil. Condiciones que reflejan la visión de la persona humana y del mundo acerca de la libertad y de la solidaridad social en el siglo XXI. El camino histórico del llamado *“due process of law”*, así, demuestra su transformación de simple garantía procesal en un principio sustantivo y limitador del propio mérito de las decisiones estatales.

Estas consideraciones son de extrema importancia, en tanto el proceso precisa estar en perfecta consonancia con la Constitución, que al final de cuentas rige todo el derecho que será aplicado en la solución de los conflictos jurídicos y en el castigo a quienes cometen delitos.

En este sentido, señala Ada Pellegrini Grinover (1975: VII):

El derecho procesal no se separa de la Constitución: mucho más que un mero instrumento técnico, el proceso es instrumento ético de concreción de las garantías jurídicas. Sobre los principios políticos y sociales de la Constitución se levantan los sistemas procesales, en un paralelo innegable entre el régimen constitucional y la disciplina del proceso.

Con la inserción del principio del debido proceso legal en el texto constitucional, el sentido que se le atribuye es el de un derecho fundamental del ciudadano. No es apenas deber del juez velar por el respeto a las normas jurídicas procesales: es una garantía asegurada a quien rige la jurisdicción, al lado de otros derechos fundamentales previstos en la Constitución.

Como explica Dalmo de Abreu Dallari (1982: 21-30), la Constitución es la declaración de la voluntad política de un pueblo, esta expresa solemnemente lo que se desea para la organización y la vida en sociedad.

Vale decir, entonces, citando a Norberto Bobbio (1958: 240-241), que la norma del artículo 5º, inciso LIV, de nuestra Constitución pue-

de clasificarse como “categórica”, o sea, aquella que establece cierta acción que debe ser ejecutada. Difiere de la norma “hipotética” (la que establece cierta acción que solo debe ser ejecutada cuando se verifica una determinada condición). Es una norma categórica porque proscribire una acción a ser ejecutada aunque su inobservancia no importe en ninguna sanción: la obediencia al comando normativo no depende de ninguna condición, al menos en cuanto al sujeto en relación a quien la norma es dirigida (el juez).

Esta es una de las dificultades del Derecho: cómo lidiar con los conceptos vagos o indeterminados, a fin de atribuirles concreción. Según Karl Olivecrona (1968: 43-59), el objetivo de todas las disposiciones jurídicas, pronunciamientos judiciales, contratos y otros actos jurídicos es dirigir la conducta de los seres humanos. De este modo, el lenguaje jurídico es un medio para alcanzar este fin, es un instrumento crucial para el control y la comunicación social. Las palabras pueden estar cargadas de características emotivas o voluntarias, pueden tener funciones de signos o *realizativas*; pero el propósito del lenguaje jurídico es directivo.

En los ítems 67 a 77 de su sentencia, el juez Sérgio Moro busca exponer los argumentos para sustentar la validez del procedimiento autorizado por él para la conducción coercitiva del expresidente Lula, aunque reconozca las “controversias jurídicas” de su adopción sin la intimación previa del ciudadano a ser conducido.

Alega, así, que la medida se hizo necesaria porque algunos diálogos obtenidos por medio de intervención telefónica “sugerían que el expresidente y asociados tomarían providencias para turbar la investigación, lo que podría poner en riesgo a los agentes policiales e incluso a terceros”.

Añade además que el tiempo habría mostrado que la medida era necesaria, pues hubo tumulto en el aeropuerto de Congonhas, donde el expresidente fue conducido coercitivamente para rendir testimonio, “derivado de la convocatoria de militantes políticos para el lugar a fin de presionar a las autoridades policiales”.

Es verdad que la doctrina prevé la validez del uso del mandamiento de conducción coercitiva con la naturaleza jurídica de una medida cautelar personal restrictiva de la libertad, pudiendo ser decretado frente a la víctima (en los crímenes de acción penal pública), de testigos e incluso del investigado o acusado.

Ocurre que las justificaciones adoptadas en la sentencia no se corresponden con la garantía constitucional del debido proceso legal, en tanto el propio juzgador reconoce que no hubo intimación previa para prestar declaración y que hubiera sido desobedecida por el expresidente.

En efecto, el artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece, entre las llamadas garantías judiciales, que

[...] toda persona tiene derecho a ser oída, *con las debidas garantías* y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido anteriormente por ley, en el escrutado de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para que se determinen sus derechos u obligaciones de naturaleza civil, laboral, fiscal o de cualquier otra naturaleza.¹

Ahora bien, si había necesidad de obtener aclaraciones sobre cuestiones fácticas que eran objeto de investigación o escrutinio, bastaba marcar día y hora de la declaración e intimar al ciudadano a comparecer ante el juez. Solo en caso de ausencia o rechazo injustificado en atender a esa intimación es que se podría adoptar la conducción coercitiva, porque se trata de una de las garantías judiciales asumidas por el Estado brasileño en relación a sus ciudadanos (y explicitada ante toda la comunidad internacional).

Se concluye, por lo tanto, que la fundamentación adoptada en la sentencia no nos convence sobre lo imprescindible del uso de la conducción coercitiva. El acto de fuerza, que contó con una amplia cobertura mediática, era completamente innecesario e inadecuado.

A fin de cuentas, una supuesta necesidad de seguridad de los agentes policiales no puede nunca situarse por encima de las garantías individuales de los ciudadanos, sin que ello represente una ofensa al principio del debido proceso legal.

BIBLIOGRAFÍA

Bobbio, N. 1958 *Teoria della norma giuridica* (Turín: Giappichelli).

De Abreu Dallari, D. 1982 *Constituição e Constituinte* (San Pablo: Saraiva).

Olivecrona, K. 1968 *Lenguaje jurídico y realidad* (Buenos Aires: CEAL).

Pellegrini Grinover, A. 1975 *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil* (San Pablo: Bushatsky).

Siqueira Castro, C. R. 2010 *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade* (Río de Janeiro: Forense).

1 Decreto N° 678, del 6 de noviembre de 1992. En: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf> Acceso 20 de julio de 2017.

Paulo Petri* y Fabiano Machado da Rosa**

ACTIVISMO JUDICIAL EN LA SENTENCIA DE LULA

EN EL AÑO 2015 el expresidente Fernando Henrique Cardoso, en un artículo denominado “Llegó la hora” publicado en el periódico español *El País*,¹ analiza el cuadro político brasileño, sustenta que en el momento actual de nuestra historia no hay espacio para que los militares sean los grandes agentes de los cambios necesarios al país, así transfiere su responsabilidad al sistema de la justicia o, según sus palabras “que no se pongan obstáculos insuperables al juez, procuradores, delegados y los medios”. Por más que hayan pasado dos años de la entrevista dada por FHC, esta mantiene su actualidad y ha de preguntarse si la afirmación del expresidente fue expuesta de manera aleatoria o si es parte de una orientación programática presente en la actual escena político jurídica brasileña.

Ciertamente el expresidente Fernando Henrique Cardoso no se refería al fenómeno de la *judicialización* de la política donde los agentes políticos, notoriamente el Ejecutivo y el Legislativo, transfieren su

* Abogado, máster en Ciencia Política por el IUPERJ.

** Abogado

1 Ver <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/02/01/opinion/1422793512_769635.html> Acceso 02 de febrero de 2015.

centro de decisión al Poder Judicial, otorgándole un protagonismo que no le corresponde (y que no debería tener). La aparente rendición del expresidente Fernando Henrique no ofrece reconocimiento a un protagonismo del Poder Judicial en la coyuntura actual, dado que ignora justamente la tensión social existente en este movimiento. En realidad todavía verificamos la demanda popular por la profundización de las instituciones democráticas y de los derechos sociales, sin embargo se evidencia a contramano la crisis de estas instituciones con la implementación de legislaciones supresoras de derechos, alejadas de los intereses populares, que únicamente pretenden conservar el poder político y económico vigente, hecho que se verifica intensamente a partir de las reformas aprobadas que se tramitan en el Congreso Nacional. Tales instituciones vaciadas de sentido político y social, así como la debilidad de los espacios representativos, como conquistas de la ciudadanía, han aumentado exponencialmente en paralelo con el refuerzo del papel del Poder Judicial en la sociedad. Esta crisis de representatividad es abordada detalladamente por el exministro Tarso Genro en su ensayo *Fundamentos del Estado de Derecho y la Crisis de la Representación* publicado en el Cuaderno N° 1 del *Instituto Novos Paradigmas (INP)*. De esta forma la *judicialización* de los derechos, de la política y de los procesos sociales entran en agenda. No ignoramos este fenómeno, muy por el contrario, este sucede cada día con más fuerza. Sin embargo, lo que FHC preconiza, defiende que ocurra y que estamos presenciando es otro elemento de este fenómeno, que es el activismo judicial.

En este sentido, resulta oportuno utilizar las palabras del ministro del Supremo Tribunal Federal (STF) Luís Roberto Barroso (s/f)² en su artículo “Judicialização, Ativismo Judicial e Legalidade Democrática”

El activismo judicial es una actitud, la selección de un modo específico y proactivo de interpretar la Constitución, expandiendo su sentido y alcance. Normalmente se instala en situaciones de retracción del Poder Legislativo, de una cierta brecha entre la clase política y la sociedad civil, impidiendo que las demandas sociales sean atendidas de manera efectiva.

Precisamente en este vacío es que actúan un conjunto de actores del aparato judicial del Estado. En nombre de un pretendido combate a la corrupción, los derechos son subvertidos, los principios fundamentales del derecho como la presunción de la inocencia, la

2 En <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acceso 18 de julio de 2016.

amplia defensa, el contrario y el debido proceso legal son alzados a categoría de coadyuvantes y son convenientemente flexibles para el afán inquisitorio o al sabor de las voces de aquellos con predilección de vestir *verde-amarillo* o de movimientos financiados por grandes entidades empresariales.

Sin embargo, los heraldos de la moralidad provenientes de Curitiba dieron nuevo ropaje al mundialmente estudiado fenómeno del activismo judicial, dado que esta burocracia judicial quiere más y, por lo tanto, los reflectores son parte de su arsenal estratégico. Desde el inicio las acciones policiales se combinaron previamente con la gran prensa amiga, pues ¿qué gracia tendría no exponer al acusado a la humillación pública? Todas las fases de las operaciones montadas son continuadas con extensas y detalladas conferencias de prensa, donde no es inusual que los fiscales y delegados responsables de los casos se refieran a “los crímenes cometidos”, ignorando solemnemente los principios orientadores del derecho ya descritos y comportándose como verdaderos inquisidores, olvidándose que también corresponde al Ministerio Público la función de *custus legis*. No es inusual identificar el regocijo de algunos de estos agentes públicos ante las manifestaciones callejeras en un pasado cercano, pasado intenso, y ahora aborrecidamente esfumados, superando el tenue límite entre el derecho y la política, hubo incluso el caso de un magistrado que después de una manifestación pública emitió una nota donde se decía “tocado por el apoyo”, siempre que es invitado a hablar (con especial predilección por exposiciones internacionales) elabora una serie de consideraciones eminentemente de carácter político sabiendo que (o debería saberlo) el magistrado no siempre está al servicio de la mayoría o debe basar sus votos y posicionamientos a partir de la voluntad de esta, teniendo incluso que juzgar de forma contramayoritaria cuando sea necesario. En definitiva, se ha terminado el tiempo en que “el juez solo habla en los autos”.

Por lo tanto, si el activismo judicial deriva de una postura proactiva del magistrado en la interpretación de la Constitución, al analizar la forma en cómo se suprimen los derechos rubricados en nuestra carta de 1988, los elementos que provocan la reflexión nos llevan a creer que hoy se aplican en Brasil los dispositivos de otra Constitución que no es la nuestra.

La acción penal conducida por el juez de la 13ª Sala de Curitiba que resultó en la condena del expresidente Lula es un ejemplo bien pulido y explica didácticamente cómo aplicar el activismo judicial. Es espantoso que un proceso penal sea instaurado solo para justificar la voluntad preliminar del acusador y el magistrado deliberadamente se sume a este objetivo. El proceso inicia con el final ya conocido y así se

aparta la presunción de inocencia. El interrogatorio es retratado por la prensa como un enfrentamiento entre el acusado y el juez. ¿No sería esta la fase de instrucción?

Invirtiendo la lógica procesal la defensa técnica se ve obligada a producir la prueba de inocencia del acusado, sin embargo el magistrado a quien compete presidir el proceso mira a la defensa como una traba para llegar al objetivo ya fijado y temerosamente deja esto claro en la sentencia. Intentos permanentes de limitar el ejercicio profesional durante las audiencias, denegación constante para pedidos de producción de pruebas, atribución de pesos distintos en el análisis de la prueba testimonial, relativizar la prueba documental, entre otras medidas sustituyen la amplia defensa, el contrario y el debido proceso legal por la aplicación de un proceso penal de excepción.

Con la sentencia la única sorpresa es la tranquilidad con que el juez va ignorando la prueba producida en el proceso, enumera subjetividades como método de análisis y adopta una postura coercitiva de justificativas de orden personal para aplicar la decisión. El expresidente Lula se encontrará nuevamente con este magistrado e, infelizmente, se usará la misma receta. No hay que esperar un resultado distinto por más aterrador que esto parezca (y así es) para los operadores del derecho y para una sociedad democrática. Cabrá a las instancias superiores restablecer el derecho y a ellas debemos estar atentos.

Paulo Teixeira*

UN JUEZ POR ENCIMA DE LA LEY

“NO IMPORTA CUÁN ALTO ESTÉS, la ley siempre estará por encima de ti”. Con esta frase, el juez Sérgio Moro concluyó la sentencia que condenó al expresidente Luiz Inácio Lula da Silva a 9 años y 6 meses de reclusión por los crímenes de corrupción pasiva y lavado de dinero. Lula habría recibido un departamento tríplex en Guarujá y escondido la propiedad en nombre de la empresa OAS.

La firma de la escritura y la entrega de las llaves son actos que caracterizan la propiedad de un inmueble en Brasil. No fue presentada por parte de la acusación una copia de la escritura firmada por Lula ni el recibimiento de las llaves del referido inmueble por él o su familia.

Las reglas del mercado inmobiliario son claras cuando permiten al comprador del inmueble en la planta promover el acuerdo y no adquirirlo cuando llega el momento. Tampoco hubo crimen de lavado de dinero, en tanto el inmueble está a nombre de la propietaria real, la empresa OAS.

La ley debería estar por encima del procurador Deltan Dallagnol y del juez Moro. Sin embargo, esto no es lo que ocurre. La condena del expresidente Lula es ilegal. No hay pruebas en su contra. El propio

* Abogado, máster en Derecho por la USP. Diputado Federal PT (SP).

concepto de prueba es relativizado en la condena, apoyada en teorías extrañas al derecho brasileño.

La condena de Lula era una promesa del *Lava Jato* desde el inicio del comando de operaciones. A cada encarcelamiento o delación premiada, la narrativa de los medios y de los propios actores de la operación reforzaba la certeza de acción criminal cometida por el expresidente. En condiciones normales, la ausencia de crimen debería expresar el equívoco de las sospechas y redundar en la pronta absolución del acusado. Pero esto no se vio. Frente a la frustración causada por la no confirmación de la promesa original, aumentó la violencia en relación a Lula.

La seña estaba dada a los presos en las innumerables fases de la operación *Lava Jato*: ¡entrega a Lula y serás liberado! No les importaba otra cosa. En un video publicado en Internet, el grupo humorístico “*Porta dos Fundos*” hizo al arte imitar a la vida al retratar la inquisición de un diputado ficticio que, aunque tuviese pruebas contundentes contra políticos de otros partidos, solamente se vio libre de los interrogatorios al mencionar un hipotético arroz de “*Lula*” servido en una cena en París.¹

Frente a la ausencia de informaciones comprometiendo al expresidente, el juez Sérgio Moro requirió la conducción coercitiva sin que se hubiera negado a declarar. Toda la escena fue minimizada por el juez, que dijo no haber visto el problema en dicha medida ilegal, de extremada violencia y de gran repercusión.

La escalada de ilegalidad tuvo su auge en el requerimiento de la ruptura ilegal de la confidencialidad telefónica y posterior divulgación ilegal de la conversación entre el expresidente Lula y la entonces presidenta Dilma Rousseff. En aquél momento, Sérgio Moro daba su mayor contribución al golpe en curso, coordinado por Eduardo Cunha y Aécio Neves, para deponer a la presidenta electa y colocar a Michel Temer en su lugar.

La condena de Lula es parte del mismo golpe. No habría condena si no viviésemos en un régimen de excepción, fruto de la ruptura del Estado Democrático de Derecho.

Sérgio Moro obra políticamente para impedirle a Lula candidatarse a la presidencia de la república. Con este objetivo, cuenta con el respaldo de los procuradores federales del comando de tareas y la fuerte alianza con la Red Globo, para la que produjo muchísimo material exclusivo.

En todo el proceso contra el expresidente, Moro accionó en un doble movimiento: condenar a Lula en el tribunal de la opinión públi-

1 En tanto “*Lula*” significa calamar en portugués, el sentido del chiste es su acepción literal [N. del T.].

ca, inclusive calibrando su agenda con las acciones políticas de grupos anti Lula, y cometer violencia contra él mediante la mala aplicación del derecho, como hizo recientemente con la confiscación de sus bienes.

Al responder a los embargos de declaración impuestos por los abogados Cristiano Zanin, Valeska Martins y Roberto Batochio, el juez Moro afirmó que los supuestos recursos utilizados por OAS para la práctica de corrupción provenían de una caja general, y no de PETROBRAS. Tal reconocimiento refuerza la certeza de que la acción no debería tramitarse en Curitiba, que no es la sede del inmueble.

Resta aguardar que los magistrados del Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región, el Superior Tribunal de Justicia y el Supremo Tribunal Federal lo ubiquen en el lugar verdadero, establecido por la Constitución Federal: el de un juez de derecho, y no de uno arbitrario, por encima de la ley.

Pedro Estevam Serrano*

LA SENTENCIA DE LULA COMO MEDIDA DE EXCEPCIÓN

LA CONDENA DEL EXPRESIDENTE Lula a nueve años y medio de prisión por los crímenes de corrupción pasiva y lavado de dinero es, creo que no la última, pero sí una pala de cal para sepultar el Estado Democrático de Derecho, confirmando la recurrencia de medidas de excepción en nuestra convaleciente democracia.

Obtenida a partir de aquello que el abogado criminal Fernando Hideo denomina “proceso penal de excepción” –es decir, un proceso con apariencia de proceso judicial, que cumple los ritos y supuestamente observa la garantía constitucional a la amplia defensa, mientras que en verdad es apenas un teatro, cuyo final ya está predeterminado en el guion– la sentencia, si se confirma, puede acarrear enormes perjuicios no solamente a Lula, sino a toda la sociedad brasileña.

Resulta evidente que el juez Sérgio Moro admitió la defensa como un mero simulacro, un mecanismo. Los argumentos y las pruebas presentados por la defensa, así como las declaraciones a favor del acusado, nunca llegaron a ser considerados con el peso debido. El propio mantenimiento de Moro al frente del proceso, cuando la sospecha de parcialidad contra Lula era prácticamente explícita, fue de una inconveniencia absoluta.

* Profesor de Derecho Constitucional de la PUC-SP.

Pero, entre las muchas arbitrariedades que mancharon el proceso hasta el momento, la condena basada en interpretaciones subjetivas e idealistas es la que provoca mayor vergüenza, además de la certeza de que las libertades públicas y los derechos fundamentales de la libertad, los llamados derechos negativos, están amenazados.

Vamos a ver algunos aspectos de la sentencia. Moro condenó a Lula por corrupción pasiva, sin conseguir, empero, imputarle un único acto de oficio específico, o comando para su producción u omisión concreta y específica, o incluso promesa de su práctica, que configure tal crimen. En ausencia de comprobación de que el expresidente hubiera recibido ventajas indebidas (el departamento triplex en Guarujá y su reforma) como contrapartida por haber favorecido a la constructora OAS en negociaciones con PETROBRAS, Moro afirmó que el pago fue hecho “en intercambio de actos de oficio indeterminados, a ser cometidos en tanto las oportunidades aparezcan”. Además de meramente especulativo, el fundamento se sale totalmente de los límites señalados en la acusación, tratándose, por lo tanto, de imputación sin la que haya habido derecho a defensa.

Condenar a quien se quiera por un crimen de corrupción genérico, “indeterminado”, interpretado a partir de deducciones y abstracciones es, como mínimo, incivilizado. El proceso penal precisa lidiar con hechos, pruebas, y no con suposiciones. Se supone que Lula era el comandante de una organización, pero no hay pruebas de que él habría dado una orden ilegal específica. No hay acto de corrupción que demuestre su participación en la cadena de comando de aquel acto específico, ni tampoco la demostración de que hubiera prometido un acto específico para cualquier agente.

Con ánimo de comparar, en la decisión que involucró al expresidente Fernando Collor, también acusado de corrupción, el Poder Judicial reconoció que él habría recibido beneficios ilícitos en la reforma de la *Casa da Dinda* y en la donación del automóvil Fiat Elba. Sin embargo, como no estaba la indicación de cuál promesa o acto específico él habría en intercambio de tales beneficios, Collor fue absuelto por el razonamiento de que el crimen de corrupción no se consumó.

Volviendo al caso de Lula, la afirmación de que él sería el “propietario de hecho” del triplex es extremadamente frágil, ya que el expresidente jamás tuvo la posesión del departamento. Como fue demostrado por la defensa, había solamente un plan de adquisición del inmueble, del que Lula desistió. La defensa presentó aún documentos y pruebas, no tenidos en consideración, de que el triplex es de propiedad de OAS y fue, inclusive, incorporado como bien de la constructora a efectos de recuperación judicial.

Los encuadramientos penales abstractos e inespecíficos como estos figuran en un contexto nacional de producción rutinaria de normas penales de sentido vago, impreciso, que permiten interpretaciones extensivas, las que, muchas veces, atentan contra los valores mínimos de una democracia. Se trata de una práctica judicial no restringida a la operación *Lava Jato* o incluso a Brasil, muchas veces fundadas en teorías autoritarias y normativas del derecho, en lugar de científicas o técnicas.

Por el empleo cada vez más frecuente de la utilización de conceptos indeterminados en la elaboración de las normas de derecho sancionatorio, en especial del penal, conceptos muy amplios y que abarcan potencialmente a un gran número de situaciones, se dificulta al ciudadano prever cómo el Estado va a reaccionar frente a la conducta de él. El *nullum crimen sine lege* –no hay crimen sin ley anterior que lo prevea–, un principio de garantía de la libertad, que asegura la previsibilidad de la conducta estatal, está siendo extremadamente fragilizado.

Tales condiciones permiten que casi todas las conductas humanas que escapan de lo banal puedan, por alguna interpretación jurídica, incluso la que falla al desconsiderar aspectos constitucionales, tornarse pasibles de sanción por el Estado. Y este embrollo normativo acaba por delegar a quien ejecuta la ley –el delegado, el acusador, el juez, el fiscal, el agente público en general– el poder arbitrario, imperial, absolutista, de seleccionar quién es alcanzado por esa norma y quién no: esto es la esencia de la excepción.

Este fenómeno constituye uno de los aspectos posibles de una hipernomía generadora de anomía real.

La producción de normas de concepto impreciso somete a los ciudadanos a un poder arbitrario, ya que no hay control ninguno de validez sobre el espectro normativo en donde la norma existe. La legalidad sancionatoria está perdiendo paulatinamente su carácter de protección y convirtiéndose en un mecanismo de excepción.

Aunque no sea un fenómeno circunscripto a Brasil, es aquí y en los países periféricos en general que este vaciamiento de la Constitución y de las garantías individuales, reforzado aquí por la sentencia contra Lula, produce los resultados más trágicos.

Brasil es el cuarto país del mundo que más encarcela y el más alto en el *ranking* del número de encarcelados, con foco en la población joven, negra y periférica. Es el país donde la policía más mata y muere. Todo esto es resultado de un sistema de Justicia que produce medidas de excepción y las administra.

Hay un discurso moralizador y una cierta ilusión impregnada en la sociedad de que, con el arresto de grandes empresarios y figuras

políticas, estaríamos más próximos de la igualdad entre ricos y pobres, lo que es una falacia. No es por medio de la universalización de la injusticia cometida contra el pobre que se promoverá la igualdad, sino por la universalización de los derechos. Cuando el pobre tiene derecho a la amplia defensa, en vez de ser arrestado, torturado y muerto en la cadena, sin haber tenido nunca acceso a un abogado, estaremos más cerca de un sistema de Justicia con un mínimo de civilidad.

De acuerdo a la lógica de esta forma punitiva de encarar el derecho penal, se crean normas penales de policía soberana. No se aplican las leyes penales ni el Derecho, sino el ajusticiamiento y la excepción. Se naturaliza, por el vicio, la inobservancia de los derechos de los acusados y condenados.

Usando una expresión del jurista italiano y principal teórico del garantismo penal, Luigi Ferrajoli, se puede decir que hay en Brasil un poder “deconstituyente”. Las autoridades del Ejecutivo, Legislativo y Judicial, responsables de cumplir y hacer cumplir la Constitución, la vacían de sentido, la violan.

Es natural que los Estados Democráticos de Derecho no funcionen perfectamente, sin embargo, lo que estamos observando no es una disfunción causal, sino una patología que aflige gravemente a la democracia en Brasil y en el mundo. Si las fuerzas democráticas no pueden obtener los recursos necesarios para sanar esta enfermedad, es probable que el paciente –la democracia– agonice y no resista.

Pedro Pulzatto Peruzzo*
y Tiago Resende Botelho**

LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO QUE CONDENA A PRISIÓN A LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA Y BRASIL

CONDENAR A LÍDERES POLÍTICOS populares no es ninguna novedad en la historia de la humanidad. La acción estatal de sentenciar llena de parcialidad e injusticia es más común de lo que se pueda imaginar, al fin y al cabo la tradición jurídica occidental siempre se valió del derecho para legitimar las formas estructurales de opresión o, como mucho, para conceder migajas a los oprimidos.

Sabemos, también, que las figuras del juez y del acusador están mucho más vinculadas a la imagen simbólica de la diosa *Iustitia* (que tiene los ojos vendados) que a la diosa griega *Diké* (que tiene los ojos abiertos). Además de admitir que la justicia desconsidera la necesidad de que los jueces y los acusadores vivan una vida más allá de las regalías de sus gabinetes y de sus becas-vivienda, beca-esto, beca-aquello, la venda en los ojos dificulta la comprensión de que entre hombres y mujeres cultos y dotados del saber erudito también existen aquellos que transfiguran la ley y empujan vidas a la indignidad.

* Doctor y máster en Derecho por la USP. Profesor de la PUC-Campinas y abogado. Correo electrónico: <peruzzopp@hotmail.com>.

** Doctorando en Derecho Público por la Universidad de Coimbra y máster en Derecho por la UFMT. Profesor de la Facultad de Derecho y Relaciones Internacionales de la IFGD y abogado. Correo electrónico: <tiagobotelho@ufgd.edu.br>.

Así, la remisión al pasado es la forma más viable para concluir que las injusticias judiciales están siendo cometidas a montones y que denunciarlas es un deber ético. Si el Estado en el pasado fue capaz de fabricar sentencias injustas e ilegales contra líderes políticos como Tiradentes, Olga Benário, Mandela y Gandhi, entre otros, ¿por qué motivo el presente no haría lo mismo? ¿Qué garantías hay de que las persecuciones políticas contra líderes populares no ocurrirán más?

En el Estado democrático de Derecho debería ser la Constitución el límite de la arbitrariedad estatal y la garantía de que ningún ser humano sea perseguido y castigado sin justicia. La norma constitucional asegura el debido proceso legal (art. 5º, LIV), prohíbe la prueba obtenida por medio ilícito (art. 5º, LVI) y asegura la presunción de inocencia (art. 5º, LVII). Sin embargo, la frágil democracia brasileña pasa, desde 2015, a ser aún más vilipendiada con la apertura de un indebido proceso de *impeachment*, conducido por Eduardo Cunha (hoy preso), que desencadenó el apartamiento de la presidenta democráticamente electa Dilma Rousseff. El miedo de que la trama antidemocrática sea deshecha ha residido en la posible candidatura del nordestino que desafía sus límites y, por tercera vez, puede llegar a ser presidente (nuevamente legítima y democráticamente).

Sin excepción, los procesos que involucran al mayor líder político de América Latina están repletos de oscuridades, informaciones truncadas, errores y abusos judiciales, teorías jurídicas inversas a las utilizadas por la jurisprudencia consolidada, falta de compromiso con la materialidad del crimen y mucha, pero mucha espectacularización selectiva de actos procesales por los medios de comunicación que, mancomunados con los organizadores del golpe, también colocaron a criminales como Eduardo Cunha¹ y al tal “Japonés de la Federal”² en el pedestal de héroes.

¿La culpabilidad de un presidente de la república es elevada? ¿Sin duda que lo es! ¿Pero qué es culpabilidad? Culpabilidad es un juicio de reprobación, y, al respecto, nos parece inadmisibles hacer vista gruesa a la responsabilidad de todos aquellos que actuaron en la esfera estatal de investigación del crimen. El Estado tiene el poder/

1 El papel de los medios golpistas llevó a integrantes de Fuerza Sindical a gritar “Cunha guerrero del pueblo brasileño”. Disponible en <<http://mais.uol.com.br/view/jinmcm98vmk/forca-sindical-homenageiaeduardo-cunha-em-sp-04020C183464E0A95326?types=A&>> Acceso 18 de junio de 2017.

2 En el reportaje, el “Japonés de la Federal”, condenado por facilitación de contrabando y usuario de tobillera electrónica, vuelve a escoltar a los presos del *Lava Jato*. ¿Sería una forma más de crear personajes y superhéroes? Disponible en: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/09/com-tornozeleira-japones-da-federal-volta-escoltar-presos-de-la-lava-jato.html>> Acceso 18 de junio de 2017.

deber de aplicar la ley penal por el hecho de existir la presunción de que este deber ser ético. Sin embargo, si algún agente estatal implicado en el proceso penal se aparta de la ética la aplicación de la ley se torna ilegítima.

En el caso específico de análisis, la predilección explícita del juez Sérgio Moro por una gama de políticas y políticos corruptos de partidos conservadores y de tradición económica y civilizatoria colonial es el hecho principal que vuelve ilegítima su sentencia. Sumado a esto, el hecho de haber cometido ilegalidades (espectacularización del proceso, escuchas ilegales, etc.) en curso del proceso y haber desconsiderado la declaración de los testigos que señalaron inocente a Lula traen al ejercicio de la jurisdicción la máxima intolerable de que los fines justifican los medios.

Esta máxima es intolerable especialmente en Brasil, donde es utilizada para criminalizar la pobreza y las diferencias desde la llegada del invasor colonial. Fue esto lo que hicieron y hacen con los indígenas, con los negros, con los pobres y con las minorías de modo general. Ciertamente Lula no es más un sujeto pobre, pero lo que se colocó en el banco de los acusados no fue un expresidente, sino una política de gobierno que por primera vez en la historia de este país decidió e intentó combatir a la pobreza de manera más estructural. Una vez más se criminalizó a la pobreza, ya que no podemos desestimar el conjunto de la obra, o sea, un proceso penal presidido por un miembro arbitrario de la elite económica nacional, dentro de un Poder Judicial que no consiguió controlar sus arbitrariedades a gusto y, más que eso, no tuvo fuerza suficiente para hacer valer sus decisiones contra los herederos de la colonización, simbolizados en las figuras de Renan Calheiros y Aécio Neves.

Sin contar el uso abusivo y absurdo de las delaciones premiadas. En Brasil, los trasplantes descontextualizados e irresponsables de institutos jurídicos de otros países son una de las causas, tal vez la principal, del hecho de que todavía vivamos en un estado colonial. Estimular la delación en el país, cuyo sistema penitenciario traduce literalmente un conjunto de mazmorras medievales, puede entenderse tranquilamente como un crimen de coerción ilegal o amenaza. Esto para no hablar del hecho de que Moro pronuncie a boca llena que es especialista en la operación italiana Manos Limpias, pero en ningún momento le cuente al pueblo que ella trajo consecuencias desastrosas, como el ascenso del neoliberal Silvio Berlusconi, el dueño billonario de un imperio mediático.

Queda claro que lo que incomoda, en Brasil, no es la corrupción, el tráfico de drogas en helicópteros, lanchas o el contrabando de productos electrónicos en *containers* provenientes de los EE. UU.

La omisión fiscal no incomoda si se hace para “fortalecer la empresa y generar empleos”. El tráfico de armas tampoco incomoda si se hace para la protección de latifundios, ¡ya que en este país el agro es *pop!* Lo que incomoda es el niño negro que trafica para comprar la zapatilla de la propaganda, el indio que se arma para proteger la propia vida o, incluso, el emigrante nordestino que se torna presidente de la república y se transforma en referencia mundial en el combate a la pobreza.

Un juez que se intenta comportar como superhéroe no contribuye en absoluto con la justicia social, objetivo de la república (art. 3º, inciso I, del CF), del orden económico (art. 170 del CF) y del orden social (art. 196 del CF). Lo que hizo Moro fue sentenciar a Lula como fue sentenciado Rafael Braga –único preso político de las manifestaciones de junio de 2013, condenado por portar un frasco de desinfectante, o sea, sin pruebas robustas de la materialidad delictiva y de la autoría. ¡Esto es lo que nos rebela!

La sentencia del proceso que condena a Lula a prisión es solo una más entre tantas otras proferidas de forma injusta e ilegítima por el poder judicial brasileño. Los más pobres de este país las experimentan con más frecuencia. A pesar de haber sido dictada individualmente, sus daños a la democracia son irreversibles, afectando tanto a los que se emocionan con la condena como a quienes militan junto al condenado. El deterioro de la democracia por medio del acto violador del debido proceso legal alcanza a todos y todas. Condenar sin prueba, ignorando las declaraciones testimoniales y la historia de un hombre que ha construido incuestionablemente la democracia es condenar, junto a él, a Brasil y a los brasileños.

Las arbitrariedades que antecedieron la sentencia dicen más que el propio acto *decisorium*. Incluso antes de pronunciada, Brasil y el mundo ya estaban convencidos de la condena, no porque las pruebas fuesen robustas y clarividentes. Por el contrario, porque las prácticas adoptadas en este proceso por miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público anunciaban sin vergüenza lo que estaba por venir. La historia se ocupará de registrar que el debido proceso legal no fue respetado en el momento en que Lula fue condenado antes de pronunciarse la sentencia.

La denuncia defendida en la Operación *Lava Jato* por el Ministerio Público Federal junto a la 13ª Sala Federal Criminal de Curitiba intenta sustentar que el expresidente cometió los crímenes de corrupción (art. 317 y 333 del CP) y crimen de lavado de dinero (art. 1º, *caput*, inciso V, Ley Nº 9.613/98).

Hasta la sentencia que condenó a Lula, dictada el 12 de julio de 2017, fueron muchas las violaciones que deben ser analizadas. Una

de las más graves fue la conducción para deponer por medio de un mandato de conducción coercitiva, ejecutado el 4 de marzo de 2016, sin que Lula se hubiera opuesto jamás a ir a la audiencia, lo que atenta con el contenido del art. 260 del CPP y del art. 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La justificación de Moro para tal despropósito fue la de buscar “evitar la perturbación del orden público”. Si el objetivo fuese evitar la perturbación del orden público no habría dicho juez comunicado previamente a los principales medios de comunicación sobre el episodio.

Otra ilegalidad mayúscula fueron las intervenciones telefónicas de Lula, de los miembros de su familia y de su abogado sin que se atendiese las exigencias del art. 5º, XII de la Constitución Federal y los arts. 2º, 8º y 10 de la Ley N° 9.296/96. Ampliando la violación, en las intervenciones había una conversación entre Lula y la Presidenta legítima en ejercicio Dilma Rousseff. Cuestionando todavía más la imparcialidad, el 16 de marzo fueron liberados para los medios los audios en su integridad, justificando ser un acto de interés público. Inclusive aquellos con contenidos que no tenían relación con el proceso. En la denuncia N° 23.457/PR, hecha el 22 de marzo de 2016 por Dilma en el STF, el ministro Teori Zavascki afirmó que las razones de la intervención eran “abusivas” y la “divulgación pública de la conversación era inaceptable”. El 29 de marzo, Moro reconoció que causó “coerción innecesaria” y pidió al STF “respetosas disculpas”.

Frente a la parcialidad clarividente y entreviendo la decisión catastrófica, Lula, por medio de su defensa, presentó una excepción de sospecha, rechazada por el TRF de la 4ª Región. El tribunal entendió no quebrar la imparcialidad del magistrado la amplia cobertura periodística, la manifestación de opinión pública, favorable o contraria, para las que no ha contribuido, un nombre en encuesta electoral, sin haberlo consentido. Por una cuestión de justicia, los innumerables hechos argumentados y comprobados dan al acusado el derecho a la duda de imparcialidad. Por ser un caso que involucra a un líder político de extrema popularidad en América Latina y, al mismo tiempo, con los rechazos naturales de un expresidente, se hace razonable y humano en una democracia que el propio juez se declarase como sospechoso o que el TRF así lo hiciera. Argüir sospecha no es suplicar la absolución, sino luchar por la imparcialidad, que es derecho de cualquier ciudadano que se siente violado. Si Lula no está más allá del bien o el mal, los magistrados tampoco lo están. ¿Cuál es la necesidad de que sea Moro el juez a dictar sentencia si Lula y una gran parte de la sociedad observan fuertes indicios de parcialidad? La respuesta queda en cada lector, pero al presentarla, sea un disparate o no, recuerde que estamos hablando de una decisión que escribe el

nombre de Lula más de quinientas veces. Para la semiótica, tendríamos varias explicaciones.

En una sentencia ya sabida por todos, el expresidente es condenado a nueve años y seis meses de reclusión. Es absuelto de la imputación de corrupción y lavado de dinero involucrado al depósito del patrimonio, por falta de materialidad del crimen. Es condenado por crimen de corrupción pasiva (art. 317 del CP) con la causa de aumento (§ 1º) por ventaja indebida recibida por el Grupo OAS en consecuencia del contrato CONEST/RNEST con PETROBRAS, así como lavado de dinero (art. 1, *caput* V, de la Ley N° 9.613/98), por ocultar y disimular la titularidad y los beneficios de las reformas del triplex 164-A.

En cuanto a la condena por los crímenes de corrupción pasiva y lavado de dinero, es importante registrar que la legislación utilizada por el juez Sérgio Moro está imperdonablemente desactualizada. El juez Hércules, o mejor, Moro, condena a Lula como partícipe en los crímenes previstos en los artículos 317 del CP y 1º, inciso V, de la Ley N° 9.613/98. Ocurre que desde 2012 el inciso V está revocado.

En el caso de Lula, es fundamental retomar un poco de la teoría básica del derecho penal. Hay crímenes que exigen la lesión efectiva de un bien jurídico tutelado para consumarse. Son los llamados crímenes dolosos (matar a alguien, por ejemplo). Existen, sin embargo, crímenes que no exigen la lesión efectiva, bastando la amenaza, el peligro del daño: son los llamados crímenes de peligro. Esta categoría comprende los crímenes de peligro concreto (cuya evaluación del peligro es hecha luego de cometer el acto, como el crimen de malos tratos) y los crímenes de peligro abstracto (cuya amenaza es presumida por el legislador, siendo indiferente si la conducta provocó o no peligro, como ejemplo el crimen de consumir bebida alcohólica y manejar).

A su vez, existen crímenes materiales (que exigen la producción de un resultado típico) y crímenes formales (que producen ese resultado exterior). El crimen de corrupción pasiva, por ejemplo, es un crimen formal, ya que se consume con el acto de solicitar o recibir, para sí o para otro, directa o indirectamente, aunque fuera de función o antes de asumirla, pero en razón de ella, ventaja indebida, o aceptar promesa de tal ventaja, no siendo necesario que el funcionario reciba ventaja indebida. Sin embargo, a pesar de que existen crímenes que conceden la realización de un resultado típico o la efectiva lesión al bien jurídico tutelado, la cuestión central es que en ninguna de estas categorías de crimen la prueba de la acción criminal es fundamental, ya que sin ella no existe nexo de causalidad.

Hace siglos el derecho penal viene siendo construido y fortalecido como una técnica de ejercicio del poder estatal que exige como criterio fundamental la certeza y la claridad de la práctica del acto

criminal. En la hipótesis de no existir claridad en relación al nexo causal o a la autoría, el principio *in dúbio pro reo* debe ser aplicado para absolver al condenado.

En lo referente al tríplex, el intento frustrado de comprobar la posesión o propiedad de Lula pone en cuestionamiento la propia tipificación del enriquecimiento ilícito y del lavado de dinero. Primero, es imposible sentenciar por enriquecimiento de un bien que no se puede probar la titularidad y, ni siquiera, beneficios en dinero oriundos de él. Segundo, esconder un bien para lavar dinero precisaría, como mínimo, la existencia del bien incrementado en patrimonio y la comprobación de que mediante el “soborno” fue adquirido. En la peor de las hipótesis, si Lula hubiera recibido el bien, lo que no se puede probar, no tomó posesión. Además, no quedó comprobado el nexo de causalidad entre una conducta antecedente que resultase en una ventaja indebida.

Con tintes de crueldad e intentando vulnerar todavía más la defensa de Lula, en el día 19 de julio de 2017, acatando un antiguo pedido del MPF, Moro determinó el bloqueo de bienes y valores para, según él, reparar daños a PETROBRAS. Ahora bien, la utilización de la medida cautelar solo tendría respaldo legal en el caso de que el MPF hubiera comprobado un riesgo real de que Lula dilapidase su patrimonio. Tales riesgos son puestos de lado y de forma clarividente: lo que se ve es otra decisión política que busca agredir moral y patrimonialmente a la víctima. Con el bloqueo de los bienes y valores de forma arbitraria, solo resta concluir que la preferencia por la ilegalidad reside en la búsqueda mediante el debilitamiento del mantenimiento de la propia defensa jurídica de Lula.

Como diría Celso Antônio Bendeira de Mello “La falta de respeto a los derechos fundamentales en el área jurídica ha sido una constante. El juez Moro es, a mi criterio, un hombre muy poco habilitado para ejercer la función de magistrado. La magistratura exige mucho equilibrio, mucha serenidad y, sobre todo, mucha imparcialidad” (*Jornal do Brasil*, 2017). Corroborando, Dalmo de Abreu Dallari (2017) afirma que “[...] la condena sin fundamento legal deja también en evidencia la motivación política de la decisión, lo que configura un comportamiento inconstitucional del juez Sérgio Moro, sujetándose a un castigo por los órganos superiores de la Magistratura”. Equilibrio, serenidad e imparcialidad pasan de largo en los procesos que involucran a Lula. Por no conseguir la materialidad de las teorías defendidas, rompiendo con el debido proceso legal, Moro se agarra de forma desesperada a las delaciones premiadas de seres humanos que, asustados con la pena de sus crímenes, hacen de todo para liberarse de las barras de la cárcel.

Por más célebre que sea en el presente, la historia siempre reservó al olvido a jueces que, en su tiempo, se atrevieron a perseguir a hombres y mujeres que construyen legados a la humanidad. La lucha contra las arbitrariedades del Estado judicial jamás cesará, ya que, como diría el poeta Manoel de Barros, “*liberdade caça jeito*”.

BIBLIOGRAFÍA

De Abreu Dallari, D. 2017 “Condenação de Lula: sem fundamento legal” en *Jornal do Brasil* (Río de Janeiro) 15 de julio. En <<http://www.jb.com.br/sociedade-aberta/noticias/2017/07/15/condenacao-de-lula-sem-fundamento-legal/>>.

Jornal do Brasil 2017 “Moro não tem habilidade para exercer a função de juiz” en *Jornal do Brasil* (Río de Janeiro) 19 de julio. En <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/07/19/bandeira-de-mello-moro-nao-tem-habilidade-para-exercer-a-funcao-de-juiz/>> Acceso 19 de julio de 2017

Rafael Fonseca de Melo*

DE LA VIOLACIÓN DEL ACUSATORIO A LOS ABUSOS PROCESALES Y MORALES

CUANDO EL INDEBIDO PROCESO LEGAL ENCUENTRA LA CREENCIA MESIÁNICA

DE LOS PRINCIPIOS (Y SUS VIOLACIONES) Y DE LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD REAL

El método utilizado en la búsqueda de la verdad, tarea atribuida al proceso penal, dispone las normas a prestarse principalmente a este objetivo: desnudar y desvendar el secreto como condición necesaria al ejercicio estatal del monopolio punitivo. Si la *justicia* es el paradigma del derecho penal, la *verdad* es el paradigma del derecho procesal penal y se torna presupuesto imperioso (pero, naturalmente, insuficiente) de la justicia –siendo el fracaso de esta la frustración sintomática de aquella (Hassemer, 2009: 10-11). El respeto a otros modelos históricamente concebidos y realizados, con base en el esquema epistemológico de identificación del desvío penal oriundo del garantismo basado en los principios constitucionales, asegura el máximo grado de racionalidad y confiabilidad del juez, a fin de limitarlo en cuanto al ejercicio del poder punitivo y evitar, con esto, arbitrariedades (Ferrajoli, 2014: 38).

* Máster en Derecho Penal por la UFPE. Especialista en Derecho Penal y Criminología por el ICPC-PR. Profesor de la Facultad Damas y del Centro Universitario Estácio Recife. Abogado criminal.

El ansia por obtener la realidad a través de reproducciones y representaciones y la utilización de mecanismos espurios que son, muchas veces, útiles para ratificar la disposición previa y subliminar de hacer prevalecer el interés o sentimiento personal, resulta en intromisiones desmedidas en la esfera privada individual. Las agencias policiales y sus servicios secretos dichos “de inteligencia”, al violar datos confidenciales y la privacidad bajo el argumento de llegar *a la verdad de los hechos*,¹ adoptan la indiferencia en cuanto al sacrificio de los derechos oriundos de conquistas históricas y argumentan la necesidad de control y el temor a la delincuencia –interferencias que crean un *nuevo derecho de intervención* (Hassemer, 2009: 13) y se justifican bajo las mismas premisas de la sociedad de riesgo (Beck) y sus amenazas de crisis financiera mundial, corrupción, daños ambientales, inmigraciones incontrolables, violencia juvenil y menores infractores, terrorismo y crimen organizado, desempleo y guerras (ídem). La creación del pánico por medio de este discurso, así, desencadena una incontrolable y desesperada creencia en estas instituciones y la aceptación acrítica de la necesidad de control tiene como consecuencia natural la creciente confianza que sus promesas de combate a estos males serán cumplidos, forzando la aprobación colectiva de la violación de garantías para asegurar que la verdad deseada sea alcanzada –asemejándose a un borracho que, en la noche en que pierde las llaves de su casa, las busca debajo del poste porque solo ahí hay luz (ídem).

Del análisis de la sentencia, se observa el peligro provocado por la sustitución de las garantías del debido proceso penal por el nuevo, equivocado e inconstitucional *derecho de averiguación* (y de sus promiscuos instrumentos que son utilizados de manera corrompida e irreversiblemente invasiva) creado por el magistrado que suscribe a la sentencia y que revela consecuencias devastadoras. La mayor fuente de ellas es originada en la dispersión principio lógica de los derechos, tales como la *privacidad* –que, difundida por la *mala* hermenéutica acerca de la posibilidad (y no la necesidad) de la publicidad de los actos procesales, es útil para humillar públicamente el dolor del individuo y exponerlo abiertamente en su intimidad– y afectos a su *personalidad* –cuando los expedientes como la conducción coercitiva,² los

1 Síntagma utilizado recurrentemente y que trae una redundancia irresoluble: como hechos (eventos reales), deben guardar necesariamente una relación íntegra con la verdad. Falsas son las representaciones o las versiones que de ellos se presentan, sin parecer posible, en oposición, una falsedad fáctica o una verdad incurrida.

2 Ítem II, subíndice II.1, puntos 72 y 73 –p. 16. Obsérvese que, en estos ítems, el magistrado confiesa el conocimiento, en sus palabras, de las “controversias jurídicas”

registros y confiscaciones,³ las rupturas d confidencialidad⁴ y la divulgación de audios oriundos de intervenciones telefónicas⁵ que traspasan la intimidad acaban por alcanzar, además de la vida privada del acusado, la esfera infranqueable e indisponible de sus familiares y amigos, extraños al objeto de acusación.

La revelación de la utilización indiscriminada de estos medios en la célebre búsqueda de la *verdad* aquí referida muestra la forma inhumana de cómo el acusado es, no pocas veces, visto y tratado en el proceso penal brasileño: su *objetivación* estratégica (que pretende anularlo como sujeto de derechos –cuyo ejercicio tiene como puerta de entrada el sublime e intocable *derecho de defensa en su plenitud*)⁶ reduce las posibilidades traídas por el contrario y corrompe su condición de presunta inocencia. La pena criminal, así como su ansiada acusación –que, por sí sola, ya consiste en aflicción no pasible de restitución– son medidas de carácter estrictamente personal, debiéndose evitar las consecuencias de estas medidas que afecten a terceros (Zaffaroni, 2013 164-165). La necesidad del recuerdo permanente del principio garante de la *personalidad* se evidencia con las asociaciones descalificadoras tales como la *protección de datos/protección de criminales*, así como por el intento de limitar las pro-

en cuanto al uso de la conducción coercitiva sin intimación previa, pero afirma ser la medida “necesaria” para “[...] evitar riesgos a los agentes policiales que realizaron la conducción y el registro e incautación en la misma fecha”– no siendo, por lo tanto, prevista en ley tal para la aplicación de la medida extrema y subsidiaria, puesto que el conducido no fue recalcitrante. Tal medida debe respetar, imprescindiblemente, la anticipación lógica de investigación probatoria circunscripta. La desnaturalización es más grave, considerando que los puntos 74 y 75 pretenden castigar la solidaridad y limitar la naturaleza del apoyo popular recibido, obligando a los adherentes, en las palabras del juez, a ser cómplices de la conducción criminal. Más que eso: exigiendo que solo quienes sufren la agresión pueden reprocharla y reprimiendo la universalidad de los derechos fundamentales.

3 Ítem II, subítem II.1, puntos 78 a 82 –p.16-17. Aquí los argumentos son todavía más incapaces: en el ítem 82 el juez dice comprender el sacrificio de quien las sufre, pero dice que se tratan de “medidas de investigación rutinarias en el cotidiano de las investigaciones criminales”.

4 Ítem II, subítem II.1, puntos 84 al 90.

5 Ítem II, subítem II.1, puntos 91 a 94. El ítem 92 trae una inversión de la lógica de la confidencialidad y de su ruptura. Dice el magistrado que los audios difundidos son más relevantes (¿en relación a qué?) para la investigación que los preservados.

6 En el ítem II, subítem II.8, punto 184, hay una afirmación intrigante: al pretender dar significado restringido al indiscutiblemente ilimitado y mencionado amplio derecho de defensa, el magistrado en cuestión revela el espíritu cercenador –lo que queda evidenciado entre otras expresiones a lo largo del texto, casi siempre hostiles y que objetivan descalificar el trabajo de los defensores y sus actuaciones en calidad de abogados de los acusados.

tecciones individuales a los fines elegibles a voluntad de quien lo viola (Hassemer, 2009: 14).

Los límites legales son claros, por lo que no subsiste el argumento de que la no utilización implica la no violación de los derechos fundamentales.⁷ Cuando la ruptura de la confidencialidad telefónica fue autorizada y posteriormente utilizada,⁸ se debe indagar si fue utilizada en último ratio.⁹ Es cierto que la imparcialidad del magistrado puede ser analizada bajo varios prismas: desde lo personal hasta lo ideológico. No menos cierta es la afirmación de que la emisión de opinión previa sobre la materia sometida a juzgamiento evidencia el razonamiento acerca del tema-objeto de la acción y, si por un lado señala cuál es el camino a recorrer para entenderlo de manera más coherente, por otro demuestra la mayor dificultad del defensor para probar lo que no ocurrió y, a su vez, que el juez está equivocado en lo tocante a las convicciones personales acerca de la autoría/participación en un hecho inexistente. En verdad, el pretendido *nuevo* proceso penal¹⁰ que se presenta tiene como objetivo declarado¹¹ por sus componentes cambiar la realidad brasileña a través de condenas –habiéndose usurpado para tal motivo la existencia de otros jueces de igual competencia jurisdiccional que, por fuerza del recelo en ver el resultado decisorio distinto al pretendido y evidenciado por esta creencia, lo condujo de manera egoísta y prepotente a corromper las previsiones legales acerca de la determinación de esta alzada.

La preocupación existente en ventilar el contenido de la decisión de sus motivaciones e intereses personales¹² también revela

7 En el Ítem II, subítem II.1, puntos 107 a 109, el magistrado utiliza argumentos de que las pruebas obtenidas por medio de la intervención del bufete de abogados, por no haber sido seleccionadas por la autoridad policial al considerarlas irrelevantes, no constituyen violación a la inviolabilidad profesional.

8 Ítem II, subítem II.1, puntos 95 a 127. La cuestión aquí es más compleja, porque implica la (i) legalidad de la prueba. La ley N° 8.906/94 (Estatuto de la Abogacía y de la OAB), en su art. 7, II y II, confiere protección al abogado en su actuación profesional.

9 Razonamiento del STJ (HC 130.054/PE, HC 56.967/SP, RMS 11.627/SP).

10 Mejor sería denominar “la nueva forma de hacer proceso penal”, considerando este modelo practicado en la 13ª Sala Federal de Curitiba.

11 Nótese que en todas las citas acerca de las excepciones de competencia opuestas (ítem II. Fundamentación, subítem II.1, apartados 51 y 52), se hace mención a las participaciones del magistrado en conferencias y ceremonias, así como el contenido de sus consideraciones en textos jurídicos publicados en revistas especializadas. Tales muestras patentes de imparcialidad demuestran su fe en la lucha contra la corrupción –conducta que impone oposición, que a su vez implica en contestación y ataque– inimaginable de quien se requiere inercia y exención.

12 Ítem II, subítem II.1, puntos 54 y 55.

inequívocamente la voluntad de evitar nuevas sospechas oriundas de puntos oscuros futuros –sobre todo en relación a las imposibilidades resultantes de la conclusión de la decisión. Ahora bien, es natural la preocupación en justificar una desconfianza pretérita, sin explicarse la manifestación que sugiere la desvinculación de las pretensiones políticas futuras del acusado. Insinuar las excepciones opuestas como estratagema defensiva¹³ es, en este sentido, curioso, para decir lo mínimo.

La carga normativa que justifica los actos de injerencia sobre los derechos fundamentales se justifica por la importancia existente, por ejemplo, del derecho a la intimidad, de la inviolabilidad de domicilio y de la presunción de inocencia. Los argumentos con exceso de tecnicidad utilizados en la decisión analizada, no obstante todos los esfuerzos, en ningún momento se presentan convincentes. El dilema oriundo de la fundamentación basada en versiones presentadas por *colaboradores*¹⁴—sobre todo en los moldes hechos— revela un fracaso en la lógica estructural procesal: la desconfianza general permanente en esta prueba¹⁵ y la falta de necesidad sistemática de la búsqueda de la verdad que amenaza, inclusive, la propia *culpabilidad*, además de violar el ya usurpado principio de la *publicidad* (los términos y la esencia de los acuerdos permanecen bajo sigilo siendo esta, inclusive, una condición para su celebración).

La vulnerabilidad de la búsqueda de la verdad es amplificadora con los acuerdos de *colaboración premiada* porque esta misma evita el rastreo *críterioso* de aquella (por lo tanto, más trabajosa) con su reduccionismo procedimental. A partir de una versión presentada (y que señala culpa, ya que los indicios de inocencia son irrelevantes) se ignoran todas las demás divergencias y evidencias en contrario, siendo juzgado el acusado por una sustitución de la verdad por la conciliación entre acusador y tercero extraño a la acusación. Hay otro grave

13 Ítem II, subítem II.1, puntos 57, 58 y 59.

14 Ítem II, subítem II.9, puntos 247 y 248 en p. 43. También ítem II, subítem II.9, puntos 252 en p.44. Nótese que, en estos ítems, el magistrado otra vez confiesa el conocimiento de lo que él denominó como “polémicas” en cuanto a las colaboraciones premiadas. Se contradice, sin embargo, cuando afirma que se exigen pruebas de colaboración para utilizarla (ítem 248) y, a continuación (punto 249), revestirla de unicidad en cuanto a la posibilidad de elucidación de crímenes complejos. Ahora bien, si la colaboración premiada es la única prueba posible para el esclarecimiento de crímenes laberínticos, como dijo, no hubo colaboración de otras pruebas, como justificó.

15 Desconfianza que no ignora el magistrado en el Ítem II, subítem II.9, punto 255, *in verbis*: “Aunque muchas de las declaraciones prestadas por acusados colaboradores precisan ser profundamente chequeadas, a fin de verificar si encuentran o no prueba de corroboración”.

equivoco del juez en la decisión analizada: los límites de desempeño de la defensa no son determinados por el magistrado, ni tampoco puede este limitar su ámbito de actuación con el justificativo de que el resultado absolutorio amnistía a la tiranía, como se ha visto a lo largo de la sentencia¹⁶ –ignorando el juez la posibilidad de reforma de la decisión por la vía de un recurso de la acusación que, insatisfecha en cuanto a las absoluciones, ofrece apelación.

La desenfadada búsqueda de la verdad a cualquier precio rompe y relativiza principios que constituyen la esencia del ordenamiento jurídico, no respetando límites impuestos para garantizar derechos en las esferas de la intimidad, del ejercicio libre de la profesión, de la propiedad y de la inviolabilidad de domicilio. Las garantías no son obstáculos que deben ser superados, sino, ante todo, respetados. La verdad judicial emitida en esta sentencia no se confunde con la verdad (real), siendo impropio fundamentar, como se ha pretendido, la condena –sea por la utilización de porciones incompletas de la realidad, sea por la utilización de la duda en perjuicio del condenado y provocada por los errores, reducciones y distorsiones utilizadas en la valoración de las pruebas presentadas y producidas. El resultado obtenido en la sentencia analizada no es adecuado para representar de manera fidedigna la correspondencia con el objeto de la acusación, por ser patente y extremadamente selectivo.

La sentencia penal aquí analizada es suficiente si se consideran los fragmentos de la realidad elegida, pero irresistible a la determinación histórica y al pronóstico obtenido por medio del análisis de la reciente experiencia brasileña, donde la libre valoración de la prueba es respuesta a las reglas rigurosas propias del proceso inquisitorial. Así, la valoración de la prueba es libre en la medida en que atiende a la convicción del juez, pero desde que se respetan las reglas atinentes a su ofrecimiento y no a las reglas propias externas instituidas (Hassmer, 2009: 14) –lo que corrobora la tesis de que la tortura es producto de un sistema probatorio riguroso, ya que su utilización como elemento de prueba es siempre acompañada por la convicción del juez.

La conclusión a la que se llega no podría ser otra: la condena del acusado, basada en la convicción del magistrado que sentencia, puede no haberse dado directamente con el uso de la tortura al acusado –no obstante la utilización de algunos de los demás acusadores colaboradores por la vía de la constricción de la libertad. Esto porque la denominada *libre apreciación de la prueba* en búsqueda de la verdad real se torna un atajo, en el instante en que el juez utiliza un procedimiento argumentativo y racional para condenar al acusado que no se confor-

16 Ítem II, subítem II.8, puntos 220-222. También Ítem II, subítem II.8, punto 226.

ma con los métodos legales, llegando a un resultado específico (condena) sin ser asegurados los derechos del acusado. Luego, la valoración dada a las pruebas corrompidas no corroboradas se basó en la igual corrompida representación de la realidad, ya que en este análisis dependen la apreciación y la metodología de la apreciación realizadas. Lo cierto es que mientras no sea verificada la realidad con base en las normas de la ciencia empírica, no se tendrá una búsqueda auténtica de la verdad –ya que, además de esto, existe el respeto al concepto del debido proceso, pues lo que condiciona a las autorizaciones probatorias es lo que indica el nivel del respeto al acusado y refleja la cultura jurídica de cada país.

BIBLIOGRAFÍA

- Ferrajoli, L. 2014 *Direito e Razão* (San Pablo: Revista dos Tribunais).
- Hassemer, W. 2009 *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal* (México: Ubijus).
- Zaffaroni, E. R. 2013 *Manual de Direito Penal Brasileiro* (San Pablo: Revista dos Tribunais).

Rafael Thomaz Favetti*
y Fabiano Silva dos Santos**

LULA, POLÍTICA Y CORRUPCIÓN

LOS ESTIGMAS DE LA TÉCNICA

LA SENTENCIA QUE CONDENÓ al expresidente Lula debe entrar en los anales del proceso penal brasileño.

Hay que estudiarla y replicarla. Es un *case* de éxito sobre los peligros del proceso calcado en premisas protohipotéticas, el argumento desarrollado a lo largo de dos centenas de páginas sirve para ofrecer una lógica paraconsistente al propósito general: la necesidad primordial de condena, a fin de legitimarse todo un proceso multifacético.

Tarea dura la de construir una sentencia de estas. Requiere inteligencia impar, rigidez procedimental y mucho enfoque. Requiere la consubstanciación del juez Hércules de Dworkin y mucha practicidad organizacional. No se niegan, al contrario, las cualidades conocidas tanto de los denunciantes como de quien juzga: son verdaderos emprendedores en un universo judicial todavía ligado a prácticas y posturas arcaicas, en el que el rococó es la estética dominante.

* Abogado. Máster en Ciencia Política, consejero de la OAB-DF. Fue asesor de ministro en el Supremo Tribunal Federal, consultor jurídico y secretario ejecutivo del Ministerio de Justicia. Fue también presidente del Comité Nacional para Refugiados y del Consejo Nacional del Combate a la Piratería.

** Abogado. Máster en Derecho Político y Económico, doctorando en Derecho por la PUC-SP.

Todo esto es para aplaudir. Sin embargo, cuando se trata de derecho penal, hay que observar el caso *cum granus salis*. Más específicamente el proceso penal exige una construcción basada en pruebas, hechos y premisas válidas. Además, en *La verdad y las formas jurídicas* Foucault (s/d) nos conduce a entender que la evolución de cómo se analizan las pruebas es la medida de la civilidad de una era, de un pueblo, de un sistema.

Este camino civilizatorio evolutivo de las pruebas de Foucault tiene, en Brasil, una cierta construcción coordinada por la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal. Así como señala Dworking (s/d), hay una secuencia evolutiva sobre pruebas en la jurisprudencia de nuestra Suprema Corte. La observación de esta jurisprudencia, la observación de estos capítulos jurisprudenciales que forman el libro del proceso penal, este respeto a ese parámetro normativo, lo denominamos, para resumir, como técnica.

Entonces tenemos la siguiente posibilidad al analizar una sentencia: por un lado, una sentencia absolutamente emprendedora, innovadora en el plano procesal penal en cuanto a la valoración de las pruebas, y en esto su calidad; por el otro, la disparidad con respecto a la norma procesal penal vigente, lapidada por la jurisprudencia del Supremo.

No hay cómo negar que al perseguir criminalmente a la mayor figura política brasileña de las últimas décadas, debe tenerse algunos cuidados subjetivos en la persecución penal. Esto, sin ningún recelo de caer en demagogias al estilo de "*todos son iguales frente a la ley*", se debe al hecho de que las pasiones políticas pueden resultar el eje propulsor de la persecución, transformando lo legítimo en ilegítimo.

Es exactamente para evitar que las pasiones sobresalgan a la Razón que existe el Estado, como dijo Locke (s/d). Hegel (s/d) también negaba en estos mares de legitimidad al Estado, confiando a la razón el terreno que ofrece legitimidad al Estado. Ahora bien, como alertaba Weber (s/d), debe el observador (en el caso el juez) tener noción de sus pasiones a fin de autorrespetarse. Como la magnitud del acusado es grande, se exige, también, al menos, una demostración de imparcialidad mayor, a fin de que se tenga, en la mayor medida posible, el cumplimiento de la exigencia legal de la imparcialidad.

Claro, se sabe que la neutralidad es imposible en materia de juzgamientos, pero la imparcialidad es una razón posible a medida que se sigan las técnicas procesales penales, y en el plano real esa exigencia de imparcialidad se concrete en la medida que se trabajen las pruebas, así como el análisis probatorio sus argumentos subsiguientes.

En otras palabras: es en el manejo de las pruebas (y de los argumentos derivados de estas) que se tiene a verificación de la imparciali-

dad del juzgado. Este manejo está dado por la observancia de las leyes y de la jurisprudencia de los Tribunales. En resumen, la imparcialidad de un juzgado es conferida por su calidad técnica.

La técnica exige del acusador y del juzgador una claridad en materia probatoria. *Mutatis mutandis*, es lo que afirma el Supremo Tribunal Federal (HC 84.580, 2ª T, Min Celso de Mello, DJ 18/09/2009).

Establece: - [...] *Inexistencia*, de la misma manera, de datos probatorios *mínimos* que vinculen los pacientes al evento delictivo – *inepcia* de la denuncia – *pedid diferido*.

Proceso penal acusatorio – obligación del ministerio público de formular denuncia jurídicamente apta.

- *El sistema jurídico vigente en Brasil –teniendo presente la naturaleza dialógica del proceso penal acusatorio, hoy impregnado, en su estructura formal, de carácter esencialmente democrático– impone, al Ministerio Público, notoriamente en la denominada “sociedad delictiva”, la obligación de exponer, en la denuncia, de manera precisa, objetiva e individualizada, la participación de cada acusado en la supuesta práctica delictiva.*

-*El ordenamiento positivo brasileño –cuyos fundamentos reposan, entre otros vectores expresivos condicionantes de la actividad de persecución estatal, en el postulado esencial del derecho penal de la culpa y en el principio constitucional del “due process of law” (con todas las consecuencias que de él resultan)– repudia las imputaciones criminales genéricas y no tolera, en tanto ineptas, las acusaciones que no individualizan ni especifican, de manera concreta, la conducta penal atribuida al denunciado. Precedentes.*

La persona bajo investigación penal tiene derecho de no ser acusada con base en denuncia inepta.

- La denuncia *debe contener* la exposición del hecho delictivo, descrito en toda su esencia y narrado con todas sus circunstancias fundamentales. Esta narración, *aunque sea sucinta, se impone al acusador como exigencia derivada del postulado constitucional que asegura, al acusado, el ejercicio, en plenitud, del derecho de defensa. Denuncia que deja de establecer la vinculación necesaria de la conducta individual de cada agente a los eventos delictivos se califica como denuncia inepta. Precedentes.*

- [...] *La circunstancia objetiva* de alguien que *meramente* ejerce cargo de dirección o de administración en una institución financiera *no se revela suficiente, solo por sí misma, para autorizar ninguna presunción de culpa (inexistente en nuestro sistema jurídico-penal) y, menos aún, para justificar como efecto derivado de esta particular cualificación formal, la correspondiente persecución criminal.*

-*No existe, en el ordenamiento positivo brasileño, aunque se trate de prácticas configuradoras de macrodelincuencia o caracterizadoras de*

delincuencia económica, *la posibilidad constitucional* de incidencia de responsabilidad penal *objetiva*. *Prevalece*, siempre, en sede criminal, *como principio dominante* del sistema normativo, *el dogma* de la responsabilidad *con culpa* (“*nullum crimen sine culpa*”), absolutamente incompatible con la vieja concepción medieval del “*versari in re illicita*”, *expulsada* del dominio del derecho penal de la culpa. *Precedentes*.

Las acusaciones penales no se presumen probadas: la carga de la prueba incumbe, exclusivamente, a quien acusa.

-Ninguna acusación penal se presume probada. No compete, al acusado, demostrar su inocencia. Cabe, por el contrario, al Ministerio Público, comprobar, de forma inequívoca, más allá de cualquier duda razonable, la culpabilidad del acusado. Ya no prevalece más, en nuestro sistema de derecho positivo, la norma, que, en un momento histórico dado del proceso político brasileño (Estado Novo), creó, para el acusado, con la falta de pudor que caracteriza los regímenes autoritarios, la obligación de que el acusado pruebe su propia inocencia (Decreto Ley N° 88, del 20/12/37, art. 20, N° 5). Precedentes.

-Para que el acusado ejerza, en plenitud, la garantía del contrario, se torna indispensable que el órgano de la acusación describa, de modo preciso, los elementos estructurales (“essentialia delicti”) que componen el tipo penal, bajo pena de devolverse, ilegítimamente, al acusado, la carga (que no incide sobre él) de probar que es inocente.

-En materia de responsabilidad penal, no se registra, en el modelo constitucional brasileño, ninguna posibilidad de que el Poder Judicial, por simple presunción o con fundamento en meras sospechas, reconozca la culpa del acusado. Los principios democráticos que conforman el sistema jurídico nacional repelen cualquier acto estatal que transgreda el dogma de que no habrá culpa penal por presunción ni responsabilidad criminal por mera sospecha.

Como resume la propia sentencia (punto 291), la tesis central de la acusación es la de que el Grupo OAS, presidido por el delator informal que sirvió como prueba a la condena, administraba “una cuenta corriente informal de ventajas indebida con agentes políticos del PT, entre ellos el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva”.

El nexa necesario del tipo que configuraría la corrupción sería (punto 292 de la sentencia) el pago

[...] de ventaja indebida por la Constructora OAS, empresa perteneciente al Grupo OAS, en los contratos de PETROBRAS con el Consorcio CONEST-RNEST, en obras en la Refinería del Nordeste Abreu e Lima -RNEST y en el Consorcio CONPAR en obras de la Refinería Presidente Getúlio Vargas -Repar, en el monto de cerca de R\$ 87.654.971,26, correspondiente al 3% sobre la parte correspondiente de la Constructora OAS en los emprendimientos referidos.

En el punto 302 de la sentencia, en clave argumentativa:

Esta es la cuestión crucial en este proceso, pues, si se determina que el departamento fue de hecho concedido al expresidente por el Grupo OAS, sin abono del precio correspondiente, ni siquiera de las reformas, habrá prueba de la concesión por el grupo OAS a él de un beneficio patrimonial considerable, estimado en R\$ 2.424.991,00 y para el que no habría una causa o explicación lícita.

Véase que el punto central de la acusación y de la condena es corrupción pasiva (el lavado está como crimen necesariamente consecuente) por contratos de OAS en obras con PETROBRAS en las refinerías Abreu e Lima y Presidente Getúlio Vargas. Todo lo demás es un medio, como el departamento, etc. Como reconoce la sentencia, este es el punto central de la condena.

No se encuentra, sin embargo, en la sentencia, el nexo del indicio probatorio (reforma en el tríplex) con ningún acto del acusado con tal corrupción en las obras de la refinería.

A pesar de que la propia sentencia afirma que no se trata de una cuestión que atañe al derecho civil –y no podría serlo– elabora largos comentarios acerca de la compra e intercambio de un departamento por otro. Por último, establece como prueba un reportaje de 2010, rehecho en 2011, que relata los problemas que el matrimonio Lula y Marisa estaban teniendo con el departamento de tipo tríplex (el segundo departamento relatado en los autos, que habría sido comprado mediante la entrega del primero, este reconocidamente sin ninguna mancha de ilegalidad).

La sentencia entonces traza largos argumentos a fin de caracterizar el dominio de Lula sobre el tríplex. En la secuencia, relata, con maestría, los fraudes en las licitaciones en las obras de las refinerías, así como revela (punto 712 de la sentencia) el pago de ventaja indebida al Área de Abastecimiento de PETROBRAS (al Director Paulo Roberto Costa), soborno, además, ya condenado en otra sentencia y confirmada por el TRF-4 (ACR N° 5083376-05.2014.4.04.7000, 8° T, Des. João Pedro Gebran Neto, j. 2.311/2016). De ahí salen decenas de páginas reveladoras de un aterrador sistema de corrupción de directores de PETROBRAS.

Sin embargo, el odioso esquema de sobornos que las constructoras tenían con PETROBRAS en nada puede incriminar al presidente de la república. A no ser que haya un condicionante del art. 317 con la figura de Lula.

Este es el punto técnico relevante, esencial y pertinente al análisis.

Primero, el argumento condenatorio (punto 801 de la sentencia) halla “un poco extraño que, ante la magnitud del esquema criminal,

ilustrado por el hecho de que PETROBRAS haya reconocido cerca de seis mil millones de reales en pérdidas contables con corrupción en el balance de 2015, no tuviera el expresidente ningún conocimiento [...]”. Hay un error temporal: en 2015 Lula ya no era más el presidente. Aunque lo fuese, no solamente Lula no sabía del aterrador esquema de corrupción: ni el Ministerio Público sabía, en tanto que solo fue posible saberlo luego de la explosión de la Operación *Lava Jato*. No es función institucional del presidente de la república (art. 84, CF) investigar una sociedad de economía mixta. Además, si así lo hiciera, sería un crimen de responsabilidad. Pero es función del Ministerio Público (art. 129, CF) la fiscalización institucional. Ahora bien, si el argumento es que Lula tiene que ser condenado por no saber sobre la corrupción en el momento de los hechos, hay que imaginar lo que pasaría entonces con el Ministerio Público. El argumento, obviamente, no se sustenta.

Como razón de nexo causal, la sentencia adopta como prueba un encuentro de Lula con Renato Duque en... ¡2014! Recordando que Lula dejó la presidencia en 2011. Y más: no se dice nada ni se argumenta sobre ningún nexo entre este encuentro y las obras de las refinerías. La fundamentación retorna entonces al dominio y a la reforma del triplex.

Arremete la sentencia (punto 852) que

[...] definido que el departamento 164-A, triplex, era de hecho del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva y que las reformas lo beneficiaban, no hay coartada del acusado Luiz Inácio Lula da Silva en señalar una causa lícita para la concesión de tales beneficios materiales por Emprendimientos OAS, restando en los autos, como explicación única, solamente el acuerdo de corrupción consecuente en parte de los contratos con PETROBRAS.

Y concluye en el punto 853: “Probado, por lo tanto, el crimen de corrupción”.

El problema, al respecto, es que técnicamente no hubo indicio sobre el nexo necesario del acto de oficio para constituir corrupción.

La lectura de la sentencia demuestra la inexistencia de acto de oficio cometido por Lula en razón de ventaja indebida, lo que impide la configuración de elemental esencial del tipo de corrupción pasiva.

Para la configuración del crimen de corrupción pasiva es indispensable la configuración de alguno de los núcleos del tipo, en razón del ejercicio de función pública.

Así, es indispensable la existencia de nexo de causalidad entre la conducta del funcionario y la realización de acto funcional de su com-

petencia, conforme se decidió en la AP 307 en el Supremo Tribunal Federal (caso Collor).

La prueba de este nexo es esencial porque el tipo previsto en el art. 317 del CP trata sobre la mercancía del cargo público, que solamente puede ocurrir si el acto de oficio que incumbe practicar al servidor fue puesto a disposición del particular mediante un recibimiento de ventaja indebida.

En el caso analizado, sin embargo, no era de competencia del presidente de la república la formalización de los contratos con PETROBRAS, por lo que no podía responder por actos de terceros, bajo el grave riesgo de autorizar a que el derecho penal lo juzgue a través de la responsabilización objetiva.

Esta necesidad de nexo fue afirmada, por el Supremo Tribunal Federal, en la AP 370 (caso *Mensalão*).

Luego, la sentencia se destaca cuando aborda la corrupción en PETROBRAS. Y también es una buena teoría de derecho civil, cuando trata el dominio del tríplex.

Carece, sin embargo, de tecnicidad a fin de configurar el tipo del art. 317 del CP, cuando aborda la acusación de corrupción (y su lavado consecuente), en tanto no revela cuál es el acto de oficio del acusado.

Este es el escenario, en el que un documento entró a la historia, por diversos motivos.

Ricardo Franco Pinto*

LA SENTENCIA CONTRA LULA VIOLA LA IGUALDAD DE ARMAS PROCESAL

LA DESTRUCCIÓN DE LOS PRINCIPIOS básicos del Derecho, específicamente del Derecho Penal es mucho más fácil que lo que se puede imaginar. Generalmente, una única sentencia detenta tal poder de destrucción, siempre y cuando la misma cuente con el apoyo del conjunto mediático al servicio del poder dominante. Como en el caso que aquí trataremos (la sentencia condenatoria de Lula) y en muchas otras conocidas en el transcurso de la historia (Mandela podría ser el ejemplo más claro), no importa, en rigor, el contenido de la sentencia, sino a quién se quiere condenar.

Así, algunas sentencias funcionan apenas como una especie de “panel de fondo” para lo que está realmente en juego, que es la decisión política sobre el destino de un país y la implantación, en el caso de Brasil, de medidas ultraliberales como ocurre efectivamente hace poco más de un año.

Con la promulgación de la Constitución de 1988, al menos dos de estos principios básicos estarían garantizados: el primero, la se-

* Profesor visitante de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España). Abogado junto al Tribunal Penal Internacional (Haya, Holanda). Doctor Internacional por la Universidad de León (León, España) y especialista en Derecho y Política Internacional, en las áreas de Terrorismo, Terrorismo de Estado y Derechos Humanos.

paración de poderes; el segundo, la igualdad de armas en un proceso judicial.

El primer principio, la separación de poderes, se garantizaría delimitándolos en tres (en una evolución política de lo que sostenía Benjamin Constant (s/d), que entendía que había cinco poderes),¹ tal y como ya se adoptaba en la Primera República, con inspiración en la interpretación de Montesquieu.

En el cuerpo de la Constitución de 1988 encontramos la división de poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) delimitados principalmente en dos artículos: el art. 2º, que establece que “son Poderes de la Unión, independientes y armónicos entre sí, el Legislativo, El Ejecutivo y el Judicial”; y el art. 60, § 4º, que actúa como norma protectora del artículo anterior; al establecer que “no será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: [...] III- la separación de los Poderes”.

La importancia de este principio reside en la no interferencia (o influencia) política de un poder en otro pues esto pondría en riesgo al sistema democrático. Entendemos que este principio fue y será tratado en otros lugares, y no nos ocuparemos directamente del mismo en este artículo.

El segundo principio, que buscaremos analizar con un poco más de exactitud, es el principio de la igualdad de armas.² Está igualmente reconocido por la Constitución brasileña en el que sea posiblemente el artículo más famoso de la Carta Magna (art. 5º), que establece que “todos son iguales frente a la ley, sin distinción de ninguna naturaleza”. Evidentemente todos los que trabajamos con el Derecho Penal sabemos que este principio no es obedecido a rajatabla (ni en Brasil, ni en otros países), pero un mínimo de respeto al mismo debería ser observado, para que al menos haya una reducción de la desigualdad procesal entre la acusación y la defensa. ¿Pero qué quiere decir esto en un proceso penal? Que las armas que posea la acusación (generalmente el Ministerio Público) sean idénticas a las de la defensa. Y esta observancia a la igualdad de armas es obligación de todas las instituciones, pero principalmente de los jueces, y especialmente del juez de la causa penal específica, ya que él es el primero y el más importante garante de que la paridad no solo esté perfectamente establecida, sino que sea mantenida hasta el fin del procedimiento.

Lamentablemente, no fue lo que se observó ni en la instrucción ni en la sentencia contra Lula. Solo para dar tres ejemplos del trans-

1 Para Constant (s/d), los poderes eran: Real, Ejecutivo, Representativo Duradero (asamblea hereditaria), Representativa de Opinión (asamblea electiva) y el Poder Judicial.

2 También denominado “paridad de armas”.

curso de la instrucción criminal, tenemos inicialmente la famosa e infantil presentación del “*Power Point*” de la denuncia contra Lula, donde el Procurador de Justicia lo acusó de ser el jefe de una organización criminal, llamándolo “comandante máximo” del esquema de corrupción investigado en el proceso conocido como *Lava Jato*.³ Esto es una acción ilegal, ya que un procurador de la república no tiene derecho a dirigirse así a un ciudadano brasileño (o extranjero) sin que el mismo haya tenido siquiera oportunidad de defensa. Esto es un claro incumplimiento del deber jurídico de todos (juez, Ministerio Público y/o abogados) de preservar siempre la imagen y también la figura del acusado. Esto desequilibra claramente la paridad de armas, ya que la acusación se vale de un espacio mediático amplísimo para verter estas acusaciones, lo que hace que el proceso penal trascienda los límites del Poder Judicial y obtenga el impacto deseado en la sociedad. En otras palabras, una clara manipulación mediática del proceso penal, y que la defensa no tiene cómo utilizar las mismas armas, ya que el servilismo mediático está claramente en contra de los intereses del acusado. En este caso, contra Lula. ¿Y qué medidas se tomaron por el juez de la causa, responsable de garantizar la igualdad de armas y los derechos del acusado? Ninguna.

El segundo ejemplo es la famosa conducción coercitiva de Lula por la Policía Federal sin que el mismo fuese siquiera notificado para prestar declaración al juez instructor. Extrañamente, toda la prensa sabía sobre la conducción, y un espectáculo más fue creado⁴ con la única intención de registrar su propiedad. Una acción claramente ilegal, provocada ahora por el propio juez, que tenía la obligación de parcialidad. En este momento, ya está claro que el juez también se posiciona en calidad de acusador.

El tercer ejemplo es la filtración ilegal de las conversaciones telefónicas entre Lula y sus familiares y principalmente entre Lula y la Presidenta Dilma Rousseff, que además fueron posteriormente declaradas así por el Supremo Tribunal Federal. La violación de los arts. 8º y 9º de la Ley N° 9.296/96 debería haber sido, por sí solo, suficiente para apartar al juez instructor de la causa, en tanto cometió actos que podrían ser criminales, de acuerdo al art. 10º de la misma ley.⁵ A

3 Que investiga la corrupción en PETROBRAS.

4 La filtración de informaciones confidenciales a la prensa fue una constante en el proceso contra Lula.

5 Ley N° 9.296/96: [...] art. 8º “La intervención de la comunicación telefónica, de cualquier naturaleza, ocurrirá en autos apartados, anexados a los autos de la investigación policial o del proceso criminal, preservándose la confidencialidad de las averiguaciones, grabaciones y transcripciones respectivas”.

partir de ese momento, apartar al juez instructor del procedimiento era absolutamente necesario. Evidentemente esto no ocurrió, y desde entonces ya había la certeza en la sociedad brasileña de que Lula sería condenado, independientemente de la forma en que el proceso transcurriese. Lo curioso en aquel momento es que tanto los ciudadanos llamados de “izquierda” o “derecha” e incluso los de “centro” compartían la misma opinión. Y todos estaban absolutamente en lo correcto. La opinión entre los que tratamos a diario con el Derecho Penal no era distinta: estaba claro que los principios del Derecho Penal no valían para este proceso, que la excepcionalidad tan combatida por todos los demócratas reinaba en estos autos y que la condena era su objetivo. La persecución objetiva procesal, dividida en investigación, instrucción y sentencia, había cambiado políticamente a la condena pública, la violación de los derechos procesales y la confirmación condenatoria. Como decimos en España, un verdadero *paripé*. Una sentencia condenatoria (aunque pobre en términos jurídicos o argumentativos como la proferida contra Lula) era apenas una cuestión de tiempo, pero nunca sería una cuestión de justicia.

En este libro, serán muchos los autores que analizarán de forma exhaustiva la sentencia condenatoria contra Lula. Aun así, entendemos necesario llamar la atención acerca de una cuestión que apoyaría todo lo que argumentamos anteriormente: la sentencia condenatoria posee 962 párrafos (divididos en 238 páginas). De estos, solo 5 fueron dedicados a la tesis de la defensa. Toda la sentencia es claramente una autodefensa del propio juez que la firmó, más que un análisis exhaustivo de los argumentos y tesis de acusación y defensa (en el caso de la falta de análisis de las tesis de la defensa). La paridad de armas aquí es apenas un concepto que fue despreciado hace tiempo en la conducción de este proceso.

Posteriormente a la sentencia, los abogados de Lula presentaron embargos de declaración dado que el juez (que además de no corresponder al rito siempre los trató sin el debido respeto y sin urbanidad) se recusa a admitir que hay contradicciones o lagunas en su sentencia. Nada nuevo, nada sorprendente. Acto seguido, determina el secuestro de bienes de Lula, en otra decisión no solo polémica, sino totalmente absurda y sin sustento jurídico alguno. ¿Y por qué afirmamos esto? Porque en la decisión sobre los embargos declaratorios, el juez reconoce claramente que no hubo perjuicio alguno para PETROBRAS, manifestándose así al respecto:

Este Juez jamás afirmó, en la sentencia o en otro lugar, que los valores obtenidos por la constructora OAS en los contratos con PETROBRAS se utilizaron para el pago una ventaja indebida al expresidente. Por otra parte, ya en el curso del proceso, este Juez, al desestimar por innecesarias las pericias requeridas por la Defensa para rastrear el

origen de los recursos, ya había dejado en claro que no había esa correlación (artículos 198-199). Ni la corrupción, ni el lavado, siendo la corrupción el crimen antecedente, exigen o exigirían que los valores pagados u ocultados fueran originarios específicamente de los contratos de PETROBRAS.

Lo curioso es que, si analizamos rápidamente el párrafo 880 de la sentencia condenatoria, encontramos una contradicción clarísima:

Incluso habiendo sido parte de los beneficios materiales dispuestos posteriormente, durante 2014, teniendo su origen en créditos recurrentes de contratos de la Constructora OAS celebrados el 10/12/2009, considerando aquí solamente los contratos del Consorcio CPNEST/RNEST, configuran ventaja indebida disponible en razón del cargo de agente público federal, no solo para el entonces presidente, sino para los igualmente beneficiarios exclusivos de PETROBRAS.

Y en relación a esta marcada contradicción, nos preguntamos por aquí: “¿en qué quedamos?”.

Este es apenas uno de los muchos argumentos que podríamos esgrimir para comprobar que los principios del Derecho a los que nos referimos al inicio fueron y siguen siendo claramente violados. El principio de la igualdad de armas es violado para que se pueda condenar a Lula y el principio de la separación de poderes es violado para que se pueda impedirlo (a través de una condena criminal) de disputar la Presidencia de la república en 2018, restableciéndose así la democracia en el país.

Sabemos que vendrán argumentos contrarios a los que acabamos de manifestar, aunque se sabe igualmente que siempre son los mismos, curiosamente: que no podemos ser literales, que este preciosismo no es necesario. Y podría inclusive estar de acuerdo, si estuviésemos tratando de cuestiones puramente políticas. Pero estamos ante un proceso judicial, y encima penal, donde todas las cuestiones deben ser analizadas exhaustivamente, nunca de una forma *en passant* (en cinco párrafos en el caso del análisis de las tesis de la defensa) como resuelve la sentencia. Y si así no fuera, no estamos ni ejerciendo el Derecho ni mucho menos buscando la Justicia. Lo que se buscaría sería claramente un “encaje” a través de una sentencia de tesis acusatorias y decisiones tomadas anteriormente.

Todo este proceso, como dijo en una entrevista reciente Eugenio Aragão (s/d), es un verdadero “*cambalache*”.

Ricardo Lodi Ribeiro*

LA CONDENA DE LULA

EL MAYOR CASO DE *LAWFARE* DE BRASIL

A LO LARGO DE LOS ÚLTIMOS MESES, la expresión *lawfare*, que constituye la unión en inglés de la palabra *law* (ley), con el término *warfare* (guerra), ha sido utilizada por los abogados del expresidente Lula para designar los procesos criminales que están siendo instaurados contra él. La denominación de *lawfare* recae en un ambiente en que las instituciones jurídicas son utilizadas abusivamente para la persecución de un adversario político. Fue acuñada originalmente por John Carlson y Neville Yeomans (1975), que la consideraban una táctica de paz, en que la guerra daba lugar a la disputa por leyes en donde había “un duelo de palabras en vez de espadas”. La expresión fue diseminada por el coronel de la Fuerza Aérea de los EE. UU., Charles Dunlap Jr. (2001), como una estrategia de mal uso de la ley para alcanzar un objetivo operativo como alternativa a los medios militares tradicionales. En la esfera política se traduce, siguiendo a Jean Comoroff y John Comaroff (2008: 562-564), en el proceso de usar la violencia y el poder inherente a la ley para producir resultados políticos. Una de las formas más frecuentes de su utilización se da por el apartamiento

* Profesor adjunto de Derecho Financiero de la UERJ. Director de la Facultad de Derecho de la UERJ.

de un adversario por el uso abusivo del sistema jurídico en sustitución a los procesos electorales constitucionalmente vigentes.

Para John Comaroff (2016),¹ profesor de la Universidad de Harvard, que se ha dedicado a investigar el *lawfare*, el expresidente Lula es víctima del fenómeno por el comando de operaciones de la Operación *Lava Jato*, en Curitiba, y por el Juez Federal de la 13ª Sala Federal de Curitiba, Sérgio Moro, lo que quedó caracterizado desde que el magistrado aludido filtró para la prensa el contenido de las escuchas telefónicas entre el expresidente y la entonces presidenta Dilma Rousseff. Después de este episodio, de acuerdo con el citado investigador sudafricano, el *lawfare* se reveló por el intento de crear una presunción de culpa en relación a Lula.

En verdad, es forzoso reconocer que, hace mucho, la llamada *república de Curitiba*, valiéndose del apoyo militante de los grandes medios a la *Cacería de Lula*, se viene aprovechando del expediente al movilizar a la opinión pública para el supuesto combate a la corrupción, creando un ambiente de condena previa del expresidente. En este sentido, fue bastante sintomática la presentación insólita en *Power Point* del coordinador del comando de operaciones del MPF, Deltan Dellagnol, que mostraba a Lula como el centro de todo el esquema, sin que presentase la denuncia comprobación alguna de esto, sino una gran *convicción* de sus alegatos, como reveló la propia declaración del procurador que se hizo famosa en el momento. Evidentemente que, además de todos los vicios procesales para la fijación de la competencia para el juzgamiento del caso en la 13ª Sala Federal de Curitiba, en relación a los hechos cuyo aspecto espacial se restringió al estado de San Pablo, el juez Sérgio Moro no reveló, a lo largo del proceso, que era un juzgador imparcial para conducir el hecho, muchas veces desempeñando el papel activo del acusador. Y, como la experiencia histórica revela aquí y a esta altura, cuando la acusación y la jurisdicción se confunden, el ejercicio del derecho de defensa es una mera formalidad legitimadora de un resultado previamente acordado.

En el caso de la sentencia del tríplex de Guarujá, el atentado a los principios del juez natural y del debido proceso legal, así como la presunción de inocencia, queda ampliamente caracterizado, no dejando dudas de que el expresidente Lula no tuvo un juzgamiento justo y que el juez Sérgio Moro no fue un juez imparcial para la causa.

En este contexto político en que todo el aparato estatal y mediático fue dirigido desde hace años en esta cacería de Lula, se encontró

1 En <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1829175-professor-de-harvard-ve-presuncao-deculpa-contra-lula-na-lava-jato.shtml>>.

muy poco resultado concreto. En verdad, a la par de la selectividad política que impulsa los movimientos contra el líder petista, los inevitables efectos colaterales que una ilusión retórica de coherencia dirigida contra otras fuerzas políticas fueron mucho más letales. Además, la conclusión a la que se llega en este momento es que se está comprobando una declaración de buenos antecedentes del expresidente, ya que frente a tantos esfuerzos investigativos, por tanto tiempo, en un escenario nacional en que proliferan maletas de dinero, cuentas en paraísos fiscales, y pruebas incontestables de rapiña del dinero público, no fueron encontrados contra el expresidente hechos muy animadores para sus atormentadores.

Si no, veamos. El Ministerio Público Federal denunció al expresidente por corrupción pasiva y lavado de dinero en razón de su participación en tres contratos lesivos a PETROBRAS celebrados por la constructora OAS. Así, según el MPF, Lula sería el jefe de la cuadrilla que, por medio de los referidos contratos habría perjudicado a la sociedad de economía mixta. La ventaja recibida por él sería el tríplice de Guarujá y su reforma efectuada por la constructora, lo que caracterizaría el crimen de corrupción. El lavado de dinero sería por no haber el expresidente transferido el inmueble a su nombre.

Cuando la denuncia fue divulgada, varias voces en el mundo jurídico se levantaron para alertar que la historia narrada en el documento acusatorio no se comprobaba por los documentos existentes en la petición inicial, y tampoco se corroboraba con la presentación en *Power Point* que señalaba a Lula como jefe de la cuadrilla. Además, ¿cuál es el objetivo de esta afirmación por quien no denunció al acusado por formación de cuadrilla, sino el de afectar la imagen del acusado frente a la opinión pública?

Sin embargo, a despecho de la evidente precipitación acusatoria, estaba la posibilidad de que, a lo largo de la instrucción procesal, se comprobasen los hechos alegados en la petición inicial. Sin embargo, lo que se vio fue algo muy distante de eso. A lo largo de toda la fase probatoria, se oyeron decenas de testimonios de la acusación y de la defensa, se presentaron cientos de documentos, se realizaron pericias, y no se comprobaron elementos mínimamente necesarios para fundamentar la versión acusatoria en cuanto a los hechos imputados a Lula, a tal punto de que el Juez Sérgio Moro acabó por abandonar la teoría del Ministerio Público, innovando en relación a la descripción fáctica de la denuncia, lo que, por si solo ya inviabilizaría cualquier condena. Hasta llegar al extremo de, en sede de embargos de declaración interpuestos por la defensa contra la sentencia condenatoria de primer grado, reconocer que los valores recibidos de OAS por PETROBRAS no habrían sido utilizados para el pago de ventajas al expresidente, lo

que eliminaría inexorablemente la única ligazón, aunque frágil, para fijar la competencia territorial en Curitiba.

Para la caracterización del crimen de corrupción pasiva que involucra el recibimiento de ventaja indebida por el expresidente en razón de la práctica de acto de oficio en favor de OAS, sería necesario demostrar que, en el ejercicio del cargo de presidente, Lula cometiera un acto en beneficio de la empresa, en intercambio de ventaja indebida. Sin embargo, concluida la instrucción probatoria, no hubo éxito en comprobar que Lula haya tenido ninguna participación en el episodio. Moro se contentó con la posibilidad de que el presidente influyera en la elección de los directores de PETROBRAS, como si la indicación de una persona para un cargo pudiera tornar a quien indica responsable por todos los ilícitos futuros cometidos por quien es indicado. Sobre la supuesta ventaja obtenida por el expresidente, apunta la sentencia un escenario fáctico enteramente ocurrido en 2014, cuando Lula no era más presidente. No fue exitoso el intento de comprobar que actos cometidos por el presidente en 2009 tuvieran como contrapartida ventajas indebidas repartidas en 2014, a pesar de que la gran distancia entre los referidos marcos temporales implicase un gran esfuerzo argumentativo y probatorio. Así, ni se probó la participación del acusado en el ilícito, ni la ventaja recibida es mucho menos el nexo de causalidad entre ellas. El magistrado se guió, contrariamente a la declaración de todos los testigos de la acusación y de la defensa, por la “delación informal” de Leo Pinheiro, expresidente de OAS, cuyo sorprendente cambio de declaración permitió la concesión de ventajas fantásticas ofrecidas a él en la sentencia. O sea, luego de pasar más de un año negando la participación de Lula, colaboró “informalmente” con el juicio, recibiendo un favor judicial, sin la necesidad de cumplir los requisitos legales de la declaración premiada o de probar lo que alegaba. Está instaurada la delación premiada en que el colaborador no precisa probar nada. Con el simple cambio de declaración, el empresario evitó pasar el resto de sus días encadenado.

En relación a las supuestas ventajas ofrecidas al expresidente, frente a la robusta prueba de que el inmueble nunca perteneció a Lula o a su familia, Moro hace una acrobacia para concluir que, aunque no haya habido la transferencia del inmueble a Lula, este sería el “propietario de hecho”, a pesar de que haya quedado bastante claro que el expresidente y su familia jamás hayan tenido la posesión del inmueble. Ahora bien, la posesión es la exteriorización, en el plano fáctico, de una de las facultades del propietario. No teniendo posesión, ni habiendo usado, disfrutado o dispuesto el inmueble, no hay cómo hablar de “propiedad fáctica”.

En la narrativa construida por Moro, no había otra explicación lícita para la insistencia de OAS de ofrecer el tríplex a Lula, ni tampoco de la reforma hecha. El magistrado prefirió concluir que todo aquello solo podría ser el resultado de corrupción. El problema de la condena sin pruebas, a partir de la libre convicción del magistrado, es el riesgo de que este descarte otras narrativas, inclusive la presentada por la defensa, que sustentó que eran tratativas provenientes de las negociaciones sobre la cuota adquirida por D. Marisa Silva, ex primera dama, junto al antiguo propietario del emprendimiento, BANCOOP. Además de que la narrativa de la defensa presenta mucho más verosimilitud que la de la acusación, le cabe a esta comprobar que su descripción de la realidad es la correcta, mediante la presentación de pruebas. De cualquier forma, la conclusión del juez Moro de que “la única explicación posible” para el ofrecimiento del tríplex a Lula y las obras realizadas en él sería el pago de sobornos solo parece revelar una cosa: que incluso frente a la ausencia de pruebas, la convicción del magistrado sobre la culpa del acusado era inalterable, lo que ya se revelaba independientemente del resultado de la dilación probatoria.

En cuanto a la imputación de lavado de dinero, aunque los hechos relatados por la acusación hubiesen sido probados, lo que no es correcto, tenemos una imputación jurídicamente imposible. El lavado de dinero se da cuando alguien procura dar apariencia de legalidad a recursos de origen ilícito. Pero cuando este alguien recibe bienes en pago de actos provenientes de corrupción, no hay crimen autónomo aunque la propiedad del bien sea ocultada, en tanto que estaríamos frente a una conducta contenida en el tipo legal que sanciona la propia corrupción. Al aceptar la tesis de la sentencia, el lavado de dinero acompañaría cualquier conducta ilícita, lo que sería un verdadero absurdo jurídico.

Ante la evidente condena de Lula sin pruebas, no se puede dejar de registrar que la larga la trayectoria de afirmación del Estado de Derecho está vinculada a la consagración de principios constitucionales como el del debido proceso legal, la presunción de inocencia y el juez natural, que se están dejando en segundo plano en nombre de un combate contra la corrupción conducido de modo selectivo y dirigido políticamente y que corre el riesgo de producir resultados bastante dañinos a la trayectoria de la propia democracia en Brasil. En ese sentido, el *lawfare* que se dirige hoy contra Lula, si es exitoso, dará contornos definitivos al fracaso del Estado Social promovido después del *impeachment*. Si el golpe parlamentario que lo viabilizó, a partir de la utilización peculiar de categorías del derecho financiero, permitió el desmonte del incipiente sistema de protección social a las personas más vulnerables, a los intentos abusivos por prohibir al

candidato favorito a las elecciones de 2018 busca sepultar el mayor riesgo al proyecto de consagración de la sociedad de mercado, a la que aludía Karl Polanyi (2012: 45 y 77), con la separación del sistema económico del sistema social, subordinando este a los intereses del mercado, que fue pavimentado después del *impeachment*. Así, si el *lawfare* practicado contra Dilma Rousseff fue extremadamente grave al viabilizar la instauración de un gobierno ilegítimo hasta 2018, en el que se comete contra Lula, se esperan efectos más duraderos. Por esta razón, consideramos que, a pesar de que golpe del *impeachment* constituyó un instrumento poderosísimo de ruptura institucional con vistas a subvertir las cosmovisiones que fueron elegidas por el pueblo brasileño en 2014, la *Cacería de Lula*, destinada a su desmoralización e inelegibilidad, pretende retirar de los electores la posibilidad de decidir sobre las elecciones políticas que fueron traicionadas desde la actuación del Congreso Nacional, en 2016. Esperemos que las instancias superiores así no lo permitan.

BIBLIOGRAFÍA

- Carlson, J. y Yeomans, N. 1975 “s/d” en Smith, M. & Crossley, D. (eds.) *The Way Out—Radical Alternatives in Australia* (Melbourne: Lansdowne Press).
- Comaroff, J. y Comaroff, J. L. 2008 “Law and Disorder in the Postcolony by Review by: Giovanni Arrighi” en *American Journal of Sociology*, Vol. 114, N° 2: 562-564, septiembre.
- Dunlap Jr., C. J. 2001 “Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts”, Ponencia presentada en el *Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference Carr Center for Human Rights Policy*. Kennedy School of Government, Harvard University. Washington, D.C., 29 de noviembre.
- Polanyi, K. 2012 *A Grande Transformação* (Río de Janeiro: Elsevier) Trad. F. Wrobel. 2ª edición.

Roberta Barbosa Miranda*

EL “CASO TRÍPLEX” Y EL DERECHO PENAL DEL ABSURDO

INTRODUCCIÓN

En el día 12 de julio de 2017, fue dictada la sentencia en los autos de la Acción Penal N° 596512-94.2016.4.04.7000, popularmente conocida como “el caso tríples”. A pesar de que el documento ya sea cuestionable por sí solo al considerar el momento elegido para su dictamen –en medio de las discusiones y protestas contra la aprobación de la Reforma Laboral–, no nos atendremos a un análisis político en el presente análisis.

La sentencia es larga, alcanzando las 218 páginas, organizadas en 962 ítems. Normalmente, al leer una sentencia, esta tiene inicio con un relato, en donde son expuestos los argumentos presentados tanto por la acusación como por la defensa durante el curso del proceso y, posteriormente, el juez entra en el mérito y en la formación de su convencimiento.

En el documento elaborado por Sérgio Moro, percibimos que la construcción se dio de forma distinta de la usual. El relato está presente, es verdad, pero luego se inicia una larga explicación sobre las

* Abogada criminalista, graduada por la Universidad Federal de Río de Janeiro. Especialista en Criminología, Derecho y Proceso Penal por la Universidad Candido Mendes. Investigadora en el grupo “Matrices del Proceso Penal Brasileño”.

actitudes y decisiones adoptadas por el magistrado durante el curso del proceso, en una serie de justificaciones sobre sus decisiones controvertidas como responsable por las investigaciones de la Operación *Lava Jato* y sus ramificaciones. Hasta el ítem 152, acompañamos al juez defendiéndose de los alegatos de abuso de autoridad, ilegalidades cometidas en la fase de investigaciones y parcialidad en el juzgamiento.

Nuevamente se defiende la competencia de la Justicia Federal y de la 13ª Sala Federal de Curitiba para juzgar la presente acción penal –asunto que ya fue tema de diversos análisis y debates que dejaron claro, al menos jurídicamente, cuán erróneo es ese razonamiento de acuerdo con la legislación procesal penal.

El juez respondió a los alegatos como inepticia de la denuncia para, finalmente, en el ítem 264 llegar al mérito de la sentencia, y a las ilegalidades y errores conceptuales básicos cometidos por el magistrado.

SOBRE EL DERECHO PENAL DEL ABSURDO Y DE LOS CONSTANTES ERRORES PROCESALES

Al iniciarla lectura del mérito de la decisión, llama la atención desde el inicio el poco interés dado a las pruebas presentadas por la defensa, al mismo tiempo en que gran parte de las páginas son gastadas transcribiendo conversaciones de los colaboradores, incluso de personas totalmente ajenas a los hechos narrados –y lo que, sin comprobación, no debería valer nada, ya que la delación premiada es apenas un medio de prueba, lo que no es suficiente para sostener una condena, aunque este razonamiento venga siendo completamente ignorado en el ámbito de los procesos de la Operación *Lava Jato*.

Ya desde el inicio, el juez Sérgio Moro incorpora argumentos externos a la acción penal para justificar su convencimiento, extrapolando los ya controvertidos puntos elaborados por el Ministerio Público Federal en su confusa acusación. Incluso el uso de las pruebas concedidas se da de forma totalmente aleatoria y variada en el asunto. La acción penal discutida involucra la supuesta práctica del crimen de corrupción pasiva por el expresidente Lula, al aceptar un tríplex en Guarujá como ventaja indebida, por beneficiar a la empresa OAS en contratos con PETROBRAS; y del delito de lavado de dinero, por haber ocultado ese mismo tríplex al no transferirlo a su nombre. Cualquiera otra investigación o proceso a los que el acusado responda deben ser ignorados, bajo pena de nulidad. Así manda la ley.

En nuestra legislación, el delito de corrupción pasiva está formado por los verbos “solicitar”, “recibir” y “aceptar”, en razón de su función, ventaja o promesa de ventaja indebida. La pena se aumenta, por lo tanto, si el funcionario retarda o deja de cometer un acto de oficio,

o lo comete infringiendo su deber. Aquí merece destacar la gran confusión, por parte no solo de la acusación sino también del propio magistrado, al tratar el crimen: se habla de “concesión”, “adquisición”, “reserva”, “destino”, pero nunca de aquellos verbos específicos para la consumación del tipo penal.

De acuerdo con la acusación, Lula aceptó y recibió el tríplex a cambio de la práctica de actos de oficio en beneficio de OAS Emprendimientos. Como pruebas, se presentaron testigos que decían que el departamento siempre fue tratado como del “expresidente” por empleados y directores de OAS, las declaraciones de Leo Pinheiro –también acusado en la presente acción penal–, contratos sin firma y rasgos encontrados en registros y confiscaciones, y un material periodístico proveniente del periódico *O Globo*, de 2010, que señalaba el tríplex como de Lula.

Cuando se lo confrontó al respecto de que un material periodístico haya sido utilizado como prueba documental, Sérgio Moro alegó la importancia de esa noticia, por ser antigua y datar de mucho antes del inicio de las investigaciones, lo que sería suficiente para comprobar que el inmueble pertenecía, de hecho, a la familia del expresidente.

Es importante destacar que Lula y su esposa, Marisa, compraron una parte de un departamento normal, en un emprendimiento que se convertiría en el condominio en donde está localizado el tríplex, en la época en que este era responsabilidad de BANCOOP, constando esta información, inclusive, en la declaración conjunta de impuesto de renta del matrimonio. Cuando OAS asumió la obra, Lula y Marisa no se posicionaron ni sobre el interés de continuar con el departamento adquirido previamente y en parte saldado, ni sobre desistir del emprendimiento y recibir los valores ya pagos de vuelta.

Según la declaración de otros acusados, y de los testigos vinculados, Lula solo estuvo una vez en el departamento tríplex, acompañado de su esposa, de Leo Pinheiro y de otros funcionarios de OAS. El expresidente declaró que, aunque el director de la constructora le había ofrecido el inmueble, que todavía se encontraba en fase de construcción, él no tuvo interés en la adquisición por cuenta de diversos problemas encontrados en la obra. Pinheiro, entonces, dijo que resolvería esos problemas, y entraría en contacto. Marisa retornó al departamento en otra ocasión, ahora acompañada de su hijo Fabio, pero al final terminó firmando el término de renuncia de la cuota adquirida en el emprendimiento y requiriendo los valores pagos de vuelta. En ese medio tiempo, se realizaron diversas obras y mejoras en el departamento, lo que llevó a la acusación a entender que eso se habría hecho en beneficio de Lula, de manera personalizada y a su pedido, que no abonó los valores correspondientes a la reforma.

Como se percibe, nada en los autos fue capaz de demostrar el acto de “recibir” o de “aceptar”, por parte de Lula o de su esposa, el tríplex. También fue imposible descubrir, solo con las pruebas constantes en los autos, cuál habría sido el acto de oficio cometido por el expresidente para beneficiar a la constructora en las obras de PETROBRAS, ya que quien tomaba las decisiones sobre las licitaciones y contrataciones era el director de la estatal en ese momento, y no el jefe del Ejecutivo.

En un ejercicio mental claramente inconstitucional e incompatible con un Estado Democrático de Derecho, el juez Sérgio Moro entiende que los contratos encontrados, uno sin firma, y otro con el número del departamento rasgado y también sin firma, confrontados con el contrato de adhesión para la compra de un departamento simple en el entonces emprendimiento de BANCOOP –este debidamente firmado por Marisa Letícia–, así como las declaraciones de testigos que alegaban que OAS había reservado el tríplex para la familia del presidente, son más que suficientes para la comprobación de la práctica de crimen de corrupción pasiva.

También para sostener la condena, el magistrado alega la venta del departamento simple originalmente adquirido por la familia Lula a terceros, mientras que el tríplex nunca fue ofrecido al mercado, y la existencia de material publicado por el diario *O Globo* previo al inicio de las investigaciones, que relacionaba a Lula con el bien, como suficientemente comprobatorios de que el expresidente era dueño de hecho del inmueble, aunque nunca haya siquiera ejercido su propiedad. Se ignora por completo el Principio de Presunción de Inocencia, el *in dubio pro reo* –que ha sido constantemente vilipendiado en el proceso penal brasileño– y, principalmente, un análisis profundo sobre la admisibilidad y la valoración de las pruebas en el proceso.

Para explicar la existencia de la práctica del crimen de lavado de dinero, lo propuesto por la acusación y por el magistrado es todavía más forzado. Luego de los cambios sufridos en nuestra legislación, para la consumación de este delito es necesario ocultar o disimular la naturaleza o, en el caso específico, la propiedad, de un bien o valor proveniente de una infracción penal.

Ocurre que, conforme la denuncia ofrecida por el Ministerio Público, y el razonamiento del juez de la causa, Lula nunca tuvo el inmueble a su nombre, resultando imposible que él ocultase el origen del bien. Mucho menos recibió dinero como “soborno” para adquirir el inmueble, disimulando su origen al colocarlo en nombre de OAS Emprendimientos. Por lo expuesto en los autos, Lula recibió un bien que jamás usufructuó, no habiendo sido su propietario, lo que, consecuentemente, le impide ocultar su propiedad y de consumir el delito.

El crimen de lavado de dinero necesita de un crimen antecedente. En el caso, ni siquiera se consiguió probar la existencia de la corrupción pasiva, con el recibimiento o la aceptación, por parte del expresidente, del tríplex. El hecho de que OAS o Leo Pinheiro hayan ofrecido el departamento a Lula consubstancia el delito de corrupción activa. Pero si, en ningún momento, el bien ofrecido es recibido por el agente público, la corrupción pasiva se torna atípica. Es lo que ocurre en el caso concreto, siendo imposible presuponer, entonces, el lavado de dinero.

E incluso si no podemos comprobar la inexistencia de la práctica de corrupción pasiva por parte de Lula, entendiéndose como la solicitud o aceptación de la ventaja indebida, si él no recibió el bien, no existirá producto del crimen y, por lo tanto, no habrá nada para ser lavado. De la misma forma, conforme se debatió incansablemente en relación al juicio del caso “*Mensalão*”, en los casos de corrupción pasiva, el ocultamiento del bien no se condice necesariamente con el lavado, sino con la fase consumativa del crimen de corrupción, siendo una mera consumación de este.

El lavado de dinero –que no existe aquí, ya que estamos hablando de un bien inmueble– no se caracteriza por el ocultamiento del bien, sino por el encubrimiento de su origen para conferirle apariencia de licitud.

Cuando analizamos los documentos citados por el juez Sérgio Moro para justificar su sentencia, resulta imposible concluir cualquier relación entre las pruebas y la práctica de los crímenes de corrupción activa y lavado de dinero por parte del expresidente Lula.

CONCLUSIÓN

En general, lo que encontramos es una sentencia jurídicamente débil, basada exclusivamente en pruebas circunstanciales. Además, desde el inicio hasta el fin del documento, percibimos a un juez que se comporta más como parte del proceso, en vez de obrar con la imparcialidad que debería tener.

Destina mucho tiempo a justificarse con relación a las diversas críticas recibidas a su actuación a lo largo del proceso, y se preocupa poco en garantizar un juicio justo para las partes involucradas. Por último, el juez todavía señala que la condena no le provoca ninguna satisfacción personal, pero que nadie está por encima de la ley, independientemente del cargo que ocupa, en otro juicio de valor totalmente incompatible con su función en un proceso criminal.

Nuestra legislación procesal penal es de 1940, de origen claramente fascista e incompatible con la Constitución Federal de 1988, basada en principios y garantías fundamentales, y en la necesidad de

protección de los individuos –principalmente de aquellos que responden a acciones penales–, frente a la fuerza del Estado.

Aunque completamente absurdo y abusivo, este triste episodio de nuestra historia, tal vez sea el impulso que nos faltaba para poner finalmente en práctica la tan necesaria y urgente reforma no solo de nuestra legislación penal, sino del sistema judicial como un todo, que todavía sigue el modelo inquisitorial y autoritario del período en que fue promulgado, con jueces que actúan más como acusación que como garantes de la Constitución.

Roberto de Figueiredo Caldas*

EL DEBIDO PROCESO ENTRE LA JUSTICIA Y LA POLÍTICA

ESTE BREVE ARTÍCULO TIENE como objetivo presentar de manera simple y con un lenguaje accesible, algunas razones por las que buena parte de la comunidad jurídica nacional e internacional recibió con preocupación la sentencia penal condenatoria dictada contra el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, en julio de 2017. Enfocaré mi apreciación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, bajo el prisma del debido proceso.

El debido proceso legal (*due process of law*) proviene del sistema jurídico anglosajón y se extendió hacia otros sistemas, como el nuestro, de origen romano germánico. Contemporáneamente se utiliza cada vez más el término simplificado “debido proceso”, sin el adjetivo “legal”, porque la figura pasó a estar asentada no solo en la ley, sino también en las constituciones nacionales y en las convenciones internacionales, especialmente en las de derechos humanos.

El debido proceso es un principio jurídico fundamental reconocido como derecho humano. Se trata de un conjunto de garantías

* Juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), exmiembro de la Comisión de Ética Pública de la presidencia de la república y exconsejero del Consejo de Transparencia Pública y Combate a la Corrupción.

judiciales o administrativas mínimas, de carácter procesal como el derecho a un juez o tribunal “competente, independiente e imparcial” (art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, CADH), a un proceso simple y rápido (arts. 25.1 de la CADH), y a la amplia defensa, entre otras, además de las garantías sustanciales contra la violación de sus derechos fundamentales, “incluso cuando tal violación sea cometida por personas que estén actuando en ejercicio de sus funciones oficiales” (art. 25.1 de la CADH), inclusive judiciales como el contenido de las sentencias, que deben ser razonables y proporcionales.

De tan importante, el debido proceso es uno de los temas más frecuentemente enfrentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Exactamente por esto, a lo largo del tiempo y al constatar los subsecuentes casos contenciosos y hasta algunos pareceres (“*opiniones consultivas*”), la Corte ha ido construyendo un patrimonio respetable de precedentes vinculantes, de trascendencia jurídica para el Continente Americano vinculado al debido proceso.

Cuando se investigan y procesan crímenes, de cualquier tipo, tales postulados mínimos del debido proceso deben ser respetados inflexiblemente siempre. El debido proceso es la parte exacta de la Ciencia Jurídica, en cuanto a lo cual no puede haber ningún invento. Esto para el bien y la protección de toda y cualquier persona ante el Poder Judicial, para bien del Estado de Derecho, de la democracia y de los derechos humanos.

Aunque se consideren, por ejemplo, los crímenes más graves contra derechos humanos o crímenes de lesa humanidad, ni así se puede apartar la aplicación rigurosa del debido proceso.

El crimen de corrupción y afines son también muy graves, aunque universalmente no lleguen a ser clasificados como de lesa humanidad. En varios países del mundo, particularmente en el caso de América Latina y Brasil, existe una grave situación de corrupción de los espacios públicos, sea en los procesos de licitación, compras, construcciones, obras, servicios, ocupación de cargos, acuerdos políticos, financiamiento de campañas electorales, proceso legislativo, fiscalización tributaria, policía, sistema de beneficios de fondos sociales, procesos judiciales, fraudes de todo tipo, que minan la confianza pública en los agentes del Estado y los gobernantes, vacían el erario público y reducen significativamente las inversiones sociales. Vale decir, afecta a la vida de la sociedad de manera directa al poner en riesgo a la población, particularmente aquella en situación de vulnerabilidad, pero dependiente de las inversiones estatales en derechos sociales, como salud, educación, seguridad, transportes públicos, hábitat, alimentación, asistencia.

Es importantísimo investigar y combatir tales crímenes, esto es cuestionable. Sin embargo el Estado, se trate de la policía, del Ministerio Público, la magistratura o las autoridades administrativas, no puede menospreciar la secuencia imperante de las reglas legitimadoras del debido proceso, garantes de la igualdad de todos frente a la ley y de la democracia de las instituciones, que actuarán de forma imparcial, independientemente de las preferencias del servidor público como individuo.

Considerando la importancia del tema, en abril de 2017 realizamos en la sede de la Corte Interamericana, en San José, Costa Rica, una conferencia de especialistas sobre “Ética judicial y lucha contra la corrupción: independencia y responsabilidad judicial y el papel de las organizaciones especializadas”.¹ La perspectiva de la discusión se orientó a los Objetivos de Desarrollo Sustentable, también conocido como Agenda 2030 de las Naciones Unidas, cuyos objetivos centrales son eliminar el hambre, la pobreza y promover el bienestar general, cuyo Objetivo N° 16 es específico en “promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sustentable, proporcionando el acceso a la justicia para todos y construir instituciones responsables y eficaces en todos los niveles”.² Específicamente la meta 16.3³ buscan promover el Estado de Derecho y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos y la 16.5⁴ reducir significativamente la corrupción en todas sus formas.

Para el fortalecimiento de la institucionalidad judicial, se discutió tanto el procesamiento de casos de corrupción frente al Poder Judicial, como de la corrupción, desvío ético y conflicto de interés dentro de la estructura judicial, sea de la policía, de servidores y de jueces. Se trató la importancia de implementar códigos de ética y/o de conducta en el Poder Judicial, inspirado en la redacción del art. 11 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción,⁵ promulgado por Brasil el 31 de

1 La conferencia fue coorganizada por la Corte Interamericana con la Cooperación Alemana y el Grupo de Integridad Judicial del Gabinete de las Naciones Unidas sobre Drogas y Crimen (UNODC) y contó con la participación de jueces y autoridades administrativas nacionales de América, África y Europa y de Agencias Especializadas de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), además de la Comisión Ibero-americana de Ética Judicial.

2 En <<http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/peace-justice/>>.

3 “Promover el Estado de Derecho en los planos nacional e internacional y garantizar la igualdad de acceso a la justicia para todos”.

4 “Reducir significativamente la corrupción y el soborno en todas sus formas”.

5 Convención de la ONU contra la Corrupción. Artículo 11. Medidas relativas al

enero de 2006.⁶ Entre las conclusiones de la Conferencia puede resumirse que:⁷

1. La integridad judicial es precepto para el desarrollo sustentable y el respeto al Estado de Derecho, así como para contribuir a la estabilidad política, la seguridad jurídica de los ciudadanos, del desarrollo privado y del progreso económico global.
2. Se enfatizó “la importancia de la integridad, la transparencia y la responsabilidad dentro del Poder Judicial, así como la independencia e imparcialidad de los jueces, como precondiciones para el acceso a la justicia en igualdad de condiciones que permitan proteger los derechos humanos de forma eficaz”.
3. Se destacó la necesidad de implementar normas y patrones internacionales en materia de integridad judicial y de Estado de Derecho y promover la adopción del Código Íbero-Americano de Ética Judicial y los Principios de Bangalore sobre Conducta Judicial, además de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como guía para las reformas judiciales.
4. Durante el evento se enfatizó mucho que el combate a la corrupción o al desvío ético no puede darse de manera selectiva, o sea, solamente en relación con un grupo político, étnico, religioso, etc., bajo pena de pérdida de la credibilidad y legitimidad. Vale decir, una vez utilizado un patrón de juzgamiento hacia un grupo, este debe servir para todos sin selectividad de ninguna especie. Particularmente los jueces deben respetar las leyes con rigor.

Poder Judicial y al Ministerio Público:

1. Teniendo presente la independencia del poder judicial y su papel decisivo en la lucha contra la corrupción, cada Estado Parte, en conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico y sin menospreciar la independencia del poder judicial, adoptará medidas para reforzar la integridad y evitar toda oportunidad de corrupción entre los miembros del poder judicial. Tales medidas podrán incluir normas que regulen la conducta de los miembros del poder judicial.

2. Podrán formularse y aplicarse en el ministerio público medidas con idéntico fin a las adoptadas en el párrafo 1 del presente Artículo en los Estados Partes en que esta institución no forme parte del poder judicial pero goce de independencia análoga.

6 En <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>.

7 En <http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_16_17.pdf>.

Hecho este panorama, es consecuente concluir que la concreción de los derechos humanos, del Estado de Derecho y de la integridad judicial son los verdaderos antagonistas de la corrupción. La inclinación y la pasión por una causa de un miembro de la magistratura son denotaciones de no deber o no poder actuar en el proceso. Apartarlo por impedimento o sospecha para la mejor respetabilidad y aceptación es un mandamiento lógico.

Porque solo el juez íntegro conseguirá elaborar una decisión judicial con los elementos de equilibrio, sea en el análisis de las pruebas, sea en la conclusión razonable, prudente y estrictamente conectada a aquellas mismas pruebas. En caso contrario es el propio juez, y no solamente su sentencia, lo que será rechazado en la arena pública.

Volviendo al caso que nos convoca acerca de la condena del expresidente Lula, en el año 2017, subsecuentes actos del juez Sérgio Moro, quien pronunció la sentencia, eran contestados públicamente y fueron objetos de cuestionamiento ético disciplinar frente al Consejo Nacional de Justicia, sin que se haya conocido ninguna amonestación contra él. Algunos hechos públicos ya demostraban la animosidad del magistrado en relación al expresidente Lula y a la entonces presidenta Dilma Rousseff, vale decir, los electos nacionalmente en las últimas cuatro elecciones presidenciales por vía de las elecciones directas, expresión de la democracia representativa, del pacto social entonces vigente.

Todos son iguales frente a la ley y es esta igualdad que debe operar para juzgar desde las personas más simples hasta un expresidente. Es una causa especialmente sensible por involucrar a una persona objeto de elección social mayoritaria, es decir, aquella en que la población depositó esperanzas en la conducción de la Nación. Y un individuo políticamente activo, señalado por las encuestas de opinión como el número uno de la preferencia popular para la elección presidencial del próximo año en cualquier escenario de adversarios. Es sabido que una decisión penal condenatoria lo aparta de la carrera electoral, o sea, le impide a la sociedad la posibilidad de elegirlo, razón por la cual necesita ser bien fundamentada.

La Carta de la Organización de los Estados Americanos, fundadora de todo el sistema interamericano de Derechos Humanos, señala en su preámbulo que la democracia participativa “es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región”. Para la Corte Interamericana, “la democracia representativa es determinante en todo el sistema de la Convención”.⁸

8 Caso *Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C N° 184, § 141, y *Caso Yata-*

Los casos que involucran a los más altos mandatarios de una Nación son siempre muy importantes. Son los casos duros (*hard cases*). En procesos así, el buen juez, imparcial, partidario, precavido, cauteloso, debe acertar en el examen de las pruebas, debe aplicar las reglas del juego y seguir la jurisprudencia al pie de la letra. No puede descuidarse ni innovar. En caso contrario, es la excepción y la arbitrariedad lo que impera. Por esto, la condena generó sorpresa, incluso perplejidad, porque no se presentaron pruebas de los supuestos crímenes. Y la condena puede impedir la candidatura del preferido popular.

Por esto, es importante dar valor al buen patrón de comportamiento de la magistratura y considerar las señales anteriores de abuso, inclinación y arbitrariedad, ya que se evitaría tener que descalificar el producto de su trabajo, la decisión posterior, lo que recién se está constatando, como muchos están haciendo, entre ellos varios autores de este libro colectivo.

Por el exiguo espacio de este artículo, analizaré un único y grave acto cometido por el juez que afronta los términos de sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictada en condena internacional contra el propio Estado brasileño en el Caso Escher y otros, de 2009. El juez dictaminador, en la fase de investigación, el 16 de marzo de 2016, en clara violación al debido proceso, divulgó una conversación telefónica entre la entonces presidenta de la república, Dilma Rousseff, y el expresidente Lula. Contra la letra clara de la ley, expuso a personas investigadas y sometidas a juzgamiento público, cuando el tipo de prueba debería continuar siendo confidencial.

En aquél día 16 de marzo de 2016, durante la mañana, el propio juez de la causa había decidido guardar la intervención telefónica, aparentemente porque ella perdería la competencia jurisdiccional respecto del Supremo Tribunal Federal en razón de que el expresidente Lula haya sido nombrado ministro de Estado, pasando a tener prerrogativa de foro. Sobreviene la grabación de la conversación entre la entonces presidenta Dilma y el expresidente Lula a las 13: 32 h. El juez es avisado a las 15: 34 h por oficio de la Policía Federal sobre la grabación referida y a las 16: 21 h decide levantar la confidencialidad del proceso entero, incluyendo la conversación entre los dos, y determina la amplia divulgación a la prensa. Sin plazo, sin escuchar a las partes, a las personas grabadas ni al Ministerio Público.

El caso presente se asemeja en todo a la condena por parte de la Corte Interamericana, donde se examinó el proceso sobre intervención monitoreo y divulgación de las conversaciones telefónicas

ma vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N° 127, § 192.

de Ariel José Escher y otras cuatro personas por parte de la Policía Militar del Estado de Paraná. Más específicamente, el caso se inserta en un contexto de conflicto social relacionado a la reforma agraria en varios estados brasileños, incluyendo Paraná. Las víctimas eran miembros de dos organizaciones sociales, Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais (ADECON) y Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda. (COANA), ligadas a trabajadores sin tierra. Sucedió que unos miembros de la Policía Militar presentaron a una autoridad judicial un pedido de intervención y monitoreo de una línea telefónica, instalada en la sede de COANA, alegando que en tal lugar se estarían realizando prácticas delictivas. Tal pedido fue atendido rápidamente. Las víctimas tuvieron grabadas sus conversaciones privadas y, parte de ellas, editadas de manera tendenciosa, distribuidas y difundidas en diversos medios de comunicación, entre ellos en el programa Jornal Nacional, de la Red Globo de Televisión.

La Corte entendió que el Estado brasileño violó los derechos a la vida privada, a la honra y a la reputación, reconocidos en el artículo 11^o de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1, en perjuicio de las víctimas, por la interpretación, grabación y divulgación de sus conversaciones telefónicas. Y a su vez, que el Estado violó los derechos y las garantías judiciales y la protección judicial reconocidos en los artículos 8.1 y 25 del mismo instrumento, en relación a la acción penal inducida por las víctimas contra el exsecretario de Seguridad del Estado, a la falta de investigación de los responsables por la primera divulgación de las conversaciones, y a la falta de demostración de la decisión administrativa relacionada a la conducta funcional de la jueza que autorizó la intervención telefónica. Resáltese que este caso ocurrió también en el Estado de Paraná, donde la sentencia de la Corte fue ampliamente divulgada, razón por la cual es de amplio dominio de la comunidad jurídica.

La Corte examinó la cuestión y aprobó la legislación brasileña como perfectamente armónica con la Convención, tanto el artículo 5^o,

9 Convención Americana. Artículo 11. Protección de la Honra y la Dignidad:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ofensas ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o tales ofensas.

XII,¹⁰ de la Constitución de la República, como la Ley N° 9.296/96,¹¹ que reglamentó el dispositivo constitucional, ambos vigentes durante los hechos del caso y todavía plenamente vigentes, sin alteraciones.

Así, basado en este precedente vinculante de la Corte Interamericana, que corroboró la convencionalidad de la ley excepcional, con las cautelas de que la ley es restrictiva de las garantías de inviolabilidad de comunicaciones, razón por la cual debe ser aplicada con máximo cuidado, cautela y parsimonia, se observa que fueron perpetradas acumulativamente varias violaciones al debido proceso, sino obsérvese: i) ya no había decisión judicial que autorizase la grabación telefónica, por lo tanto ilícita (art. 1° de la Ley N° 9.296/96); ii) el juez no era competente para grabar y mucho menos divulgar una conversación de la Presidenta de la República, ante su prerrogativa de fuero (art. 1°); iii) es ilícito divulgar grabaciones de voz y sus transcripciones, que son confidenciales en regla (arts. 1° y 10); iv) se divulgaron varias grabaciones de conversaciones de personas diversas, conversaciones personales, sin ninguna utilidad como prueba, que no deberían ser utilizadas en función de proteger la intimidad de estas personas (art. 9°); v) fue grabada y divulgada una conversación del ministro de Estado, también con prerrogativa de foro, para lo cual era evidentemente incompetente (art. 1°); vi) no es lícito divulgar grabaciones masivas, ya que cualquier quiebra de confidencialidad debe ser fundamentada y tener un objetivo autorizado en ley (art. 10).

Es tan grave, sea en la esfera nacional como internacional, que la ruptura de la confidencialidad y la divulgación de los datos obtenidos por monitoreo telefónico de manera impropia es considerado un crimen, según lo prescripto en el art. 10 (Art. 10. Constituye crimen realizar intervención de comunicaciones telefónicas, de informática o telemática, o romper el secreto de la justicia, sin autorización judicial o con objetivos no autorizados en ley. Pena: reclusión, de dos a cua-

10 *Cf.*, XII – resulta inviolable la confidencialidad de la correspondencia y de las comunicaciones telegráficas, de datos y de las comunicaciones telefónicas, salvo, en el último caso, por orden judicial, en las hipótesis y en la forma que la ley estableció para fines de investigación criminal o instrucción procesal penal.

11 Ley N° 9.296/96.

Art. 8° La intervención de comunicación telefónica, de cualquier naturaleza, ocurrirá en autos apartados, anexados los autos de la investigación policial o el proceso criminal, preservándose la confidencialidad de las averiguaciones, grabaciones y transcripciones respectivas.

Art. 10. Constituye crimen realizar intervención de comunicaciones telefónicas, de informática o telemática, o romper el secreto de la Justicia, sin autorización judicial o con objetivos no autorizados en ley. Pena: reclusión, de dos a cuatro años, y multa.

tro años, y multa). Por lo tanto, el juez, incluso en el ejercicio de la función, aunque haya prestado buenos servicios al Estado, tiene que comportarse invariablemente dentro de los límites estrictos del debido proceso, garante de la persona humana y de la democracia, razón por la que, con una acción de ese calibre, no debería haber proseguido al frente del proceso penal. Fueron varias las etapas siguientes que mostraron una misma línea de conducta, poco prudente, muy política, al demostrar que el juez no pasó el *test* de la imparcialidad en el caso concreto, en una evidente, provocadora y desproporcional violación al debido proceso, garante de la democracia y de los derechos humanos.

Concluyo con las palabras que utilicé en la apertura de la antes referida Conferencia sobre ética judicial y corrupción, realizada en la Corte Interamericana en abril de este año:

Permítanme concluir señalando la necesidad de fortalecer los principios existentes en el actual ordenamiento jurídico, así como desarrollar nuevas estructuras jurídicas para promover una adecuada ética judicial y materializar, en la práctica, el combate eficaz a la corrupción. El uso selectivo y claramente político del Poder Judicial como un mecanismo de persecución de determinados grupos políticos no es un instrumento legítimo de combate a la corrupción, sino un acto corrupto en sí mismo (De Figueiredo Caldas, 2017).

Roberto Tardelli*

INADECUADA ES LA CONDUCTA DEL JUEZ

SENTARME AL LADO DE COLEGAS tan ilustres me trajo una preocupación, no la de superarlos o de igualarme a ellos, algo imposible, sino la de no decepcionarlos profundamente. No me siento un procesalista que pueda hombrearse con quien porta distinciones académicas. Mi escuela fue la vida y mi tiza fue la piedra recogida. Durante treinta años, treinta y un poco más, pude convivir dentro de una Institución –el Ministerio Público de San Pablo– que fue perdiendo, a lo largo de las décadas, una identidad que, por lo demás, nunca consiguió construir.

En los años ochenta, cuando salíamos del régimen militar, estábamos hartos de dictaduras, controles, censuras, miedos. Nunca dejaré de recordar, siendo chico o joven todavía, a padres de amigos que, después de pasar un tiempo presos (algo que las familias nos ocultaban, avergonzadas), volvían a la casa, algunos con las secuelas por el trato inhumano recibido. Tengo en la memoria a uno de ellos, que preservaré por razones obvias: lo veía taciturno, sentado en una silla en la sala de su casa, cuando jugábamos a la pelota en la calle.

Cuando estábamos anónimos en la histórica elección de las *dirretas já*, aquí en el descontrol de Anhangabaú, un océano de gente se

* Abogado

emocionaba frente a la estrada que sostenía a un frente improbable de políticos. En aquel día, en que Sócrates marcó el mayor gol de su vida, sentíamos que cada uno era un poco un albañil que colocaba el ladrillo de la democracia, con su correntada rugiendo. Rugió tanto y tan fuerte, gritó de dolor y desaliento, gritó clamando por madres, esposas, padres, maridos, hijos, gritó desde lo más oscuro de la dictadura, que solo iluminamos muy recientemente, en las Comisiones de la Verdad.

Llorábamos emocionados de ver que, sí, era posible que un pueblo se indigne y que escriba su Historia, que parecía comenzar allí.

En aquellos días, Brasil permanecía en Brasil. Brasil –decía el samba de João Bosco e Aldyr Blanc– estaba matando a Brasil, algo que conseguiría hacer efectivamente en un futuro próximo. Cosas casi incomprensibles nos llegaban desde el exterior, que significaban civilidad y progreso, ciudadanía y humanismo y nos traían experiencias democráticas que nos encantaban.

De todas, una de ellas, proveniente del Derecho nórdico, nos atraía mucho: el ombudsman. El defensor del pueblo. Aquel que, pagado por el Estado, luchaba contra él, contra el Leviatán. Era quien ponía los frenos en favor del pueblo, de la sociedad y de sus intereses indispensables. Había ya un sentido mundial en la protección del medio ambiente, en la protección de derechos de una titularidad que nos confundía (y que todavía nos confunde); los indios del cine perdían el rasgo facineroso y ganaban un aura ecológica que jamás tuvieron. Los lados cambiaban rápidamente y, para coronar aquella década económicamente perdida y políticamente esplendorosa, la Constitución de 1988 elegía su Defensor del Pueblo, traído en los brazos del legislador constituyente originario: el Ministerio Público, creándose en Brasil una nueva frontera de protección de derechos, a partir del más sublime y elocuente de ellos, destinado a ser pilar de la república construida, la dignidad de la persona humana, ni tan paradójicamente así, la más vilipendiada, incluso porque afronta nuestra formación histórica, que jamás la reconoció como bien de vida, que quede claro.

En la misma ola de euforia, se diseñó un Poder Judicial hiperbólico, traído a la luz junto con un rebautizado MP Ciudadano, que no toleraría más al viejo y arcaico acusador público, anunciando el nacimiento del acusador de justicia, a quien le cabría luchar incesantemente por asegurarse en los procesos criminales el principio contradictorio, la amplia defensa, el debido proceso legal y que todos tuvieran asegurada su dignidad personal. Este Ministerio Público, vuelto a la preservación de los valores constitucionales, deduciría su pretensión punitiva a un juez imparcial, guardián del proceso democrático y gran garante del Estado Democrático de Derecho.

Nuestro Supremo Tribunal Federal adquirió particularidades que lo tornaron único en el planeta, así como el Ministerio Público. Se creyó, en aquel momento, que las transformaciones necesarias ocurrirían dentro del propio Estado, como si la Ballena pudiera ella misma reinventarse, hacerse más igualitaria, a partir de la actuación de estos órganos absolutamente reciclados y rehechos y recodificados.

Parecería que finalmente la Constitución Federal habría resuelto certeramente los problemas de nuestro atraso jurídico institucional. Costó, pero habíamos conseguido finalmente una especie de piedra filosofal jurídica. A fin de que se alcanzase una meta tan republicana y audaz, desde el punto de organización institucional, les fueron entregadas garantías tales que los convirtieron en objetivos inalcanzables frente al coro de los disconformes.

Por otro lado, temiéndose, como diría nuestro inefable Ronald Golias, que la sociedad no se comportase, se dio a una casta de individuos, que por el cargo ocupado en la escala social y por los brillos de los zapatos, por la potencia del motor del auto, por el número de ambientes de su casa, no podría pasar por la coerción de verse juzgados en primera instancia, en foros muy insalubres y próximos a la miseria social que ayudan a fomentar, sino por tribunales superiores. El Supremo Tribunal Federal, en esta lógica capitalista e higienista, fue considerado hasta de competencia originaria, además, claro está, de cumplir la misión histórica que se espera de él, la de ser la última palabra de un juicio.

Todo parecía trazado, el plan de enfrentamiento de una sociedad secularmente injusta era conducido a la población y, convengamos, era perfecto. Teníamos graves injusticias por resolver, pero teníamos instituciones independientes y autónomas para garantizar los derechos que la Constitución dictaba a un sistema de justicia garantista y acogedor. Nunca más se torturaría a nadie y los acusados en un proceso penal tendrían asegurados sus derechos mínimos de humanidad, con derecho a la amplia defensa, presunción de inocencia, etcétera.

Hubo, sin embargo, una ingenuidad, que no tardó en reclamar su precio.

No le ocurrió al legislador constituyente originario mezclarse con los rusos, como diría Garrincha, nuestro genio de las piernas grandes, en la medida en que la mayoría de los agentes políticos a quien cabía el desempeño de la actuación en conformidad constitucional era contra las garantías procesales a los criminales comunes. Así entendían perfectamente visibles a los criminales políticos, pero para los criminales comunes nunca hubo la misma lectura. En relación con la baja criminalidad, aquella que asola las periferias de los núcleos urbanos, lo que hubo fue un posicionamiento cada vez más acrítico de esta

masa de jueces y de acusadores/procuradores a una fantasiosa y química *Guerra Contra el Crimen*, que justifica todas las atrocidades en nombre de un bien común que no puede definirse.

Al mismo tiempo, algunos virus y bacterias ideológicas comenzaron a inocularse, al principio imperceptiblemente y, con el pasar de los días, pasó a transformar rostros y deformar bocas, trayendo a la realidad algunos monstruos que desconocíamos, que se fueron creando, adquiriendo fuerzas, piernas y, lo más grave de todo, adquiriendo una autonomía que no conseguimos detener o controlar.

Meninos, eu vi. De repente, las personas que no eran conocidas, salvo en las pequeñas ciudades del interior, donde se jactaban de más temidas que respetadas, pasaron a ser invitadas a integrar programas de radio, debates de TV, tuvieron sus fotos impresas en las primeras páginas de los periódicos, pasaron a dar entrevistas en los noticieros televisivos locales, recibieron invitaciones VIP a fiestas, fueron convocados a debatir en las facultades, hasta que, en algún momento de su vida, apareció la sensación cada vez más creciente y dominante de que poseían en relación a todos los demás una superioridad moral, que le daría derechos de imponer su escala de valores, su mundo interior, haciendo que él, inculto y raso, se permitiera el más nefasto de los consejeros, la autorreferencia: el mundo pasa a existir a partir de su ombligo.

La sentencia dictada por el juez de la Sala de Curitiba, hoy indudablemente el ícono más representativo de esta nueva *new age* narcisista, es propia de quien se convenció acerca de su trascendencia humana y se coloca como si fuera un profeta y anunciara no una sentencia judicial, sujeta a todas las revisiones, sino una orden incontrastable, de este oráculo laico en que se convirtió, muy probablemente con absoluta sinceridad.

Su Excelencia desprende notable energía en exhibirse, en páginas y páginas, para sus *fans* y seguidores fieles, a quienes les solicitará, con humildad impostada y falsa, propia de los arrogantes, para que no lo fuesen a homenajear en uno de los días de audiencia de Lula. Él se sentía homenajeadado, era homenajeadado, siempre homenajeadado.

Sin embargo, Lula, el acusado, por su peculiar carisma, que encantó a Jefes de Estado del exterior; roba la escena y reclama el papel de protagonista del espectáculo. Ver al acusado ser mayor que el Juez Ególatra lo enfurece.

Todo lo hace para ser iluminado con las luces de la escena; todo lo que hace, lo hace para mostrar a sus seguidores y al mundo del que se siente creador, que él es el profeta de la depuración final y que en su visión desde hace mucho se convenciera, de forma irrevocable, a pesar del trabajo francamente apreciado de los procuradores de la

república, que sería él el iluminado en el desangre mediático de Lula. El espectáculo que Sérgio Moro armó para sí mismo.

El proceso nunca pasó de un soliloquio y una farsa, estaba listo para el ajusticiamiento final de un líder popular, centro neurálgico de un proceso de construcción de odio jamás visto en la historia de Brasil.

Moro, sin embargo, fuera del *script* que manejaba, encontró una defensa apta para cumplir su misión constitucional. Todo se enturbia y lo que sería dialéctico se transforma en un duelo, evidentemente desigual y para el juez-profeta-justiciero se torna fundamental lanzar a las llamas no solo al acusado ilustre que procesaba, sino también a los abogados que lo defendían.

Sus *justificaciones*, si fueran leídas por alguien ajeno al nicho jurídico, sonarían como una carta de un nene enojado y bravo, enfrentado con sus padres y sus tíos porque otro primito, en la cena de navidad o del día de su cumpleaños, cantó mejor que él.

Si un elogio en boca propia es un vituperio, como dice el dicho, la sentencia es una muestra rica de lo que puede ocurrir cuando el juez asume el caso como una misión propia y a sí mismo como algo más importante que aquello que juzga. Le nace la necesidad de exhibirse, como un actor principiante en una película norteamericana de clase b.

Destacándose de los demás, precisa sobresalir entre sus pares y representar a los brasileños que sangran sus derrotas, que él es la luz, la verdad y la vida. Por esto, su misión sagrada es condenar, no solamente procesar, antes que correr el riesgo indeseado de absolver, sino condenar a quien entiende que es responsable de *todo-eso*, sea lo que fuera.

En la lectura de la sentencia, antes de alcanzar el momento en que pasa a *condenar* al expresidente, resulta nítido que jamás imaginó el juez otra solución que no fuera la condena, exhibiendo dientes y pelos y ojos y boca a la multitud a la que se dirige, diciendo que ni siquiera se debilitó con la conducta *inadecuada* (expresión suya) de la defensa.

¿Qué es una conducta inadecuada, si nadie desconoce que el abogado es libre en sus manifestaciones, instrumento fundamental para que ejercite la amplia defensa de su constituyente?

Inadecuada es la conducta que no resguarda los derechos de quien no puede manifestarse, hablar decir, protestar. *Inadecuada* es la conducta de quien debería preservar la privacidad de las partes involucradas en el proceso. *Inadecuada* es la conducta de quien revela conscientemente conversaciones inocuas al mérito, con la única intención de agravar socialmente la situación del acusado.

Un abogado solamente tiene una conducta *inadecuada* cuando no consigue garantizar a su cliente el alcance máximo de su defensa, lo que no ocurrió en toda la instrucción, donde se extrae que la inadecuación de la conducta fue impedir que él, Sérgio Moro, pudiera relucir los brillos de su armadura, pudiera descarnar a Lula públicamente; no admite que digan que él está desnudo. Quien lo dice, quien lo demuestra, ciertamente tendrá una conducta *inadecuada*.

Inadecuada fue, por lo tanto, la conducta del magistrado , que solo admite coadyuvantes, como sus pequeños procuradores de la república, también embravecidos con la notoriedad que jamás proyectaron tener. Viven cruzadas personales, tan pasionales como insanas, lo que resultó en una acusación cuyo infantilismo es tan grave como evidente.

En aquel día, en Anhangabaú, Sérgio Moro debería ser un poco más que un niño y no sabía que soñábamos un país completamente distinto al que él soñaría vivir.

En aquel día, en que Ulysses Guimarães blandió para la Nación brasileña, en el Congreso Nacional, la Constitución Ciudadana, Sérgio Moro ni imaginaba que sería ovacionado por la elite primaria y primitiva del país por rasgarla, para el delirio de sus *fans*.

Rômulo de Andrade Moreira*

BREVÍSIMO ANÁLISIS DE UNA DECISIÓN JUDICIAL A LA LUZ DEL PRINCIPIO “*IN DUBIO PRO REO*”

LEYENDO LA EXTENSA DECISIÓN proferida por el juez Federal Sérgio Fernando Moro, titular de la 13ª Sala Federal de Curitiba, aquella misma omnipotente, omnisapiente y, sobre todo, omnipresente –por lo tanto, ¡presidida por un Dios!– algunos pasajes se revelan de una impropiedad técnica desde el punto de vista procesal penal casi increíble.

El magistrado , simplemente, ignoró las declaraciones prestadas por los testigos llevados por los acusados y, en sentido contrario, sobrevaloró las declaraciones de los testigos llevados por el Ministerio Público, inclusive delatores ya condenados.

En relación a los delatores, el propio Juez así lo dice cuando escribió, en la p. 152, “no haber duda ninguna de que las declaraciones de [...] son cuestionables, pues son ellos criminales confesos que resolvieron colaborar a fin de conseguir beneficios de reducción de pena”.

¡Ah, bien!, ¿y desde cuándo una declaración prestada por un delator (encerrado en una celda) sirve como prueba para una condena? El propio Supremo Tribunal Federal entiende que no sirve.

* Procurador de Justicia del Ministerio Público del estado de Bahía y profesor de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Salvador (UNIFACS).

En verdad, admitiéndose la validez jurídica de una delación premiada –cuestión que no cabe enfrentar ahora– puede clasificársela jurídicamente como un medio de obtención de prueba, tal como sucede con el registro e incautación o la intervención telefónica, por ejemplo.

Pero no es lo único.

En la sentencia se ignoró, por otra parte, que un famoso revendedor de dólares (el primero de los delatores en el proceso del *Lava Jato*), “declaró no tener conocimiento de solicitud o pago de ventaja indebida al expresidente de la república” (p. 179).

En otros fragmentos de la decisión, en la p. 145, por ejemplo, el juez admite expresamente que hay “diversas contradicciones entre las declaraciones, entre las de los acusados, entre las de los testigos y entre las de los acusados con las de los testigos”. Según él, “parte de las divergencias se puede explicar por un conocimiento imperfecto de los hechos” (*sic*).

Todavía en la misma página, se admite también que “algunos testimonios de ejecutivos y empleados de OAS Emprendimientos en estos autos parecen haber sido afectados por algún recelo de autoincriminación”. Y, más: “Aunque las contradicciones puedan ser parcialmente explicadas, existen”.

En la página subsiguiente, se lee la siguiente gema:

“Hay otras declaraciones que no son conclusivas en un sentido o en otro, en tanto que el declarante tendría solamente un conocimiento limitado de los hechos o afirmó que no conocería detalles de ellos”. También en esta página se afirma que la “prueba oral no es unívoca”.

Ahora bien, si así sucede, como lo afirma expresamente, todo conduciría a una sentencia absolutoria, por lo menos en relación al expresidente de la república, por fuerza del art. 386, VII del Código de Proceso Penal, ya que, como se aprende a lo largo de los primeros dos años de la facultad de Derecho, en la sentencia final el juez debe observar el principio del *in dubio pro reo*, y no el inexistente *in dubio pro societate*, como parece haber sido el caso.

A propósito, importante traer al baile la lección siempre precisa de Aury Lopes Jr. (2014: 1.348 y 1.351):

Contribuye a la posición tradicional, con raras excepciones, el célebre *“in dubio pro societate”*, con la exigencia equivocada de que el acusado debe hacer una prueba integral del hecho modificativo sin que la revisión sea acogida cuando el problema no supere el campo de la duda. Este problema suele aparecer cuando el fundamento de la revisión se sitúa en la dimensión probatoria (“evidencia de los autos”, “nuevas pruebas de inocencia”, “declaraciones, exámenes o documentos comprobadamente falsos”, etc.). En estos casos, cabe preguntar: a) ¿Dónde está la previsión constitucional del tal *“in du-*

bio pro societate”? [...] El sistema probatorio fundado a partir de la presunción constitucional de inocencia no admite ninguna excepción procedimental, inversión de la carga probatoria o construcciones inquisitoriales frágiles al estilo *in dubio pro societate*. Por lo tanto, aunque tradicionalmente solo la sentencia condenatoria frontalmente contraria a la evidencia de los autos sea pasible de ser revisada, pensamos que el proceso penal democrático y conforme a la Constitución no admite más tal reduccionismo. [...] Entendemos que si la prueba nueva fuera apta para generar una duda razonable, a la luz del *in dubio pro reo* (que sigue vigente), la aceptación de la revisión es imperativa. No le incumbe al acusado, en ningún momento y en ninguna fase, tener que probar cabalmente su inocencia, sino que la duda razonable siempre lo beneficia, por la imprescindible etimología del proceso penal.

De esta manera, afirmar la culpa de un acusado en estos términos representa una valoración meramente especulativa, ya que se está presumiendo –a partir de la escasez de una prueba cabal y conclusiva– la autoría del crimen. Y, como se sabe, el juicio de la condena debe echar raíces en el campo de la certeza, ya que cualquier duda capaz de comprometer la estabilidad y seguridad de un pronunciamiento condenatorio ha de resultar, invariablemente, en la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Como afirma Renato Brasileiro (2014: 51),

El *in dubio pro reo* es, por lo tanto, una simple regla de apreciación de las pruebas. En verdad, debe ser utilizado en el momento de la valoración de las pruebas: en la duda, la decisión tiene que favorecer al imputado, ya que el imputado no tiene la obligación de probar que no cometió el delito. Antes, cabe a la parte acusadora (Ministerio Público o querellante) retirar la presunción de no culpabilidad que recae sobre el imputado, probando más allá de una duda razonable que el acusado cometió la conducta delictiva cuya práctica le es atribuida.

Veamos otro ejemplo: en la p. 151, se afirma que “no fueron, por otro lado, localizados ningún documento ni hay declaraciones en el sentido de que habría habido alguna discusión con (el expresidente) o con (su esposa) por OAS Emprendimientos acerca de la necesidad de pago por parte de ellos del costo de la reforma habida, de R\$ 1.104.702,00”. ¡Más dudas, entonces!

Luego, como escribió Jescheck (1993: 127), “habiendo dudas sobre la ocurrencia de un hecho jurídicamente relevante, la resolución debe atenderse siempre a la posibilidad más favorable al acusado, expresa en *in dubio pro reo*”.

Véase que el Tribunal Federal de la 2ª Región ya decidió

[...] desestimar la presunción relativa en favor de la acusación. La garantía constitucional del *in dubio pro reo* implica que todos los elementos del delito deben ser probados por la acusación, ya que la duda sobre su ocurrencia llevará a la absolución del acusado. La sentencia condenatoria exige la certeza en cuanto a la ocurrencia del crimen y a la participación del agente en el hecho delictivo, bajo pena de afronta al principio constitucional de *in dubio pro reo* (Proceso N° 2003.51.01.542040-0 - Relatora: Jueza L. Roriz).

Este acuerdo sí obedece a la Constitución Federal, al contrario de la sentencia que se está analizando, ya que

[...] estando el juez frente a la prueba para condenar, pero no siendo esta suficiente, quedando duda, surgen dos caminos: condenar al acusado, corriendo el riesgo de cometerse una injusticia, o absolviéndolo, corriendo el riesgo de colocar en las calles, en convivencia plena con la sociedad, a un culpable. La mejor solución será, indiscutiblemente, absolver al acusado, incluso corriendo el riesgo de colocar a un culpable en las calles, ya que es preferible un culpable en las calles que un inocente tras las rejas (Rangel, 2003: 35).

El mismo Tribunal Regional Federal, en otro juzgado, dejó aseverado:

De las declaraciones de los testigos traídos por el acusado, todos idóneos, se extraen relatos que coinciden con su tesis, contribuyendo para que se presuma su inocencia definitiva. De esta forma, frente a la incerteza en cuanto a la autoría del crimen, por respeto al principio de *in dubio pro reo*, a las normas penales y a los dispositivos constitucionales, debe ser mantenida la absolución del apelado. Apelación concedida (ACR -3.699/RJ, Proceso N° 200251015064767, 4ª Sesión. Rel. Juez Federal R. Carvalho, DJU: 19/04/2004, p. 274).

Definitivamente, el juez Sérgio Moro, que en el caso *Banestado* ya había demostrado sus inclinaciones de acusador y su incapacidad para presidir un proceso complejo y de atracción mediática, en este caso del *Lava Jato* comete errores a montones, cada vez más groseros y recurrentes.

Ya fueron varios, comenzando por el juez competente para procesar y juzgar a todo y cualquier caso penal relativo a la corrupción que involucre a PETROBRAS, independientemente de la ubicación en que el supuesto crimen se hubo consumado, afrontando las normas impuestas por el Código de Proceso Penal (el art. 70 antes referido). Él sostiene una conexión procesal entre innumerables crímenes y decenas de acusados, un fenómeno jurídico no siempre existente, usurpando la competencia de otros jueces federales.

Otro absurdo que comete este magistrado es el abuso en los decretos de prisiones preventivas y temporales, con fundamentaciones muchas veces genéricas, cuando sabemos que las prisiones provisorias –anteriores a una sentencia condenatoria definitiva– deben ser decretadas excepcionalmente. El juez Sérgio Moro, por el contrario, transformó en norma lo que debería ser una excepción, lo que es un retroceso en relación a la Constitución Federal. Y lo más grave: tales prisiones, revestidas de una supuesta legalidad, son decretadas, en verdad, en la mayoría de las veces, con una finalidad: ejercer coerción sobre el preso, todavía sin culpa certificada por una sentencia condenatoria, a delatar. Esto es un hecho y es gravísimo. Se deja al investigado o al acusado preso durante meses, encerrado en una celda minúscula, prácticamente incomunicado, sin que se demuestre legalmente la necesidad de la prisión, presionándolo a firmar un “acuerdo” de delación. Ahora bien, ¿quién no se sometería? ¿Y quién no diría lo que los inquisidores quieren? Esto resulta muy complicado.

La Ley N° 12.850/13, que aborda la delación premiada, exige expresamente la voluntariedad del delator. ¿Será verdad que estas delaciones que se están dando en Curitiba son voluntarias en el sentido propio de la palabra? Si no lo son, ¿hasta qué punto pueden ser creíbles? Vean los beneficios que estos delatores están teniendo en relación a sus penas. Sin hablar de otros que ni siquiera están previstos por la ley, o contrarios a la ley, incluso.

¡El juez Sérgio Moro se deslumbró! Muy difícil para un joven no sucumbir a tantos reflectores y a la asedio de los grandes medios y de parte de la población, especialmente de la clase media, de la que él forma parte. Pero esto no lo absuelve y la Historia no lo perdonará, al contrario de lo que muchos creen. En suma, resultó difícil impedirle cometer tales abusos. Todo lo que hace, todas sus decisiones tienen una presunción de legalidad y de justeza, lo que obviamente es un equívoco. ¡Cómo frenar a un “salvador de la patria”, al redentor! Y es obvio que de esta manera la tendencia es que las decisiones del juez Sérgio Moro sean confirmadas por los demás órganos del Poder Judicial que, muchas veces, no osan ser contramayoritarios, como tendrían que ser en una república y en un Estado Democrático de Derecho. El magistrado, al contrario de lo que ya se dijo, no tiene que decidir conforme a “la voz de las calles” o atender el clamor popular. El magistrado tiene que tener compromiso, exclusivamente, con la Constitución Federal, lo que en verdad lo legitima, puesto que el magistrado no tiene legitimidad popular. Los jueces brasileños tienen que tener esta conciencia: como ellos no son votados, su legitimidad proviene de la funda-

mentación de sus decisiones y tal fundamentación, a su vez, proviene de la observancia de las leyes y de las normas y de los principios constitucionales. Pasar en concurso público, marcando una “x” y explayándose sobre la doctrina del jurista “A” o “B” o sobre el razonamiento del Superior Tribunal de Justicia y del Supremo Tribunal Federal sobre tal o cual materia, no le da ninguna, absolutamente ninguna, legitimidad a las decisiones del Juez Sérgio Moro; todas las demás instancias del Poder Judicial brasileño, inclusive el Supremo Tribunal Federal, cometen abusos. Y, repito: ¡la Historia no los perdonará!

Claro está que la práctica de un delito exige el castigo por el Estado (hasta que se encuentre algo más humano para hacer con quien lo hizo y se pretenda entender por qué lo hizo), pero no se puede castigar a cualquier costo. Hay normas a ser observadas. Normas y principios constitucionales. Y en Brasil, hoy, esto no ocurre. Y la Operación *Lava Jato* es un ejemplo muy claro de esto. Vivimos un verdadero período de excepción. Hoy no hay Estado Democrático de Derecho. ¡Esa es la verdad! Se conduce coercitivamente a quien no se debe. Se invade el domicilio de quien no puede ser invadido. Se determinan intervenciones telefónicas de quien no puede ser intervenido. Se encarcela a quien posee inmunidad constitucional. Aquí se hace lo que el Poder Judicial quiere o lo que el Ministerio Público pide. ¡Dáñese a la Constitución Federal! Estamos viviendo días verdaderamente sombríos. Nuestra única esperanza, que era el Supremo Tribunal Federal, se transformó en desesperanza. ¿Apelar a quién más? Esto sin hablar de la ola conservadora que azota al País.

Por último, recuerdo la Operación Manos Limpias, en Italia. Allá, como acá, se pretendió acabar con la corrupción y, tal como en Italia (uno de los países más corruptos del mundo, que lo diga Berlusconi, filón de la Operación Manos Limpias), la Operación *Lava Jato* no va a acabar con la corrupción, muy por el contrario. Si ella va a acabar con alguna cosa es con algunas de las mayores empresas brasileñas (y, consecuentemente, con el empleo de nuestros trabajadores –lo que va a permitir que las empresas extranjeras vuelvan a Brasil con sus empleados o pagando una miseria a nuestra mano de obra) y con los derechos y garantías individuales conquistados arduamente con la redemocratización. Hay otra semejanza: se pretende acabar también con un partido político, como ocurrió con Italia (Partido Socialista Italiano). La corrupción, al contrario de lo que muchos piensan, no es un problema del Sistema Jurídico, sino del Sistema Político y del Sistema Económico, por lo que resultan fundamentales las reformas políticas y económicas. El neoliberalismo es perverso y nuestro modelo político favorece la corrupción.

BIBLIOGRAFÍA

- Brasileiro, R. 2014 *Manual de Proceso Penal* (Salvador: Editora Juspodivm) 2ª edición.
- Jescheck, H. H. 1993 *Tratado de Derecho Penal. Parte General* (Granada: Comares) 4ª edición.
- Lopes Jr., A. 2014 *Direito Processo Penal* (San Pablo: Saraiva) 11ª edición.
- Rangel, P. 2003 *Direito Procesal Penal* (Río de Janeiro: Lumen Juris) 7ª edición.

Rômulo Luis Veloso de Carvalho*

NADA QUEDÓ DEL DEBIDO PROCESO LEGAL

¡LA SENTENCIA ES NULA!

ALGUNOS DESAFÍOS QUE PRESENTA la vida se sitúan en un nivel de importancia superior a los demás. Analizar en pocas páginas algunos pasajes de la sentencia condenatoria dictada por el juez de la 13ª Sala Federal de Curitiba en perjuicio del expresidente Lula ciertamente es uno de ellos.

La sentencia que data el 12 de julio de 2017 es histórica y sobre esto no hay nadie que dude. La condena de quien es seguramente uno de los mayores líderes populares del planeta, por corrupción y lavado de dinero, impacta e inquieta el ambiente político nacional, irradiando sus efectos mucho más allá de la vida particular del sentenciado.

Los actos procesales cometidos por el juez de este proceso, en diversas ocasiones, observaron una sincronía perfecta con la discusión de temas sensibles en el escenario político nacional, interfiriendo siempre en perjuicio del grupo político que representa el expresidente.

* Defensor Público del estado de Minas Gerais. Maestrando en Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais. Miembro de la Cámara de Estudios de Derecho Criminal y Procesal Penal de la Defensoría Pública del estado de Minas Gerais. Posgraduado en el curso de especialización en Derecho *Lato Sensu* de la Escuela de la Magistratura del estado de Río de Janeiro. Graduado en Derecho por la Universidad Federal del estado de Río de Janeiro (UNIRIO).

te. Sucedió así durante el debate del proceso de *impeachment* y en el nombramiento del expresidente para ocupar un ministerio.

En el momento de la sentencia, se siguió el mismo camino. Para ilustrar cabe señalar que la sentencia ocurre apenas horas después de una profunda reforma laboral, en el día de inicio de la discusión sobre la autorización por la cámara de la investigación del presidente Michel Temer por corrupción pasiva y en un escenario de crecimiento del liderazgo popular del expresidente en las encuestas electorales para las elecciones de 2018.

O sea, dejando de lado una perspectiva ingenua de los acontecimientos, es forzoso reconocer que en el contexto del proceso está relacionado el derecho penal, la política y los medios.

Permanece extremadamente fértil el campo de debate acerca de la postura exigible a los órganos de control y del Poder Judicial en medio de un juzgamiento penal que monopolice los reflectores de los grandes medios de comunicación. De cualquier forma, el proceso todavía en curso ciertamente entrará en el rol de casos obligatorios en un estudio preciso sobre cómo no proceder en juzgamientos penales mediáticos en que se acuerden seguir los dictámenes constitucionales.

El gran desafío de equilibrar la libertad de prensa con el derecho a un juicio justo siempre fue un tema sensible y, en el presente caso, lo que se verificó fue el completo vaciamiento de cualquier posibilidad de llegar al final de la instrucción con la obediencia a los dictámenes del debido proceso legal.

Es preciso desmitificar definitivamente el concepto de prensa como mediadora desinteresada. Sin demonizar su importancia, es necesario percibir que sus objetivos y acciones se insertan dentro de una lógica empresarial, permeada por la subjetividad de los profesionales involucrados.

En julio de 2017, momento de la sentencia, no existía más la presunción de inocencia. Fue absolutamente destrozada por los canales de comunicación y por las arbitrariedades cometidas en el curso de la instrucción. No hubo ni siquiera una imparcialidad mínima por parte del juez, que durante toda la instrucción vivió confrontando directamente con los defensores de los acusados.

Vale recordar que las tapas de las revistas ilustraron durante el proceso la figura del expresidente en oposición a la del juez –siempre retratado como combatiente severo del crimen y la impunidad. Poco tiempo antes de la sentencia, unas publicaciones intentaron ahondar incluso el nivel de la condena, llegándose a publicar que el expresidente sería condenado a veintidós años de pena.¹

1 En <<http://www.valor.com.br/politica/5015638/moro-vai-condenar-lula-22-anos-de-prisao-diz-revista>>. Acceso 20 de julio de 2017.

En fin, a pesar de tratarse de un proceso con acciones extremadamente controvertidas, como ni siquiera algunos pasajes de la sentencia lo dejaron de negar (ítems 72, 77, 127, 130, 131, etc.), jamás se trató con seriedad la posibilidad de absolución del acusado, lo que es un hecho suficiente para echar sombra al juicio.

En el histórico caso americano *Shepherd vs. Florida* ya había un alerta amoldable al presente caso, en la ocasión en que unos afrodescendientes acusados de violar a una joven de diecisiete años fueron condenados en las dos primeras instancias y el caso luego fue anulado por la Corte Suprema. El fundamento de la anulación involucró fundamento de discriminación racial, pero lo más interesante de este juicio sobre el tema es la incomodidad de Justice Jackson (1951), para quien “el juicio fue solamente una formalidad para registrar el veredicto dictado por la prensa y la opinión pública”.²

Se trata de eso. Desde el inicio de la instrucción, incluso aquellos que nada habían leído sobre el caso jamás tuvieron duda alguna de que la sentencia dictada por el juez sería condenatoria.

No queda nada de imparcialidad en un magistrado que determina la conducción coercitiva de un investigado sin previa intimación a cumplir y termine arañando así la presunción de inocencia que debería regir plenamente a favor del acusado durante el proceso.

No queda nada de imparcialidad en un magistrado que levanta la confidencialidad de intervenciones telefónicas que incluían la participación de la Jefa de Estado en ejercicio con el justificativo enviado a la opinión pública en medio de un proceso público de *impeachment*.

No queda nada de imparcialidad en un magistrado que durante la instrucción se porta como adversario de la defensa, censurando sus opiniones y requerimientos.

Este es el contexto en que se inserta la sentencia analizada.

La honestidad argumentativa impone que se haga desde ya un recorte en el tema examinado *a posteriori*. No es posible profundizar en las cuestiones probatorias sin el conocimiento que es propio y al alcance exclusivo del juez y de las partes y del proceso. Aun así, el derecho aplicable al caso concreto, especialmente el que atañe al procedimiento y a la forma de sentenciar, ciertamente pueden y deben ser examinados.

Dejando de lado la sobriedad en la construcción argumentativa que debería marcar la sentencia, su texto está lleno de adjetivaciones peyorativas siempre dirigidas a los defensores.

² Pasaje del voto proferido por Justice Jackson en *Shepherd vs. Florida* -341 U.S. 50 - 1951.

En el ítem 57, el juez, al referirse al ejercicio del derecho de la defensa de provocar a los tribunales para manifestar sobre la parcialidad eventual del juez califica las acciones en este sentido como lamentables. Punto siguiente y sin explicaciones creíbles, el juez afirma que durante la instrucción procesal se adoptaron medidas cuestionables como estrategia de defensa.

Después de gastar páginas intentando justificar decisiones anteriores, como la conducción coercitiva y el levantamiento de la confidencialidad de las intervenciones telefónicas, en el ítem 143 el juez volvió a señalar el comportamiento del defensor del expresidente como inadecuado, enalteciendo el episodio de parsimonia del abogado que representó a PETROBRAS en la asistencia de acusación al atacar al defensor del acusado, marcando en negrita las cualidades personales del asistente.

En el punto 147, ya en la página 32, el menoscabo con los defensores se hace más evidente en el tono de benevolencia conjugada con amenaza velada que emplea el juez. Aduce sin explicar que podría haber tomado precauciones más enérgicas contra lo que denominó comportamiento inadecuado de los defensores durante la instrucción. Impera imaginar que existe alguna especie de jerarquía entre las funciones durante el proceso.

Ese tono de encarnar la superioridad ética y la insistencia en la construcción de una narrativa que apunta a empujear la defensa se repetirá en otros pasajes importantes.

En el ítem 136 el magistrado realiza una inusitada autocitación, al incorporar a la sentencia sus frases durante el interrogatorio, cuando transmitió al expresidente la supuesta seguridad de que sería juzgado con base en las leyes y en la prueba del proceso –como si lo que importase fueran las palabras y no las acciones.

El intento descrito de pautar el trabajo de los defensores sí es un proceder lamentable. No le cabe al juez tener consideraciones sobre la calidad del trabajo de una u otra parte, sino responder a los requerimientos formulados con fundamentos por ella.

Cuando se provoca al Poder Judicial o algún otro órgano público para manifestarse nadie está interesado en saber la opinión del agente sobre el asunto, en aquél momento quien habla es el Estado y el lenguaje se impone sobrio y técnico.

Más adelante, en la p. 203, en el punto 793 y siguientes, el magistrado simplemente abandona la función de sentenciar y analizar la prueba de los autos para exponer sus opiniones personales, ahora acerca de las elecciones políticas que deberían haber sido hechas para un buen manejo del asunto de la corrupción a lo largo del mandato del expresidente.

Comienza haciendo un reconocimiento del liderazgo del expresidente y recordando su empeño en la solidificación de mecanismos de prevención y control de la corrupción, para en seguida (ítem 795) explayarse sobre lo que entiende que deberían haber sido las medidas adoptadas durante el cumplimiento de la función pública.

El ejemplo es que el exgobernante pecó en temas cruciales en la opinión del magistrado. Debería haberse empeñado en aprobar en el Congreso una enmienda constitucional para permitir el encarcelamiento a partir de la decisión de segundo grado o, incluso, en alterar la jurisprudencia del Supremo en este sentido.

Este comentario tendría el espacio debido en algún *blog*, en un editorial de algún periódico, en una carta de opinión enviada a la prensa, pero está registrado en la sentencia condenatoria a pesar de que no toque en nada el tema objeto del debate existente en el proceso criminal.

Más grave: el magistrado reclama la falta de interferencia del entonces jefe del ejecutivo en el trabajo de otros poderes.

Es elemental que los avances de las enmiendas constitucionales dependen sensiblemente más de la voluntad política residente en el Poder Legislativo, incluso pudiendo caminar sin ninguna participación del Ejecutivo. Está incluso fuera de la realidad el deseo revelado de acción junto al Supremo Tribunal Federal, que es subestimado y tratado de influenciado por el razonamiento del juez.

En una de las audiencias que presidió, al recibir insatisfecho un requerimiento defensivo, el magistrado vaticinó al defensor: “haga concurso para juez”.³

Lo curioso es que la distancia entre la actuación realizada y la función ocupada no ocurría con el trabajo de los defensores. Llevar requerimientos al Poder Judicial en la defensa de un acusado es justamente el deber de quien defiende, ya exponer sus deseos sobre la actuación política del acusado en el cuerpo de la sentencia no parece natural de la función del juez.

O sea, en caso de que el deseo de participar activamente en la vida política se torne irresistible, el magistrado debería escuchar los pedidos de los admiradores y candidatearse. La política sí representa el espacio de debate adecuado para las manifestaciones concretas.

La vetusta preocupación con los largos poderes interpretativos conferidos a los jueces, la falta de control adecuado de sus actos y sus consecuencias deletéreas son temas todavía extremadamente importantes.

3 En <<https://oglobo.globo.com/brasil/faca-concurso-para-juiz-diz-moro-advogado-durante-audiencia-21019569>>. Acceso 21 de julio de 2017.

Desde Beccaria (2014: 69) que con una clásica posición restrictiva a las innovaciones en el derecho de los magistrados tradujo los recelos existentes en el pensamiento del siglo XVII, llegando hasta la concepción de Hassemer (2015: 248) que defendió la actividad interpretativa del juez desde el punto de partida del derecho positivo, sin autorización para innovar fuera de su texto, se busca orientar las líneas en que debe actuar el Poder Judicial.

La preocupación es sensible porque no hay a quién recurrir cuando el Poder Judicial se habitúa a movimientos políticos amparado en el ejercicio de sus funciones. El profesor de la Universidad de Lisboa António Pedro Barbas Homem (2006: 112) enseña que la racionalidad del derecho excluye, como norma, la urgencia y la precipitación de actuar.

El uso recurrente de adjetivaciones negativas dirigidas al trabajo de la defensa, la permanente búsqueda de respaldo junto a los medios de comunicación dentro de los actos judiciales y el aprovechamiento de la repercusión que se sabía que tendría la sentencia para opinar sobre la actuación política del expresidente revelaron que las preocupaciones sostenidas por la defensa desde el inicio tenían fundamento. La toma de decisiones del juez motivada por pasiones transitorias y dirigida a los deseos de audiencia del proceso mediático vació la legitimidad para sentenciar al expresidente. La sentencia es, por lo tanto, nula por violar el debido proceso legal.

BIBLIOGRAFÍA

- Barbas Homem, A. P. 2006 *O espírito das instituições: um estudo de história do Estado*. (Coimbra: Almedina).
- Beccaria, C. 2014 *De los delitos y de las penas* (Lisboa: Fundación C. Gulbenkian).
- Hassemer, W. 2015 “Sistema jurídico e codificação: A vinculação do juiz à lei” en Kaufmann, A. y Hassemer, W. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. (Lisboa: Fundação C. Gulbenkian).

Rosa Cardoso da Cunha*

HOGUERAS DE JULIO

JULIO ESTUVO SIEMPRE ASOCIADO a las hogueras tardías de las fiestas de San Juan. Ahora veremos en él el odio flameante de la sentencia que ardió en plaza pública la libertad y los bienes del expresidente de la república, Luiz Inácio Lula da Silva. Las chispas de este odio anticipan un incendio, cuya propagación es imprevisible, en especial, en la polarización de las redes sociales.

En el día 12 de este mes el juez Sérgio Moro condenó al líder popular más amado en la historia del país, Luiz Inácio Lula da Silva, a la privación de libertad por 9 años y 6 meses de reclusión, una pesada multa, la obligación de reparar el daño con valores muy elevados y la restricción de los derechos políticos. Seis días después el castigo prosiguió con el bloqueo de R\$ 606 mil en sus cuentas bancarias, el secuestro de 4 inmuebles y la confiscación de 2 autos. Al día siguiente fueron secuestrados 9 millones en sus planes de previsión privada.

La sentencia del juez Moro contraría concepciones técnicas dominantes respecto a los crímenes invocados y de la prueba en que se fundamenta. Para los “legos” esta es contra intuitiva, esto es, sus conclusiones violan el entendimiento común de los hechos. La sentencia también consolida un movimiento dirigido a la construcción de un

* Abogada

“derecho penal del *Lava Jato*”, el que ya se encuentra avanzado en el campo del derecho procesal.

Se destacan en este campo la ampliación de la *competencia* de la sala presidida por el juez Sérgio Moro –la 13ª Sala Criminal de la Justicia Federal de Curitiba– relativas al proceso y juicio de casos *polémicamente* conexos con aquella acción penal, considerada fundante de la cadena de procesos que constituye la justicia local (la acción penal fundante se basaba en una operación de lavado de dinero, que se consumó en Londrina, PR, fue derivada al juez Sérgio Moro y se tornó desde entonces en su sala competente para casos bajo su decisión).

También se sitúan en el campo mencionado la expansión de las fuerzas de operaciones de procuradores y de la policía federal, que venían actuando en Curitiba, la creación de “nuevos paradigmas” procesales para la imposición de medidas cautelares (conducciones coercitivas, encarcelamientos temporales, prisiones preventivas) y el estímulo a la delación premiada, mediante el uso de la prisión y de la amenaza de penas largas.

La condena impuesta por el juez Moro a Lula da Silva hace avanzar, sin embargo, la perspectiva de construcción del derecho penal material del *Lava Jato*, que se vincula con la definición y aplicación de los crímenes y de las penas. Esta condena flexibiliza el concepto primordial del derecho penal material, en el plano de la ley y de la Constitución, que es del “tipo penal”. El derecho penal del *Lava Jato* vuelve irrelevante el significado del tipo penal, invalidando, consecuentemente, el principio de la legalidad y sus corolarios.

La descalificación del tipo penal para la identificación de un crimen, dada su función de garantía del ciudadano contra la arbitrariedad de las autoridades, y la circunstancia de que este contiene la descripción objetiva del injusto prohibido por la ley (el *mala prohibita*) equivale a la opción del *no uso del derecho penal vigente*, es decir, su negación. Fue eso lo que sucedió.

En la sentencia condenatoria bajo análisis el juez Sérgio Moro condenó al expresidente Lula da Silva adoptando en gran medida la versión especulativa de los hechos contenida en la denuncia. La narrativa de la sentencia es sinuosa, acrobática e insensata. Sin embargo, incluso despreciando los hechos ocurridos para contar lo que supuestamente ha ocurrido, esta no presenta una historia que encaje con los crímenes atribuidos a Lula da Silva: corrupción y lavado de dinero.

A propósito, se recuerdan algunas construcciones de la narrativa que pretenden fundamentar la condena por crimen de corrupción:

1. En el año 2009 la Constructora OAS S.A. formalizó tres contratos con PETROBRAS, acordando como intercambio el pago de un sobor-

no de valor aproximado en R\$ 87.624.971,26 (se pregunta: ¿cuál es la participación de Lula en este acuerdo y qué prueba existe de esta participación?);

2. Este arreglo viabilizó la creación de una “cuenta corriente general de sobornos” entre el Grupo OAS y agentes del Partido de los Trabajadores, PT (Se pregunta: ¿cuál es la participación de Lula en este arreglo y qué prueba existe de esta participación?);

3. Los representantes de OAS y del PT, Leo Pinheiro y João Vaccari, implementaron una contabilidad sin registro en el ámbito de esta cuenta (Se pregunta: ¿cuál es la participación de Lula en este arreglo y qué prueba existe de esta participación?);

4. En 2009, OAS Empreendimentos S.A., empresa del Grupo OAS asume un emprendimiento iniciado por BANCOOP (Cooperativa del Sindicato de los Bancarios), relativo a la construcción de un condominio inmobiliario en Guarujá, del que D. Marisa (y Lula, como marido) tenía(n) una parte de un pequeño departamento. En la oportunidad de transferencia de este emprendimiento a OAS, su presidente, Leo Pinheiro fue informado sobre las cuotas de propiedad de D. Marisa/Lula por Vaccari y, después, que un departamento tríplex debería ser mantenido bajo reserva para el matrimonio;

5. Hasta fines de 2013 Leo Pinheiro no tuvo confirmación junto al expresidente Lula de su interés por el inmueble reservado, el que él y D. Marisa no conocían. En enero de 2014 el matrimonio visita por primera vez el tríplex e indica adaptaciones/reformas que posibilitarían su utilización. Las reformas son realizadas, hasta mediados de 2014, con el intento de agradar e interesar al matrimonio en su adquisición; sin embargo el expresidente Lula jamás formalizó con Leo Pinheiro la decisión sobre ocuparlo y sobre los costos y fondos legales para adquirirlo.

6. El tríplex de Guarujá, mediante un acuerdo entre Vaccari y Leo Pinheiro, ocurrido en 2014, fue vinculado a la cuenta corriente general de sobornos idealizada en 2009. No hay noticia ni de cómo, ni de cuándo, el expresidente Lula se manifestó sobre el acuerdo, pero Leo Pinheiro dice que nunca trató de esta vinculación con él.

Considerando las cuestiones que presentamos, que no son exhaustivas, se percibe que es técnicamente insustentable afirmar que se hayan concretizado los requisitos fundamentales para la caracterización de la corrupción. A propósito destáquense tres de estos requisitos, esto es, la *ventaja indebida*, el *acto de oficio* y el *dolo de recibir o solicitar ventaja indebida*. En relación a estos requisitos veamos, entonces, cómo queda la posición de Lula.

En cuanto a la *ventaja indebida*, no se sabe cuándo es que Lula la recibió o incluso si la solicitó, ya que este jamás trató con ningún personaje que depusiese en el proceso, o incluso con Leo Pinheiro sobre la cuestión de adquirir u ocupar el tríplex, sin el pago de sus costos.

En lo relativo al *acto de oficio*, no queda claro el acto que Lula cometió para configurarlo: si hubiera sido el nombramiento final de directores para PETROBRAS, luego de la elección rutinaria hecha por los partidos políticos que participaron del gobierno, formalizada por el Consejo de Administración de PETROBRAS, como en algún momento afirma la sentencia, se trata de especulación técnicamente inaceptable. De hecho, ¿cómo puede deducirse de un nombramiento, que es un acto de oficio regular, hecho en la época en que Lula era presidente de la república, que corresponde a una maniobra en relación con algo que recién fue decidido en 2014? ¿Cómo se puede relacionar el nombramiento de un director a un tríplex que entra en escena en 2014 y ni siquiera era considerado por Lula?

En relación *al dolo de recibir o solicitar algo ilegal*, se pregunta: ¿de cuál acción de Lula se deduce esto? ¿En qué momento del proceso se discutió y se probó esta cuestión subjetiva?

Es cierto que una parte de la población concuerda con la condena de Lula por el juez Moro porque desea que se le impongan penas por el conjunto de la obra y, particularmente, por su proyecto político.

Considerando, sin embargo, aquella parte de la población, favorable o contra Lula, pero libre de preconcepciones en relación a su juicio en tanto ciudadano, estas personas no entienden cómo un departamento visitado apenas una vez por el expresidente (dos veces por D. Marisa), del que jamás tuvo las llaves, en el que nunca se hospedó, un bien que no fue registrado como propiedad suya, pueda constituir fundamento para una condena por *recibimiento* de ventaja indebida.

Para el lego también es difícil comprender que cuatro años después de haber dejado la presidencia, cuestiones relacionadas a las condiciones de existencia de Lula da Silva puedan ser vinculadas a su calidad de funcionario público, pertinente al cargo de presidente de la república (enfatícese que la corrupción pasiva debe ser cometida por un funcionario público).

Por último, toda la tela de araña que construyó la sentencia para relacionar la condena de Lula a acuerdos pretéritos hechos en PETROBRAS, y con una caja imaginaria de sobornos, negocios de los que Lula no participó y en relación a los que no existe prueba de su complicidad, todo esto es muy frágil, inverosímil, artificial. Argumentos similares se aplicaron al crimen de lavado de capital, corporizado en el designado “lavado del tríplex”. Me refiero, así, a la cuestión de que si calificamos como verdadero el hecho de que el tríplex pertenecía a Lula, tanto de hecho (posesión del tríplex) como de derecho (registro de la propiedad del tríplex), queda sin fundamento la condena que Moro le impuso por “lavado” de este bien. Nótese

que es el propio Moro quien reconoce en la sentencia que no había ni posesión ni propiedad.

En universo de las políticas criminales de las que se ocupan los penalistas, la condena de Lula es todavía asociable a una política criminal designada como “derecho penal del enemigo”. En su origen, este derecho corresponde a un presupuesto sistematizado por el penalista alemán Günter Jakobs y hecha pública en 1999. Ella prevé en paralelo al modelo de derecho penal que se aplica al ciudadano, otro modelo destinado al enemigo, o sea, aquél que es considerado peligroso al funcionamiento estable de la sociedad.

Para el derecho del ciudadano valdrían, entre otras, las garantías de la amplia defensa, del principio contradictorio y la presunción de la inocencia. Al enemigo, sin embargo, se le debe imponer un contradictorio restringido, la presunción de culpa, averiguaciones secretas, intervenciones telefónicas no respetadas por el Poder Judicial, prisiones cautelares ilegales, producción de pruebas ilícitas, etcétera.

Además de otras características el derecho penal del enemigo sustituye la correlación entre condena y hecho, vigente en el derecho penal aplicable al ciudadano, por la correlación autor y hecho. El enemigo es, entonces, juzgado por lo que es, o por los estereotipos que son construidos sobre su imagen, y no por lo que hace. El enemigo es demonizado.

En Brasil, por diferentes razones la propuesta del derecho penal del enemigo no tuvo mayor prestigio en la primera década de este siglo. Desde luego un derecho penal focalizando la figura del enemigo no podía ser bien visto después de una dictadura que rigió hasta los años ochenta. La Doctrina de Seguridad Nacional pretendía combatir frontalmente la guerra revolucionaria y el enemigo interno (el subversivo), que podía ser cualquier persona que mediante actos, ideologías u opiniones contrariase las políticas o autoridades establecidas. Brasil tampoco convivió en este inicio de siglo con ataques terroristas, como era el caso de los Estados Unidos o de países de Europa, para adoptar la teoría del derecho penal del enemigo.

Será a partir del derecho penal del caso *Lava Jato*, en su versión de Curitiba, que el combate a la corrupción y a un conjunto de otros crímenes articulados asume una naturaleza fundamentalista y de salvación de la integridad moral de la Patria. Además de incorporar las características del derecho penal del enemigo, el derecho del caso *Lava Jato* se referencia en la experiencia italiana de las Manos Limpias, con los acuerdos promovidos por la inteligencia estadounidense y por la globalización operada en los foros de cooperación internacional.

En esta versión los operadores jurídicos buscan crear un contacto directo e inmediato con la opinión pública y llevan las sospechas y las

acusaciones hacia los reflectores de los grandes medios, incluso contrariando normas legales y jerarquías institucionales.

Identificado el enemigo central a ser condenado y desmoralizado –en el caso Lula y el PT– se protege en la medida de lo posible a las fuerzas políticas aliadas con relación a la cruzada anticorrupción. Y, luego, el caso *Lava Jato* va directo al punto: destituir, destruir e incinerar al jefe, al LÍDER. Esto es lo que estamos presenciando.

Ruben Rockenbach Manente*

PODER PUNITIVO Y EL DISCURSO MANIFIESTO DEL CASTIGO

UNA DECISIÓN VERTICAL DE PODER

EL PRESENTE ARTÍCULO BUSCA analizar, a partir de la perspectiva propuesta por el pensamiento crítico en el campo penal, la decisión proferida por la 13ª Sala Federal de Curitiba, Paraná, el 12 de julio de 2017, que juzgó parcialmente procedente la denuncia presentada por el Ministerio Público Federal, en el ámbito de la denominada “Operación *Lava Jato*”, para condenar, entre otros, al expresidente de la república Luiz Inácio Lula da Silva (a) por un crimen de corrupción pasiva (artículo 317 del Código Penal) por el recibimiento de ventaja indebida del Grupo OAS en consecuencia del contrato del Consorcio CONEST/RNEST con PETROBRAS; y (b) por un crimen de lavado de dinero (artículo 1º, *caput*, inciso V, de la Ley Nº 9.613/98), que involucra el ocultamiento y el disimulo de la titularidad del departamento 164-A, “trípex”, y por ser beneficiario de las reformas realizadas (ítem número 944 de la sentencia penal condenatoria).

Regístrese, de inicio, que tal análisis no pretende personificar las críticas de la referida decisión judicial en la persona del magistrado que dictó la sentencia, sino, atendiendo al marco teórico que orienta

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo de Olavide (UPO), Sevilla, España y Profesor de Derecho Penal de la Facultad CESUSC, Florianópolis, Brasil.

nuestra acción, cuestionar el discurso legitimador del castigo entendido como fundamento teórico oficial de los centros de sentido de la pena criminal que sirvió de base a la Justicia Federal de Paraná, en tanto agencia judicial del sistema penal, para justificar la aplicación de la pena de nueve años y seis meses de reclusión, en régimen inicial cerrado, por los crímenes de corrupción pasiva y lavado de dinero a Luiz Inácio Lula da Silva (ítem 948 de la decisión).

El poder punitivo es aquella facultad que posee el Estado para castigar a quien comete un crimen. Un modelo que representa una decisión vertical de poder que no está dispuesta a solucionar los conflictos, o sea, que no se propone evitar, reducir, reparar o restituir el daño provocado por alguien (a pesar de la estrategia mediática utilizada por la “Fuerza de Operaciones del *Lava Jato*” que nos vende la idea de la posibilidad de eliminar la corrupción). Al contrario, como norma, simplemente se determina el encarcelamiento del criminalizado por un determinado tiempo, al paso que las conductas objeto de “combate” siguen ocurriendo normalmente (véase el ejemplo de las consecuencias de la guerra a las drogas y al terror. O, inclusive, el propio *impeachment* de la Presidenta Dilma Rousseff para “devolver” la gobernabilidad al país).

La gran “trama” promovida por el modelo punitivo es justamente ocultar aquello que más le interesa: el ejercicio de la vigilancia y el control sobre todos nosotros. A pesar de que sus discursos legitimadores (manifiestos) afirmen que el castigo es la única salida para combatir la emergencia y al enemigo (la “corrupción” y el Partido de los Trabajadores, respectivamente), el hecho es que la propia narrativa sirve como justificación para crear un estado de paranoia colectiva que autoriza el ejercicio ilimitado y desenfrenado del poder punitivo (fin latente).

Basta ver que todas las promesas de proteger a la sociedad contra el enemigo y sus crímenes no fueron cumplidos por la coacción estatal, sino al revés, sirvieron de base para el aumento de la restricción de la libertad, de los sujetos criminalizados o no, de la profundización de la desigualdad social y de la flexibilización de las garantías constitucionales (filtración selectiva de datos confidenciales y utilización irrestricta de los “acuerdos de cooperación premiada”, por ejemplo).

Sin embargo, a pesar del incumplimiento de todo lo prometido, el poder punitivo sigue existiendo y se fortalece cada vez más como instrumento de regulación de los conflictos existentes en el tejido social. El modelo punitivo no precisa “librarnos del mal y de los pecadores” para creer en su existencia, sino que existe porque nos da esperanza, porque con él todo resulta más fácil de resolver.

En su eterna jornada por el “gran *sertão*” (Guimarães Rosa, 2001) Riobaldo ya sabía de estas trampas del discurso al intentar explicar la

diferencia entre Dios y el demonio a su interlocutor, el forastero. En uno de sus diálogos, el *sertanista* divaga:

¿Cómo no tener Dios? Si Dios existe, todo da esperanza. Siempre un milagro es posible, el mundo se resuelve. Pero, si no hay Dios, hay gente perdida en el vaivén, y la vida es burra. Teniendo Dios, es menos grave descuidarse un poquitito, ya que al fin se tiene éxito. ¿Usted no lo ve? Lo que no es Dios, es estado de demonio. Dios existe incluso cuando no hay. Pero el demonio no precisa existir para que haya uno —la gente sabe que él no existe, de ahí es que él toma cuenta de todo (Guimarães Rosa, 2001: 76).

En palabras de Riobaldo, el poder punitivo no precisa funcionar para existir, nosotros sabemos que no funciona, pero de ahí es que él toma cuenta de todo, al final, como concluye el personaje: “el diablo en la calle, en medio del *remolino*” (Guimarães Rosa, 2001: 27).

El modelo punitivo, sea en el ejemplo traído de la literatura, sea en las reflexiones producidas luego de los ataques del 11 de septiembre en los Estados Unidos,¹ se transforma en el motor de las relaciones humanas, sustituyendo las acciones democráticas y políticas en tanto gestoras del tejido social por un estado permanente de policía con una nítida tendencia al absolutismo. Tal aparato canalizador de la venganza es instrumentalizado por el Estado a través de las agencias del sistema penal que se ocupan del ejercicio del poder punitivo, actuando de forma específica o inespecífica sobre él.

Sucede que los discursos que justifican la pena son puestos en práctica por varias agencias/instituciones judiciales del sistema penal (policía, servicio penitenciario, tribunales penales, entre otros), en nuestro caso específico, la 13ª Sala Federal de Curitiba, Paraná en la Acción Penal N° 5046512-94.2016.4.04.7000/PR que culminó con la condena del expresidente de la república Luiz Inácio Lula da Silva por los crímenes de corrupción pasiva y lavado de dinero.

El componente institucional de los derechos, nos enseña Herrera Flores, es muy relevante, ya que toda institución es el resultado jurídico, político, económico y/o social de una determinada forma de entender los conflictos sociales. Por esto, “entendemos las instituciones como espacios de mediación en las que se cristalizan los resultados siempre provisorios de las luchas sociales por la dignidad” (Herrera Flores, 2009: 128-129), sin olvidar, por cierto, que hablar de “institución” es lo mismo que abordar las relaciones de poder que priman en el momento histórico concreto que vivimos.

¹ En este sentido, ver: ZIZEK (2003).

De forma idéntica, no podemos olvidar que el sistema penal es el conjunto de las agencias involucradas con la cuestión criminal, esto es, un sistema en el sentido de un conjunto de entes y sus relaciones tanto recíprocas como con el ambiente, o, en palabras de Zaffaroni (2011: 10), “que no se trata de un conjunto de órganos del mismo tejido que convergen en una función [...] cada una de estas agencias tiene sus propios intereses sectoriales”. Así, cada agencia posee sus propios intereses sectoriales y sus propios controles de calidad de sus operaciones, al final “tienen discursos hacia afuera, que resaltan sus fines manifiestos (oficiales) más nobles y discursos hacia adentro, que justifican para sus miembros la disparidad entre sus fines manifiestos y lo que realmente hacen (fines latentes)” (Zaffaroni, 2011: 10).

Tales “intereses sectoriales” están claramente presentes en la decisión condenatoria objeto de análisis, una vez que su discurso oficial (*hacia afuera*) de combate a la corrupción (en el ítem 961 de la sentencia penal el juez utiliza la frase “no importa cuán alto estés, la ley siempre estará por encima de ti”) legitima su fin manifiesto (*hacia adentro*) de ejercicio irrestricto del poder punitivo para justificar la procedencia de la acusación de que el expresidente de la república Luiz Inácio Lula da Silva habría participado conscientemente del esquema criminal, inclusive teniendo conocimiento de que los directores de PETROBRAS utilizaban sus cargos para el recibimiento de ventaja indebida en favor de agentes políticos y partidos políticos (ítem 07 de la decisión).

La referida ventaja indebida habría sido corporificada en la disponibilidad para el expresidente del departamento 164-A, “tríplex”, del Condominio Solaris, en la ciudad de Guarujá, SP, sin que hubiese pago del precio correspondiente (ítem 12) bajo el argumento central de que “fue probado el esquema criminal que victimó a PETROBRAS y que involucraba acuerdos fraudulentos de licitación y el pago de ventaja indebida a agentes de PETROBRAS, a agentes políticos y a partidos políticos” (ítem 835) y que, en dicha articulación criminal, “el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva tenía un papel relevante en el esquema criminal, ya que cabía a él indicar los nombres de los directores al Consejo de la Administración de PETROBRAS y la palabra del Gobierno Federal era atendida” (ítem 838). El conjunto probatorio que condujo el magistrado para la condena se asienta, asombrosamente, en el hecho de que:

[...] parece, además, un poco extraño de que, frente a la magnitud del esquema criminal, ilustrado por el hecho de que PETROBRAS habría reconocido alrededor de seis mil millones de reales en pérdidas contables por corrupción en el balance de 2015, no tuviese el presi-

dente ningún conocimiento, máxime porque él, el esquema criminal, también habría involucrado la utilización de sobornos en acuerdos de corrupción en PETROBRAS para financiamiento de campañas electorales, inclusive del Partido de los Trabajadores y por el cual el expresidente fue elegido y eligió su sucesora (ítem 801).

La disparidad entre los fines manifiestos y latentes del poder punitivo se proyecta, una vez más, en la sentencia condenatoria en el momento de la realización de la primera fase de la dosimetría de la pena (artículo 59 del CP) del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, en relación al crimen de corrupción pasiva,² cuando la pena-base es fijada en cinco años de reclusión (3 años por encima del mínimo legal) en razón de tres (¡de los ocho!) “indicadores negativos, de especial reprobación”, siendo uno de ellos “el análisis negativo a título de personalidad” (ítem 948). Es decir, a pesar de los antecedentes criminales, la conducta social, los motivos y el comportamiento de la víctima sean favorables al acusado (aunque el término utilizado en la sentencia haya sido “neutro”), la pena-base es incrementada en tres años en total discrepancia con las disposiciones de la ley, de la dogmática y de la jurisprudencia.

La sentencia revela, pues, que el modelo punitivo es un instrumento discursivo que proporciona la base para crear un estado de paranoia colectiva que sirve para aquellos que operan el poder y lo ejercen sin ningún límite.

BIBLIOGRAFÍA

- Guimarães Rosa, J. 2001 *Grande sertão: veredas* (Río de Janeiro: Nova Fronteira).
- Herrera Flores, J. 2009 *A reinvenção dos direitos humanos* (Florianópolis: Fundação Boiteux) Trad. C. R. D. Garcia; A. H. G. Suxberger; J. A. Dias.
- Zaffaroni, E. R. 2011 *Manual de derecho penal* (Buenos Aires: Ediar).
- Zizek, S. 2003 *Bem-vindo ao deserto do Real: cinco ensaios sobre o 11 de Setembro edatas relacionadas* (San Pablo: Boitempo). Trad. P. C. Castanheira.

² Castigado con una pena de reclusión de 2 a 12 años y multa.

Salah H. Khaled Jr.*

ELLOS, LOS JUECES, VISTOS POR UN PROFESOR

COMIENZO CON UNA ALERTA: este no es un texto sobre el juez Sérgio Moro y sus decisiones autoritarias. Tal vez esto pueda causar sorpresa al lector, considerando la temática de la obra en cuestión. Pero no es sin razón que adopté una estrategia diferenciada. Este es un texto sobre buenos jueces. Sobre jueces constitucionalmente comprometidos y democráticamente oxigenados. A pesar de todos los pesares, todavía hay jueces en Berlín. Y ellos deben ser homenajeados, como hizo Calamandrei (1996) en el clásico *Ellos, los jueces, vistos por un abogado*.

El peso que representa la decisión para alguien que es tan “humano, demasiado humano”, como cualquiera de uno de nosotros ya justificaría por sí solo un homenaje. Al final, ser juez es sufrir. O debería ser. Un buen juez necesariamente sufre. Es tocado por el dolor del otro y jamás pierde la capacidad de sensibilizarse con el sufrimiento ajeno. Sabe lo que representa ejercer el terrible poder que le es conferido: el

* Profesor adjunto de Derecho Penal, Criminología, Sistemas Procesales Penales e Historia de las Ideas Jurídicas de la Universidad Federal de Río Grande (FURG). Profesor Permanente de la Maestría en Derecho y Justicia Social de la Universidad Federal de Río Grande (FURG). Doctor y máster en Ciencias Criminales (PUCRS). Máster en Historia (UFRGS). Líder del Grupo de Investigación Hermenéutica y Ciencias Criminales (FURG/CNPq). Conferenciante. Columnista de *Justificando*.

poder de penar. Sabe que el proceso en sí mismo impone aflicción: es un instrumento de distribución de dolor que se asemeja a la guerra.¹

Es terrible la carga del magistrado. No tengo duda de que es el más tormentoso de los papeles desempeñados por los actores del sistema penal. La decisión en sí misma siempre es el resultado de una elección. Y una elección siempre tiene algo de apuesta. Siempre tiene algo de acto de fe. Siempre será un salto al vacío. No es producto de un sujeto omnisciente que todo lo sabe. Por el contrario. El juez es un ignorante que desea saber. Es concebido para ser un ignorante. Para tener una actitud de espanto y admiración frente a la sorprendente novedad que representa cada caso que le es llevado. Y él jamás sabrá lo suficiente como para erradicar el tormento que representa la duda. Triste del juez que confía demás en sus certezas y olvida su falibilidad: no hay convicción no contaminada, o sea, que no contenga un componente de creencia.²

Como no cree en la omnipotencia de la razón, el buen juez no duerme el “sueño tranquilo de los justos”, como dice la sabiduría popular: está plenamente consciente de que lo mejor de sí no basta, ni jamás bastará.³ No es que él no intente hacer lo máximo que puede: cela por las reglas del juego del debido proceso legal y no se deja seducir por las artimañas del activismo judicial. En el límite de sus fuerzas considerables actúa de forma conducente con su función, observando la posición receptiva impuesta por la arquitectura acusatoria y por la Constitución.⁴ Sin embargo, siempre quedará un margen irreductible

1 Para ilustrar su concepción dinámica de proceso, Goldschmidt (2010b: 832). emplea un ejemplo de carácter político: durante la paz, la relación de un Estado con sus súbditos es estática, constituye un imperio intangible. Cuando la guerra explota, todo se encuentra en la punta de la espada; los derechos más intangibles se convierten en expectativas, posibilidades y cargas, y todo derecho puede ser aniquilado en función de no haber sido aprovechada una ocasión o de haberse descuidado una carga; por el contrario, la guerra posibilita que el vencedor disfrute de un derecho que en realidad no le corresponde. Todo esto puede ser afirmado correlativamente del derecho material de las partes y de la situación en que las mismas se encuentran en relación con él cuando se encuentran en un proceso sobre el mismo.

2 Para Cunha Martins (2010: 21), “[...] al revés de un proceso lineal que se extiende a lo largo de dos polos, la convicción corresponde a un proceso de sucesivas tangencias y superposiciones, complejo y denso, en el ámbito del cual los diferentes componentes del recorrido se interrelacionan y se convocan mutuamente, contaminando su posición respectiva, su sentido respectivo y sus efectos respectivos.

3 Como dice Carmelutti: “[...] así el juez, luego de haber examinado las pruebas, luego de haber escuchado las razones, luego de haberlas valorado, continúa encontrándose, en realidad, frente a aquella duda, que su pensamiento no consigue, de ningún modo, eliminar” (De Miranda Coutinho, 2002: 185).

4 Con respecto a la prueba, el juez no tiene otra función que la de recibirla, es decir, con todo rigor, una función receptiva (Goldschmidt, 2010a: 778). Como obser-

de incerteza en toda y cualquier decisión, como sostengo en *La búsqueda de la verdad en el proceso penal: más allá de la ambición inquisitorial* (Khaled Jr., 2016). Si la incerteza fuera efectivamente llevada a las últimas consecuencias, sería suficiente para paralizar la propia función judicial, por fuerza del *in dubio pro reo*.⁵ Al final, los “hechos” están más allá de las fuerzas de los simples mortales.⁶ Para un magistrado consciente de su finitud, el reconocimiento de la insuficiencia debe inspirar cautela y prudencia. No es que ella baste para alejar la posibilidad siempre presente del error.⁷ La instrumentalidad procesal penal no tiene condiciones de erradicar completamente el carácter alucinatorio de la evidencia y su potencial desamor por el principio contradictorio.⁸ Cuando el desamor se instala de forma plena, se pone

vó Calamandrei (1996: 127), “La mejor prueba de la acción purificadora que ejerce sobre la conciencia del juez el debate de dos abogados contrapuestos, destinados a absorber del aire todas las intemperancias polémicas para dejar al juez aislado en una atmósfera de serenidad, es proporcionada por la institución, en el proceso penal, del Ministerio Público. En él el Estado creó una especie de antagonista oficial del abogado de defensa, cuya presencia evita que el juez se ponga a polemizar con este e, inconscientemente, tome posición adversa al acusado”.

5 Según Ferrajoli (2002: 51), “En rigor si se pensase que el juicio penal debiera alcanzar la verdad ‘objetiva’ y se tomara al pie de la letra el principio *de in dubio pro reo*, los márgenes irreductibles de incertidumbre, que caracterizan la verdad procesal, deberían comportar la ilegitimidad de cualquier condena y, por lo tanto, la parálisis de la función judicial”.

6 Como dijo Gascón Abellan (1999: 7), el conocimiento de los hechos en sede judicial fue a menudo considerado una cuestión no controvertida. “Los hechos son los hechos y no necesitan de argumentación” podría ser el lema de esta tradición. Se caracteriza por una gran confianza en la razón empírica, que hace innecesaria cualquier justificación en materia de hechos: los hechos son evidentes, y lo que es evidente no necesita justificación, inclusive si tal evidencia fue obtenida indirectamente, mediante una metodología inductiva”. Ferrajoli (2002: 46) refiere que la imagen propuesta por Beccaria del juez como investigador imparcial de lo verdadero es absolutamente ingenua. Para que pueda comprenderse la naturaleza de las decisiones con las cuáles se acepta la verdad procesal, es necesario analizar el razonamiento judicial que consiste en la aplicación de la ley y que ni siquiera formalmente tiene la estructura lógica del “silogismo perfecto” imaginado por Beccaria y transmitido por la Escolástica formalista.

7 Frente a esto, como señala Carnelutti (1965: 73), el riesgo está en errar el camino, debido a la falibilidad de las pruebas; y el daño es grave, especialmente cuando lo sucedido es reconstruido para determinar el destino de un hombre. El propio Taruffo (2010: 49) reconoce esta dificultad, al señalar que los peligros de errores, lagunas, manipulaciones y reconstrucciones incorrectas de los hechos son particularmente frecuentes y serios, pudiendo llevar a errores sustanciales y equívocos dramáticos en la decisión final de una controversia.

8 Se dice evidente de aquello que dispensa la prueba. Simulacro de autorreferencialidad, pretensión de una justificación centrada en sí misma, la evidencia corresponde a una satisfacción demasiado rápida frente a indicadores de mera plausibilidad. De

en cuestión la propia existencia del proceso como tal.⁹ El juez que no se deja seducir por delirios de grandeza privilegia la dimensión dialógica y desprecia el monólogo inquisitorio, así como resiste a los encantos de la ilusoria búsqueda de la verdad. El motivo es simple y banal: la verdad sobre el pasado no está al alcance del ser humano. No se encuentra en el proceso, en tanto que simplemente no está ahí: es producida analógicamente bajo la forma narrativa a partir de los rastros del pasado, por un juez que es ser-en-el-mundo y siempre agregará algo suyo, ya que no tiene cómo suprimir el propio yo (Khaled Jr., 2013). Muchos jueces que conocen poco más allá de las normas y su aplicación se sorprenderían en caso de volverse conscientes de la densidad de las cuestiones epistemológicas y la notable complejidad de los procesos lógicos implícitos en lo más elemental de los razonamientos de los que habitualmente hacen uso (Ibañez, 2005: 48).

Solamente jueces sonámbulos y completamente desconectados de las discusiones contemporáneas se atreverían a pensar de forma distinta.¹⁰ Entre realidad y racionalidad jurídica existe un abismo incommensurable, alargado por la distancia infranqueable del pasado y por los maleficios de una (de)formación que potencialmente produce ceguera normativa.¹¹ Un juez conectado con el mundo sabe que la

alguna manera, la evidencia instaura un desamor del principio contradictorio. Dotada de semejante cuadro de combinaciones, sería supuesto que viera impedida su participación en cualquier dispositivo crítico o procesal destinado a instituirse en un límite contra la arbitrariedad (Cunha Martins, 2010: 3).

9 Según Fazzalari (2006: 119), “es necesario, por lo tanto, para identificar el proceso, que exista una serie de normas (y actos, y posiciones jurídicas) que se reporten a los destinatarios de los efectos del recurso, realizando entre ellos un contradictorio paritario”.

10 Como señala Ibañez (2005: 48), es lamentable que las prácticas jurídicas sucedan en cierto vacío epistemológico, por falta de conocimiento efectivo de las características que las constituyen. Para Ibañez (2005: 50), el juez no trata directamente los hechos, sino con proposiciones relativas a los hechos: con representaciones cognitivas que denotan algo que ocurrió en el mundo real. El proceso de conocimiento relativo a los hechos está mediado por el lenguaje, lo que hace que exista una carga de relativismo, incerteza y ambigüedad en esta en esta operación cognitiva. Como señala el autor, en el caso del juez esta mediación discursiva no se da como simple descripción de lo que ya existe en el margen de su actividad; se trata de un proceso de reconstrucción del hecho, reconstrucción a la que el juez contribuye activamente, desde el interior: en ella está presente toda carga de subjetividad que acompaña cualquier actividad reconstructiva (Ibañez, 2005: 51-52).

11 Ferrajoli (2002: 48) refiere que las normas conforman “[...] una lengua que condiciona trascendentalmente el lenguaje operativo del juez y, a su vez, su acercamiento a los hechos que deben ser juzgados. Equivale así a un sistema de esquemas interpretativos del tipo selectivo, que recorta los únicos elementos del hecho que considera penalmente ‘relevantes’ e ignora a todos los demás. Está claro que esta disposición de leer la realidad *sub specie juris* genera una forma de incompreensión, a veces de

vida excede las teorías que la explican (Maffesoli, 2003). La materia no nos pregunta nada ni espera ninguna respuesta nuestra. Nos ignora (Lyotard, 1997: 20). La realidad es resistencia o, más precisamente, el conjunto de resistencias (Heidegger, 2005: 276). Ella no se dobla frente a la perspicacia de los hombres, no le importa cuán astutos sean –o crean ser. La aprobación eventual en concurso para la magistratura no es un indicativo de poderes sobrehumanos, aunque algunos magistrados puedan embriagarse de tal modo con los aplausos mediáticos que nociones como lugar, forma y derechos fundamentales sean soterrados en nombre del gusto por el espectáculo (Casara, 2015).

Cuando se exige que el proceso sea rápido, el magistrado debe estar sereno. Cuando la opinión *publicada* clama por sangre, debe mantener su compostura. Cuando la reconstrucción de la imagen del acusado como criminal estuviera consolidada de tal forma en el imaginario social que la posibilidad de absolución pareciera casi imposible, el magistrado debe continuar inclinándose por la presunción de inocencia. Cuando el fuego de la prensa amarillista sea dirigido contra todos los opositores del poder punitivo ascendente –incluso contra los abogados de los acusados y hasta con los propios magistrados– debe representar una barrera infranqueable contra todo eso. El juez debe presidir un acto demarcatorio de territorialidad. Debe establecer una frontera, un límite que un régimen de verdad estructurado en torno de la opinión moral (o incluso de la simple probabilidad) no consigue jamás sobrepasar. Contra los emisarios de la instantaneidad él produce un hiato, una demora. Da tiempo al tiempo, permite que ocurra el principio contradictorio. Y con paridad de armas. En igualdad de condiciones. Con reglas claras y definidas. Debido proceso legal, que no permite ser seducido por expectativas que vienen de afuera, sean de cuño moral o de cualquier otro cuño. “*Será esta una de sus mayores glorias: pedirle sangre y él ofrecer principio contradictorio. Recusarse, frente a la presión para condenar, a prenderse a la lógica del verdugo*”: si frente al clamor popular tiene que elegir la impopularidad, que lo haga (Cunha Martins, 2013: 89-99).

No hay grandeza en sucumbir al espectáculo. No hay majestad en la celebración de un cortejo monstruoso que pretende confirmar la destrucción simbólica de un enemigo previamente elegido. La misión del buen juez consiste precisamente en ser una fortaleza inexpugnable: en decir no frente a la cólera e irracionalidad ajenas. No porque esto sirva a su propio código de lo que es verdadero o equivocado, sino porque debe ser un ejecutor de todo lo que atenta contra los derechos

ceguera, respecto de los eventos juzgados, cuya complejidad resulta por eso mismo simplificada y distorsionada”.

fundamentales.¹² Como el hombre del dique, debe agenciar sus mecanismos de contención, evitando que las aguas desborden y ahoguen al propio Estado Constitucional de Derecho.¹³

El buen juez sabe que el proceso es –y siempre debe ser– contraintuitivo. No es banalizado por las formas espontáneas de pensamiento que desconsideran la demora en función de la obviedad y de lo que es repetido insistentemente, es asumido como verdad. Él impone un hiato –un intervalo– entre lo que dice saber y lo que es posible aceptar como sabido. Él recusa presunciones infundadas de culpabilidad en favor de la exigencia de prueba (Cunha Martins, 2015). Pero esto no es aún suficiente. Es preciso algo más: el buen juez sabe que si el proceso es contraintuitivo, la democracia es –debe ser– *contramayoritaria*. Ella no existe para asegurar el dominio de las mayorías. Si ese fuera su sentido, en nada se diferenciaría con una tiranía. Existe exactamente para impedir que los diferentes sean violentados por los que se dicen agentes de una moralidad aparentemente hegemónica. El magistrado no debe asumir para sí una función salvadora, supuestamente ejercida en nombre de la “sociedad”. No es su deber salvar a la república o una imagen dada de la república elegida por él como deseable, manejando el poder que le es conferido como una espada contra las bestias fieras que amenazan la civilización.

Yo no sería un buen juez. No sería capaz de condenar. Nunca. Jamás. Y la función exige que se condene, cuando sea preciso. Así son las cosas en el actual nivel civilizatorio. Cuando el castillo de la presunción de la inocencia es tomado finalmente y no hay más resistencia alguna, el juez debe condenar. Pero él jamás debe lamentar

12 Como observa Calamandrei (1999: 223), “el juez [...] no es libre para dar razón a quien le dé voluntad; sino que está obligado a darla a la parte que mejor logra, con medios técnicos apropiados, demostrar que la tiene”.

13 “El derecho penal debe programar el ejercicio del poder jurídico como un dique que contenga el estado de policía, impidiendo que ahogue el Estado de Derecho. Sin embargo, las aguas del estado de policía se encuentran siempre en un nivel superior, de modo que tiende a sobrepasar el dique por desbordamiento. Para evitar esto, el dique debe dar paso a una cantidad controlada de poder punitivo, haciéndolo de modo selectivo, filtrando apenas el torrente menos irracional y reduciendo su turbulencia, mediante un complicado sistema de compuertas que impida la ruptura de cualquiera de ellas y que, en caso de que esto ocurra, disponga de otras que reaseguren la contención” (Zaffaroni, *et al.* 2003: 156-157). Rui Cunha Martins reflexionó sobre la brillante metáfora de Zaffaroni y concluyó que el dique, como límite que es, no funciona solo: es un mecanismo susceptible de agenciamiento, indicando que la metáfora del dique es, en rigor, la metáfora del hombre detrás del dique, que lo puede mover en un sentido o en otro, manifestando el lugar autoral que es suyo. Según Cunha Martins (2010: 156), el “dique” es una metáfora jurídica; se transforma, en tanto ‘hombre del dique’ en metáfora política. Esto es lo que un límite hace al derecho: le provee el elemento político que carga”.

una absolución, lo que demostraría que simplemente está en el lugar errado probablemente haciendo una cosa errada.¹⁴

Siempre digo eso a mis alumnos: con los viejos no es posible dialogar. Son *viejos* en edad, en la formación y en el gusto por el autoritarismo. Cultivaron durante décadas un talante antidemocrático que no cesa de rendir frutos envenenados. Con ellos no hay cómo conversar. Pero nada puede ser peor que un nuevo *viejo*. Nada puede ser peor que aquél académico que tiene una relación utilitaria con el conocimiento y que eventualmente se vuelve juez solamente para perpetuar las viejas prácticas autoritarias y el viejo discurso de odio. Si deseas ser juez, escucha mis palabras: No seas un nuevo *viejo*. Y no me interpreten mal: gran parte de lo que sé lo aprendí con gigantes que todavía circulan por la Tierra. Viejos *nuevos* en todos los sentidos posibles e imaginables. Mis profesores, y algunos de ellos fueron o continúan siendo grandes jueces, como también son grandes jueces algunos de los amigos que la vida me dio y con los que sigo aprendiendo. Esta es la vida de un profesor: un estudioso permanente, como todo buen juez también debe ser. Será esa tal vez la gloria que tenemos en común y que hace que se profundicen los lazos de amistad y respeto mutuo entre la magistratura y la academia.

BIBLIOGRAFÍA

- Calamandrei, P. 1996 *Eles, os juízes, vistos por um advogado* (San Pablo: Martins Fontes).
- Calamandrei, P. 1999 *Direito processual: volume III* (Campinas: Bookseller).
- Carnelutti, F. 1965 *Las miserias del proceso penal* (México: Cajica).
- Casara, Rubens R. R. 2015 *Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira* (Florianópolis: Empório do Direito).
- Cunha Martins, R. 2010 *O ponto cego do direito: the brazilian lessons* (Río de Janeiro: Lumen Juris). Cunha Martins, R. 2013 *A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal* (San Pablo: Atlas).
- Cunha Martins, R. 2015 “Contra-intuição e proceso pena” en Khaled Jr, S. H. (coord.) *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao prof. Aury Lopes Jr.* (Florianópolis: Emporio do Direito).

14 Como observa Lopes Jr. (2010: 506), es preciso abandonar el rango inquisitorio de buscar la condena: “no son raros los casos en los que presenciamos jueces tomados por un sentimiento de fracaso frente a la ‘necesidad imperiosa de absolver’, como si la jurisdicción solo se efectivizase cuando la sentencia fuera condenatoria [...]”.

- De Miranda Coutinho, J. N. 2002 “Glosas ao verdade, dúvida e certeza, de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito” en VV. AA. *Anuário Ibero-Americano de direitos humanos* (Río de Janeiro: Lumen Juris).
- Fazzalari, E. 2006 *Instituições de direito procesual* (Campinas: Bookseller).
- Ferrajoli, L. 2002 *Direito e razão: teoria do garantismo penal* (San Pablo: RT).
- Gascón Abellan, M. 1999 *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba* (Madrid: Pons).
- Goldschmidt, J. 2010a “Problemas jurídicos y políticos del proceso penal” en Goldschmidt, J. *Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho* (Madrid: Pons).
- Goldschmidt, J. 2010b “Teoría general del proceso” en Goldschmidt, J. *Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho* (Madrid: Pons).
- Heidegger, M. 2005 *Ser e Tempo. Parte I* (Río de Janeiro: Vozes).
- Ibáñez, P. A. 2005 *Los “hechos” en la sentencia penal* (México: Fontamara).
- Khaled Jr, S. H. 2013 *A Busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial* (San Pablo: Atlas).
- Khaled Jr, S. H. 2016 *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial* (Belo Horizonte: Letramento) 2ª edición.
- Lopes Jr, A. 2010 *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional* (Río de Janeiro: Lumen Juris).
- Lytard, J. F. 1997 *O inumano* (Lisboa: Estampa).
- Maffesoli, M. 2003 *O instante eterno: o retorno do trágico nas sociedades pos-modernas* (San Pablo: Zouk).
- Taruffo, M. 2010 *Simply la verdad: el juez y la construcción de los hechos* (Madrid: Pons).
- Zaffaroni, E. R. et al. 2003 *Direito Penal Brasileiro I* (Río de Janeiro: Revan) 2003.

Sérgio Batalha*

LA SENTENCIA DE MORO ES UN ESPECTRO QUE AMENAZA EL PODER JUDICIAL

UNO DE LOS DERECHOS MÁS caros al ciudadano común, al hombre del pueblo, es el de ser juzgado por un juez imparcial. El Poder Judicial puede retirar los bienes y hasta la libertad de un hombre, luego el derecho a un proceso justo es esencial en cualquier sociedad democrática. En este sentido, nuestra Constitución irguió los principios del “Debido Proceso Legal” y de la “Amplia Defensa” como derechos fundamentales del ciudadano brasileño. Un proceso para estar en consonancia con tales principios presupone el juzgamiento por un juez imparcial, que analizará los argumentos y las pruebas de las partes, dictando una decisión justa. Cuando el juez asume la convicción de la condena previa del acusado desde el inicio del proceso, ignorando pruebas y conceptos jurídicos evidentes, se tiene simplemente una persecución política o personal travestida de proceso judicial, una *lawfare* (guerra judicial) en el concepto de la doctrina estadounidense.

La conclusión de la “sentencia” de Moro basada únicamente en la palabra de dos delatores amaestrados, contrariada por declaraciones de varios testigos y por documentos oficiales, inclusive de la Caja Económica Federal, no merece mayores digresiones jurídicas. Lula debería invocar en su defensa simplemente la Carta Magna de 1214, el

* Abogado laboral.

documento por el cual los ingleses conquistaron, por primera vez en la historia, el derecho de limitar el poder absoluto de su rey. El pasaje más famoso resume el pleito de Lula: “Ningún hombre libre será capturado o encarcelado, o desappropriado de sus bienes, o declarado fuera de la ley, o exiliado, o de algún modo perjudicado, ni iremos contra él, ni enviaremos a nadie contra él, excepto por el juzgamiento legítimo de sus pares o por la ley del país. A nadie venderemos, a nadie negaremos o le retardaremos el derecho o la justicia”.

La Carta Magna consagró el principio del “juzgamiento legítimo”, o sea, no basta que haya juzgamientos por jueces investidos de tal poder para caracterizar el “*Due Process of Law*”, que inspiró el inciso LIV del artículo 5º de nuestra Constitución. El Poder Judicial brasileño no puede ignorar este concepto, bajo pena de cruzar una frontera que ni la dictadura militar del 64 sobrepasó. Las persecuciones políticas en la dictadura militar tuvieron la omisión del Poder Judicial, pero nunca su protagonismo. Nunca antes en la historia de este país el Poder Judicial sirvió como instrumento principal de una persecución política. La mayor víctima de esta violencia no será Lula, sino, irónicamente, la propia imagen del Poder Judicial. ¿Cómo podrá el ciudadano común confiar en jueces que se atreven a perseguir políticamente a uno de los mayores líderes populares de nuestra historia? ¿Qué podrían hacer estos jueces con un hombre del pueblo, sin el prestigio y el liderazgo de Lula? Un juez de la Suprema Corte americana dijo una vez, con notable franqueza, que la actuación del abogado era esencial para dar a los juicios una “apariencia de justicia”. En el juicio de Lula, esta “apariencia de Justicia” se perdió, a despecho de los esfuerzos de sus abogados, en función de la actuación de Sérgio Moro. Todos los brasileños, incluso los que no quieren a Lula, tienen la certeza de que él no enfrenta un juicio justo. Algunos pueden hasta manifestarse a favor de su condena, pero saben que esta sería el resultado de un proceso político. El pilar esencial en que se sustenta la legitimidad del Poder Judicial es exactamente su imparcialidad. Fue lo que buscaron los ingleses hace más de ochocientos años al impedir los juzgamientos arbitrarios del Rey John y de los señores feudales. El Poder Judicial brasileño debe rescatar su imagen frente a la ciudadanía, absolviendo a Lula y enfrentando a aquellos que, por ambición o miedo, permitieron la instrumentalización del proceso como arma de persecución política.

Sérgio Francisco Carlos
Graziano Sobrinho*

LA SENTENCIA CRIMINAL Y LAS TEORÍAS AGNÓSTICAS

EL TEMA PROPUESTO EN este artículo es el contenido de la sentencia penal condenatoria dictada en los autos de la Acción Penal N° 5046512-94.2016.4.04.7000/PR que se tramita en la 13ª Sala Federal de Curitiba, delimitado en el aspecto de su contenido probatorio, esto es, entender los mecanismos por los que el magistrado formó su convicción y atribuyó al expresidente Luiz Inácio Lula da Silva la práctica de los delitos de corrupción pasiva y lavado de capitales, condenándolo a una pena de 9 años y 6 meses de reclusión. El objetivo central de este artículo es recorrer, desde el punto de vista de los fundamentos de la sentencia, qué conexiones –principio de correlación– fueron establecidas por el magistrado entre hechos, narrativa acusatoria y las pruebas producidas por la acusación y la condena efectiva para, al fin y al cabo, mínimamente, entender su contenido final.

Es importante analizar el punto en que el magistrado utiliza argumentos para fundamentar su convencimiento, en especial de que Lula cometió ilícitos criminales por haber practicado conscientemente del esquema criminal en que directores de PETROBRAS utilizaban sus cargos para recibimiento de ventaja indebida en favor de agentes y

* Doctor en Derecho, profesor del PPG en Derecho Ambiental de la Universidad de Caxias do Sul (RS). Correo electrónico: <graziano@grazianoerizatti.com.br>.

partidos políticos y, además de eso, habría recibido también, el propio acusado, valores corporificados en la disponibilidad de un departamento sin que hubiera habido pago del precio correspondiente. Aquí radica un primer punto que debe ser iluminado, evitando una oscuridad subliminar; sino veamos: el término “*disponibilidad*” es utilizado luego en el inicio de la sentencia judicial, para que, al final, haya comprensión, en el sentido común, de la correlación entre la imputación hecha por la acusación (Ministerio Público) y la sentencia condenatoria (juez).

El argumento y su forma de presentación son sofisticados, pero es preciso tener atención, ya que el juez se torna agnóstico en relación a la propia ley, dado que se posiciona de forma indiferente al texto normativo, ya que ignora y se exime de la reflexión dogmática mínima, con el propósito firme de esgrimir su argumento y adecuarlo a los elementos del tipo penal “corrupción”. La sofisticación del argumento está en esos dos puntos: a) no hay un tipo genérico “corrupción”, sino dos tipos penales, la corrupción pasiva (artículo 317 del Código Penal, cometida por funcionario público) y la corrupción activa (artículo 333 del Código Penal, cometida por particular); b) ambos tipos penales, corrupción pasiva y activa, no poseen la terminología “**disponibilidad**”, pues las acciones previstas en los tipos referidos poseen 5 conductas: solicitar o recibir ventaja indebida y aceptar promesa de ventaja (corrupción pasiva) y ofrecer o prometer ventaja indebida (corrupción activa). Lula fue acusado por la práctica de corrupción pasiva, es decir, debería haber solicitado o recibido ventaja indebida, o incluso, haber aceptado promesa de ventaja indebida. De acuerdo a la sentencia, la empresa OAS habría dejado a disposición de Lula valores corporificados en el departamento triplex, así y todo él dijo “no”, ya que hasta hoy ese departamento no está a su nombre, ni es su poseedor de hecho.

Cabe destacar otro pasaje histórico del artefacto jurídico producido en aquel proceso penal, el que aclara –desde el punto de vista dogmático, pero no el punto de vista político e ideológico de la sentencia– nuestro debate en el presente artículo. Veamos: en los Embargos Declaratorios propuestos por la defensa del expresidente Lula, el juez, instado a manifestarse sobre la prueba de los autos y la relación entre la denuncia y la sentencia, aclara: “Este juez jamás afirmó, en la sentencia o en algún lugar, que los valores obtenidos por la Constructora OAS en los contratos con PETROBRAS fueron usados para pago de la ventaja indebida al expresidente”.

A los propósitos del presente debate, la decisión en los Embargos Declaratorios es reveladora, dado que aclara, por ejemplo, que, si OAS puso en disponibilidad el departamento triplex, reformado,

amueblado y decorado según los gustos de la familia del expresidente Lula, eso sería suficiente para caracterizar el crimen de corrupción (genérica, que no existe). Sin embargo, esta misma sentencia también reconoce, por ejemplo, i) que PETROBRAS no tuvo perjuicio con los contratos firmados con la empresa OAS; ii) que los valores recibidos por OAS en razón de los contratos (ilícitos) firmados con PETROBRAS no servían para el pago de la ventaja ilícita al expresidente Lula; iii) que el expresidente Lula no cometió el crimen de corrupción pasiva, ya que este crimen exige que el funcionario público solicite, reciba o acepte promesa de ventaja ilícita, sin embargo, como se ha visto, nada de eso existió.

Por último, desde el punto de vista dogmático, cabe todavía aclarar que, si los dirigentes de la empresa OAS pusieron en disponibilidad el departamento tríplex con alguna finalidad ilícita, estos podrían haber cometido algún crimen, sin embargo no es automático, ni obligatorio, que el supuesto beneficiario a quien habrían ofrecido el departamento haya cometido el crimen de corrupción pasiva, esto porque la existencia de un crimen no presupone, obligatoriamente, la existencia del otro. Ofrecer (corrupción activa) dinero al policía para evitar multa de tránsito, no significa, automática y obligatoriamente, que el policía cometió el crimen de corrupción pasiva, ya que esto ocurriría únicamente si el policía hubiera recibido el valor ofrecido.

Caben, para finalizar, algunas reflexiones sobre los puntos aquí levantados. De forma bien evidente es preciso decir, en primer lugar, que este es apenas un punto de vista sobre un tema de una larga sentencia. Larga sentencia, que es menor de contenido y mayor de ostentación. De forma profunda, la sentencia es rasa. En su completitud, es vacía. Fue un intento de obra, pero no pasó de un boceto. Pretendió quedar registrada, consiguió entrar a la basura de la Historia. No agregó, sino que dilaceró cuerpos y mentes. Estará proscripta en breve. Posiblemente será rápidamente olvidada, basta que algunos sujetos le den el puntapié que se merece. Intentar apagar el brillo de una estrella es la maldición de quien reside en las tinieblas, o, como dice Márcia Tiburi (s/d) el juez de Curitiba es más un “sin brillo propio” que sobrevive intentando apagar el ajeno.

La sentencia condenatoria proferida contra el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva puede ser analizada por diversos otros aspectos, inclusive el psicoanalítico, en especial su contenido narcisista, si no fuese nuestro escenario el de odio contra las clases sociales menos favorecidas. Ciertamente esta decisión judicial vino en base del exceso democrático que desbordó el cáliz y la autorizó por aclamación pública, aunque esta haya sido manipulada en una especie de inconsciente colectivo completamente embriagado.

La creación de un nuevo elemento típico en el escenario de la dogmática penal es absurda, sin embargo el pensamiento utilitarista en que los fines justifican los medios, está en la lógica del desbordamiento del agua contenida en el cáliz. Este es uno de los vectores más frecuentes en el sistema de justicia criminal, los que indican el bajo grado de democratización de una sociedad, en especial porque la inobservancia frecuente de las violaciones a las garantías constitucionales fundamentales revelan la fragilidad institucional que vivimos día a día. En sintonía con lo que dice João Ricardo Dornelles (s/d), “vivimos un gran desafío histórico [...] El fascismo contemporáneo es infinitamente más complejo y sofisticado”. Preparémonos, ya que vendrá un largo período histórico. Es preciso resistir.

Sérgio Luiz Pinheiro Sant'Ana*

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA SENTENCIA DE CONDENA DE LULA

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo se propone realizar algunas breves consideraciones de naturaleza constitucional y ética con motivo de la fase de investigación y de la sentencia condenatoria del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva a 9 años y medio de prisión y pérdida de los derechos para ejercicio de cargo público por el plazo de 19 años.

Bajo el punto de vista de la actuación de los Poderes de la República, se verifica que existe un entendimiento bastante efectivo entre los procuradores de la república que componen la fuerza de operaciones de la Operación *Lava Jato* y el magistrado que dictó la sentencia, lo que crea una situación atípica de desigualdad de trato a favor de la acusación desde el inicio de la Operación.

La justificación del combate a la corrupción no puede suprimir derechos y garantías fundamentales elementales como el debido proceso legal, el contradictorio, la amplia defensa, la producción de prue-

* Doctor en Ciencia Política por la Universidad Federal Fluminense. Procurador Federal. Profesor de la Universidad Candido Mendes. Miembro del Instituto Brasileño de Abogacía Pública; miembro del Instituto de los Abogados Brasileños y Consejero de la Seccional de la OAB, Río de Janeiro

bas y la fundamentación de los elementos de convicción para el dictado de la sentencia.

A su vez, la lucha contra la corrupción es obligación del ciudadano y de la sociedad y no prerrogativa de justicieros o enviados de los Dioses.

En alrededor de 70 páginas de la sentencia, el magistrado intenta justificarse que no estaba persiguiendo a nadie lo que ya deja claro que esta sentencia parece haber sido elaborada, no luego de la fase de instrucción sino a lo largo del proceso, teniendo, en consecuencia, la preocupación de demostrar que no existió persecución y que el magistrado habría obrado dentro de los límites de la ley.

Realmente, nadie debería estar por encima de la ley como bien se demuestra en la sentencia y se dijo en entrevistas dadas a los medios de comunicación. Esta regla, sin embargo, debería valer, en este caso, para los miembros de la Procuraduría de la república que desplegaron un show pirotécnico con un *Power Point* para, mediante una amplia exposición mediática, intentar “ganar” la opinión pública y, principalmente, para el representante de la Magistratura que se consideró en una cruzada cívica contra la corrupción, lo que justificó la supresión de derechos, la arbitrariedad y el tratamiento desigual en relación a otros nombres que fueron ventilados en las declaraciones.

II. DESEQUILIBRIO EN LA FASE DE INSTRUCCIÓN

El combate a la corrupción no debe ser ninguna misión divina practicada por determinados elegidos con saña justiciera. Desde los comienzos se practica corrupción en este país y en el mundo y el desafío de las instituciones en el Estado Democrático de Derecho es el perfeccionamiento sistemático de sus instrumentos de control, de promoción de la justicia social y búsqueda de una sociedad más justa e igualitaria, cuyos valores repudien este tipo de conducta.

En el caso específico del *Lava Jato*, la regla básica de averiguación de los delitos a ser investigados fue la de desconsiderar la presunción de la inocencia, basarse en la conducción coercitiva de empresarios, políticos y agentes involucrados, por parte de la Policía Federal, y someter a los investigados en prisión continua para los fines de obtener una delación premiada.

Todo este proceso fue selectivo porque se dirigió a agentes de algunos partidos políticos en detrimento de otros, cuyas pruebas eran tan o más robustas de delitos cometidos, habiendo sido, inclusive, citados en algunas declaraciones.

El instituto de colaboración premiada fue utilizado como contrapartida para que fuesen delatados hechos gravísimos que precisarían

ser verificados por los órganos acusadores, ya que no bastaría de forma perentoria para sustentar una sentencia condenatoria.

Además, la fase de instrucción fue permeada de operaciones realizadas con pirotecnia y amplia repercusión junto a los medios, pareciendo querer influenciar la opinión pública a favor de su actuación, omitiendo, de esta forma, la presunción constitucional de la inocencia.

A lo largo de las fases de investigación, el hecho más grave que estas operaciones acompañadas con intensidad por los medios, que el show del *Power Point* de los procuradores de la república, que la práctica sistemática de las conducciones coercitivas de los acusados y la falta de respeto a los derechos constitucionales del acusado, sin duda alguna fue la filtración deliberada y selectiva de informaciones para los medios, siendo el ápice el audio que involucraba un diálogo del expresidente Lula con la entonces presidenta Dilma Rousseff, lo que configuró la total falta de límites de este grupo para alcanzar sus objetivos direccionados, faltando el respeto a la Constitución Federal y a las legislaciones infraconstitucionales.

El propio interrogatorio del expresidente Lula fue precedido de varias viñetas en los medios de comunicación para inducir a los lectores a tomar partido, colocando en polos opuestos Lula x Moro, lo que sería impensable en una democracia liberal si consideramos lo que debería ser el papel de un magistrado en la conducción de un proceso.

La imagen de un Poder Judicial equidistante, equilibrado, imparcial y justo es condición inequívoca para el funcionamiento del Estado Democrático de Derecho y sus representantes deben actuar con esta premisa, bajo pena de la desmoralización completa de la democracia y de la teoría de la tripartición de los Poderes del Estado.

La construcción de la imagen del magistrado que dicta la sentencia condenatoria fue insuflada, incluso con Premios a la Personalidad del Año, concedido por instituciones de los medios que deberían estar presentando los hechos a los lectores y no induciéndolos a elaborar su juicio de valor; a partir de las conveniencias de estos propios medios.

III. DESEQUILIBRIO EN LA SENTENCIA

El desequilibrio ocurrido en las fases de instrucción acabó no siendo diferente en la sentencia que buscó enfatizar la delación, no probada documentalmente en ningún momento, del empresario Leo Pinheiro de la Constructora OAS.

Infelizmente, esta sentencia ya estaba clara desde el inicio porque la convicción del magistrado no dependía de la fase instructiva procesal, ya que siempre actuó con una convicción atípica para el papel que un magistrado debe tener.

La sentencia está repleta de contradicciones, bastando citar el enorme peso dado a la delación del empresario acusador en detrimento de los innumerables testimonios de defensa que sustentaron lo contrario.

Si la declaración del expresidente prácticamente no fue tomada en consideración, merece reparación el trabajo sistemático de la defensa que, todo el tiempo, contó con poca disposición del magistrado en acoger sus fundamentos, sus pedidos y su línea de actuación.

El plazo de reclusión y de suspensión del ejercicio del cargo público es draconiano y, encima, demuestra la inclinación política, incluso porque el magistrado fue parte integrante de un apoyo sistemático y permanente por parte de los medios con intereses claramente dirigidos.

No puede ser en vano que una sentencia con tantas páginas fuera divulgada con tiempo exiguo y, al mismo tiempo, un día después de la aprobación de la llamada Reforma Laboral, lo que posibilitó el claro desvío del foco de los medios.

Es para lamentar este tipo de postura y de posición clara en defensa de determinados grupos políticos y agrupaciones partidarias siendo oriunda de un miembro de la Magistratura, que debería asumir legítimamente una postura partidaria y defender las tesis en las que cree.

IV. CONCLUSIÓN

Ya existe una presión enorme que es ejercida por los medios junto a los jueces de apelaciones de la 4ª Región para juzgar y condenar a Luiz Inácio Lula da Silva, para que él no pueda participar de la elección presidencial de 2018.

Es de lamentar la total deformación del importante papel que la opinión pública y los medios tienen en el Estado Democrático de Derecho, sin considerar el papel partidario, político y desigual de un representante del Poder Judicial Federal de Brasil.

La joven democracia brasileña de 2016, desde la fecha del golpe hasta los días actuales retrocedió décadas en virtud de lo que ocurrió en el plano político, en particular, un partido derrotado cuatro veces pero inconforme con el resultado de las urnas, una movilización golpista fuera y dentro del gobierno y el involucramiento de sectores de la sociedad civil preocupados con la desestabilización de la entonces presidenta Dilma Rousseff

Finalmente, se espera que el Tribunal Regional Federal de la 4ª Región y, eventualmente, los Tribunales Superiores hagan un análisis técnico y totalmente vinculado a los fundamentos de la acusación y de la defensa, suprimiendo el perfil político y partidario en el que pa-

rece haberse basado la sentencia de condena del expresidente Lula, respetando los Principios Constitucionales y los valores éticos y los principios del Estado Democrático de Derecho.

V. REFERENCIAS

- Bonavides, P. *s/f Curso de Direito Constitucional* (s/d: Malheiros) 6^a edición.
- De Figueiredo Moreira Neto, D. *s/f Direito da Participação Política: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade* (Río de Janeiro: Renovar).
- República Federativa do Brasil 2014 *Constituição (promulgada em 5 de outubro de 1988)* (San Pablo: Saraiva) 49^a edición.

Sérgio Servulo*

KAFKA NO ES NADA*

EN MIS ESCRITOS, he acentuado la diferencia entre la moralidad, la moral y el Derecho.

Tanto la moralidad como el derecho son procesos sociales, así como procesos sociales son también la religión, el arte, la ciencia, la política y la economía, entre otros.

A estos últimos los clasifico como procesos sociales de primer grado, porque en ellos caben las actividades primarias a las que se dedican los seres humanos. Ya la moralidad y el derecho son procesos sociales de segundo grado, o normativos, porque su tarea consiste en disciplinar a aquellos.

Las reglas de la moralidad –reglas de la costumbre– son aplicadas por las personas, o por el conjunto de la sociedad, sin la instauración de un proceso formal. Sus penas van de la más leve –el chisme– a las más graves: el rechazo, el exilio social, el linchamiento, sin excluir las dolencias psicosomáticas y el suicidio.

En el principio, el derecho poco se diferenciaba de la moralidad, como se ve, por ejemplo, en la pena del Talión (“ojo por ojo, diente por diente”). Se percibe fácilmente cuánto significó, para la humani-

* Abogado.

** Título original: *Kafka é fichinha* [N. de la Ed.].

dad, la adopción de normas jurídicas, en lugar de algunas reglas de moralidad. Por ejemplo: la regla jurídica –en verdad, la “norma”– es definida previa y explícitamente, e modo que sus destinatarios pueden conocerla, y, al transgredirla, saber que la están transgrediendo, así como a qué sanción se someten.

Incluso corriendo el riesgo de hacer este editorial muy largo y molesto, recorro a lo que escribí en el libro *Uma deusa chamada justiça* (Martins Fontes, 2009):

El gobierno no es señor de las voluntades, y la obediencia absoluta es jurídicamente inexigible. Con la norma se rompe la relación de soberanía, irrumpe la relación de ciudadanía. Siendo una directiva abstracta de comportamiento, su cumplimiento depende del juicio, de la conciencia y de la voluntad del destinatario: se instaura la libertad.

[...]

Si observamos bien, veremos que esta es una característica necesaria de toda norma jurídica. Si la norma contuviera una sanción que represente, para su destinatario, una constricción absoluta, o extremadamente desproporcionada, dejará de ser una categoría jurídica, y revestirá la forma primitiva de la moralidad. “*Contrario sensu*”, no puede ser considerada como jurídica la determinación, o la exigencia, cuyo objetivo sea colocar, al destinatario, un obstáculo insuperable. Con base en el principio de la invariancia es que Galileo, asumiendo su condición humana, y no la de un animal derrotado, dijo en voz alta, para que todos los escucharan: “*eppur si muove*”.

El carácter distintivo del derecho moderno, frente al vigente en otras épocas, está en el reconocimiento de un límite infranqueable a la soberanía estatal. El Estado puede condenar a quien se niega a dar información, manifestar voluntad, o practicar un acto determinado; pero no puede establecer la ejecución específica de dicha condena, arrebatando de lo divergente esa información, esa manifestación de voluntad, o la práctica de ese acto. Es con este fundamento que se condena la tortura: la libertad humana es una instancia tan alta como el Estado, o más alta que el Estado.

¿Por qué estoy diciendo estas cosas? Porque, de algún tiempo para acá, muchos jueces dejaron de fundamentar sus decisiones (como determina la Constitución, bajo pena de nulidad), y pasaron a aplicar, a las partes, sanciones arbitrarias, desproporcionadas y absurdas, no previstas en la ley. Esto, que puede equivaler a la antigua “muerte civil” significa la muerte del Derecho, un retorno a la moralidad como único proceso normativo, y el renacimiento de la barbarie.

Tania Oliveira*

“DELATOR INFORMAL”

EL CASO DE LEO PINHEIRO Y EL VALE TODO PARA CONDENAR A LULA

ADOPTANDO NUEVOS MECANISMOS de prevención y represión a la criminalidad, la legislación procesal penal brasileña adhirió a la figura de la delación premiada, cuya creación tiene como finalidad principal la facilitación de las investigaciones del hecho delictivo en toda su complejidad. Aunque aparezca en varios documentos, la delación premiada está delineada efectivamente en la Ley N° 12.850/2013, llamada Ley de las Organizaciones Criminales.¹

Desde el punto de vista teórico, el legislador brasileño pretendió valerse de la delación como medio de prueba para cualquier especie de crimen, hecho que suscita debates en el medio jurídico y pone en cuestionamiento toda la esencia del Estado Democrático de Derecho. Esto porque el Estado transfiere la carga de averiguar el cometimiento de crímenes a la palabra de quien los comete, ofreciendo como contrapartida un beneficio punitivo. Ocurre que, en el momento en que fue dado al Estado el monopolio de la *persecutio criminis* urge que se arme para obtener un éxito en tal tarea. Su fracaso no puede, en

* Máster en Derecho. Asesora jurídica en el Senado.

1 Ley N° 12.850, del 02 de agosto de 2013. En <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/12850.htm>.

cualquier hipótesis y bajo cualquier pretexto, ser compensado con intercambios deshonestos para la supuesta elucidación de los crímenes.

Con la deflagración de la llamada “Operación *Lava Jato*” de la Policía Federal, en marzo de 2014, los acuerdos de delación se ubicaron en el centro de los debates. Desde entonces, el proceso penal de este caso parece haberse convertido en un verdadero juego de naipes, en que no se sabe dónde termina la búsqueda de la verdad, de la responsabilidad de la práctica de los delitos y la definición de las conductas, y donde residen los “engaños” de los delatores. El frenesí acusatorio transformó la investigación en un verdadero espectáculo mediático, con filtraciones selectivas de declaraciones confidenciales, sin que se sepa de su veracidad, límites o recortes.

La confidencialidad de los acuerdos de delación se transformó en una emboscada, en que las personas son “notificadas” de su supuesta citación en declaración por parte de la prensa, no pudiendo defenderse frente al desconocimiento del tenor de las “acusaciones”. Por otro lado, se les niega oficialmente a los acusados el acceso a los contenidos de lo que es detentora la acusación, en una evidente violación al derecho de la amplia defensa y al principio contradictorio.

Desde el punto de vista procesal penal se sabe que la delación premiada no tiene valor de prueba aisladamente. Es un camino investigativo que requiere elementos objetivos. El afirmado por el delator puede, o no, ser algo real o verdadero. Es indispensable que él indique dónde están las pruebas, sin lo que la mera declaración suya carece de validez jurídica. La cuestión, tal como se muestra en el caso de la Operación *Lava Jato*, está en descifrar lo que puede ser una interpretación, y cómo tratar lo que no se concluye como verídico. Cuando se concretan condenas con base en la declaración de acusados, hay que reflexionar sobre los desvíos consecuentes de la mala utilización de este instituto.

El caso del empresario José Adelmário Pinheiro Filho, conocido como Leo Pinheiro, es un capítulo aparte en la novela de las delaciones premiadas de la operación *Lava Jato*. Los hechos muestran que la hipótesis sobrepasa todas las barreras relativas al uso indebido del instituto, o peor, en la desconsideración de sus requisitos para la validez procesal.

En efecto, Leo Pinheiro prestó declaración al juez Sérgio Moro en los autos de la Acción Penal N° 5046512-94.2016.404.7000/PR en el día 20 de abril de 2017, en la condición de coacusado, sin ninguna obligación de decir la verdad, y en medio de un debate acerca del acuerdo de delación premiada con el Ministerio Público Federal.

La defensa del expresidente Lula ofició, entonces, al juez Sérgio Moro para que el MPF aclarase el estatus de las negociaciones

de acuerdos de delación con José Adelmário Pinheiro Filho y Agenor Franklin Magalhães Medeiros, así como los beneficios ofrecidos a ambos. Al desconocer el pleito de la defensa, el magistrado afirmó que la cuestión ya había sido objeto de las audiencias de interrogatorio, en las que los acusados declararon que estarían intentando celebrar un acuerdo de delación premiada, más que nada habría sido ultimado y no se había realizado ninguna oferta de beneficio concreto, negándole al acusado Luiz Inácio Lula da Silva el acceso a elementos de prueba ya documentados.

El Considerando Vinculante N° 14 del Supremo Tribunal Federal posee redacción de claridad incuestionable sobre el derecho de defensa: “Es derecho del defensor, en el interés del representado, tener acceso amplio a los elementos de prueba que, ya documentados en un procedimiento investigativo realizado por un órgano con competencia de policía judicial, digan respecto al ejercicio del derecho de defensa.”²

Se evidencia que los coacusados prestaron declaración para que los órganos de investigación verificasen si la indicación de los hechos potencialmente imputables al expresidente Lula constituiría una condición para destrabar los acuerdos de delación, cuya negociación venía siendo operada desde hacía varios meses. De este modo, el testimonio de Leo Pinheiro era el condicionante para arreglar el pacto, donde se concluye fácilmente que solo las “informaciones” que prestase sobre el expresidente Lula lo calificarían para recibir los beneficios del acuerdo. La paradoja es que, no estando comprometido, testimoniando en condición de acusado, no se le podría ser requerido ningún compromiso de decir la verdad. Al mentir, buscó legitimarse para conseguir el beneficio que le traería el trato con el Ministerio Público sin que, con eso, quedase comprometida su autodefensa.

A pesar de este hecho, la defensa del empresario solicitó, en la oportunidad de la presentación de memoriales³ en la acción que responde junto al expresidente Lula el reconocimiento de la “colaboración” y la aplicación de los dispositivos penales pertinentes a los beneficios legales previstos en su favor, pidiendo la reducción de la pena en 2/3 y la modulación hacia un régimen más favorable.

Espantosamente, en sus ya famosos alegatos finales –en los que evoca la obviedad elemental de Sherlock Holmes en la “lógica abductiva” de la teoría explicacionista –el Ministerio Público Federal conculca que hubo colaboración del acusado Leo Pinheiro, requiriendo

2 En <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=14.NUME.%20E%20S.FLSV.& base=baseSumulasVinculantes>>.

3 Ver <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/06/ATROCA-.pdf>>.

reducción de la pena por la mitad por haber “prestado colaboración relevante para la aclaración de los hechos, incluso sin acuerdo formal de colaboración”.

A su vez, en las 218 páginas de la sentencia en que condena al expresidente Lula a 9 años y medio de prisión, el juez Sérgio Moro, luego de hacer toda suerte de consideraciones que impedirían, a toda evidencia, la valoración de la declaración de Leo Pinheiro como delación premiada, asevera, sin embargo:

Aunque tardía y sin acuerdo de colaboración, es forzoso reconocer que el condenado José Adelmário Pinheiro Filho contribuyó, en esta acción penal, al esclarecimiento de la verdad, prestando declaración y proveyendo documentos.

[...]

Siendo su declaración consistente con lo restante del marco probatorio, especialmente con las pruebas documentales producidas y teniendo la declaración relevancia probatoria para el juzgamiento, se justifica la concesión a él de beneficios legales (pp. 209-210 de la sentencia).

Afirma, todavía, que adoptó, para la concesión de los beneficios, los parámetros del acuerdo de delación de Marcelo Bahia Odebrecht, presidente de Odebrecht, y que cometió crímenes en condiciones materiales y personales similares a José Adelmário Pinheiro Filho.

Son de diversas naturalezas los errores y las distorsiones existentes en el proceso de valoración de “pruebas” obtenidas con la declaración de Leo Pinheiro.

En primer lugar, el juez y el Ministerio Público Federal hicieron, en sede de alegatos finales y sentencia, explícitamente, el reconocimiento de la delación premiada sin que haya habido un acuerdo celebrado con el propio MPF. Y pactaron la concesión de beneficios en favor del acusado Leo Pinheiro, por haber afirmado que el inmueble tríplice, en la playa de Guarujá, pertenece al expresidente Lula. Crearon, de este modo, la figura del “delator informal”, inexistente en el orden jurídico patrio, haciendo una especie de trampolín jurídico, al saltar abiertamente lo que dispone el art. 6º de la Ley Nº 12.850/2013, sobre la forma de las delaciones premiadas, indispensable para conferirles validez.

Siguiendo su intento, en la página 211 de la sentencia, el juez consigue esmerarse en las innovaciones principiológicas. Al repetir lo obvio que la concesión del beneficio al acusado está condicionada a la confirmación del tribunal de apelación, se explaya sobre la “continuidad de la colaboración” y la obligación del acusado de decir la verdad.

La concesión del beneficio queda aún condicionada a la continuidad de la colaboración, solamente con la verdad de los hechos en

todos los demás casos criminales en que el condenado sea llamado a declarar.

En el caso que se constate, subsecuentemente, *una falta de colaboración o que el condenado haya faltado a la verdad*, el beneficio deberá ser cancelado (resaltados míos)

La confusión intencional que hace la sentencia, asumiendo como delación premiada la declaración de un coacusado que, efectivamente, no firmó ese compromiso y exigiendo que se comprometiera con la verdad durante los interrogatorios venideros, como una amenaza, expone asombrosamente el documento al nivel del absurdo jurídico, logrando desvirtuar los principios más básicos del derecho. Si hubiera discordancia de que los interrogatorios son procedimientos doctrinaria y jurisprudencialmente considerados medios de defensa, nadie ignora que a todo investigado es asegurado el derecho constitucional al silencio y de no producir pruebas contra sí mismo.

Ya condenado por el juez Moro a 16 años y 4 meses de reclusión en otra acción por corrupción activa, lavado de dinero y organización criminal, encarcelado por primera vez en noviembre de 2014 y puesto en prisión domiciliaria por el STF, el empresario Leo Pinheiro prestó varias declaraciones a lo largo de casi 3 años de investigación, siempre negando cualquier involucramiento del expresidente Lula en el llamado “caso triplex”. Los acuerdos de delación premiada fueron sucesivamente rechazados justamente por no mencionar al expresidente. En septiembre de 2016, 16 días después de que el MPF rechace la primera oferta del tratado de delación, el empresario fue nuevamente encarcelado por el juez Moro y en noviembre se le aumentó su pena en 10 años.

Finalmente, más de 2 años después de la primera reclusión, viendo agravarse su situación a cada día, Leo Pinheiro prestó, en abril de 2017, la declaración que Dallagnol y Moro consideran que “colaboró” con la investigación: repitió la versión ya adoptada por el Ministerio Público Federal de que Lula es el verdadero propietario del inmueble departamento triplex, 164-A, Edificio Salina, Condominio Solaris, en Guarujá, en el litoral paulista, parcialmente reformado, en intercambio de haber beneficiado indebidamente a la constructora OAS en tres contratos del consorcio CONEST/RNEST, lesivos a PETROBRAS. Adicionalmente, el empresario creó diálogos entre él y el expresidente Lula que nadie más presenció, en donde habría sido instado a destruir las pruebas.

Lo inverosímil de la declaración prestada por el empresario Leo Pinheiro, los argumentos producidos de un modo inválido, luego de años de presión y dada su condición de acusado preso es latente, so-

bre todo si se contrasta con la declaración de 73 testimonios escuchados en 24 audiencias en la acción penal y los documentos vinculados a los autos. Mereció, no obstante, 29 párrafos en la sentencia del juez Moro.

Agregada a la disposición del órgano denunciante y del juez de conferirle –a despecho de la norma y de la burla al procedimiento– el valor de delación premiada, la declaración de Leo Pinheiro podría conducirnos a la seducción de utilizar, con mayor propiedad, los mismos criterios de la lógica abductiva adoptada por Deltan Dallagnol en los alegatos finales en la misma acción penal, y citar al famoso investigador inglés de la obra de ficción. ¿Cuáles son las hipótesis fácticas que se presentan para explicar la evidencia? a) ¿la declaración fue fabricada? b) ¿la versión fue combinada? c) ¿la creación de la figura del “delator informal” es una bonificación para justificar el enredo del vale todo para condenar al expresidente Lula? d) ¿todas las alternativas son correctas?

“¡Elemental, mi querido Watson!”.

Tarso Cabral Violin*

LA CONDENA DE LULA POR SÉRGIO MORO EN LA VISIÓN DE UN ADMINISTRATIVISTA

EL JUEZ MEDIÁTICO Sérgio Moro, héroe para algunos, villano para otros, juez de la 13ª Sala Federal Criminal de Curitiba, expidió sentencia el 12 de julio de 2017 que condenó al expresidente de Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010), Presidente Honorario del Partido de los Trabajadores, a nueve años y seis meses de reclusión. La sentencia cita los crímenes de corrupción pasiva, por supuesto recibimiento de ventaja indebida del Grupo OAS, producto de contratos con Petróleo Brasileño S.A. (PETROBRAS); y lavado de dinero involucrando supuesto ocultamiento y disimulo de titularidad (y supuesto beneficio de reformas realizadas) del departamento triplex, situado en el condominio Solaris, en Guarujá, litoral de San Pablo.

El juez de primera instancia entendió que en las investigaciones de la Operación *Lava Jato* fueron reunidas pruebas de que empresas privadas contratadas por PETROBRAS, una sociedad de economía

* Abogado en Curitiba, profesor de Derecho Administrativo en diversas instituciones en el estado de Paraná, máster en Derecho del Estado y doctorando en Estado y Políticas Públicas por la Universidad Federal del Paraná, vicecoordinador del Núcleo de Investigación en Derecho del Tercer Sector del PPGD-UFPR, miembro de la Comisión de Estudios Constitucionales de la Orden de los Abogados de Brasil, Sección Paraná, y autor de los libros “Gestión de los Servicios Públicos” y “Tercer Sector y los Contratos con la Administración Pública: un análisis crítico”.

mixta que es parte de la Administración Pública federal indirecta, pagarían ventajas indebidas a dirigentes de la empresa estatal, pero que también surgieron “elementos probatorios” de que el esquema criminal sirvió para corromper agentes políticos como el expresidente Lula.

Según el Ministerio Público Federal y el juez Moro, cabría a los agentes políticos dar sustento y nombramiento y a la permanencia de los cargos de PETROBRAS de los referidos directores y, por lo tanto, recibían una remuneración periódica. Para el Ministerio Público y Moro, Lula habría participado conscientemente del esquema criminal, inclusive teniendo conocimiento de que los directores de PETROBRAS se valieron de sus cargos para el recibimiento de R\$ 3.738.738,00 por medio del tríplex reformado, con “estratagemas subrepticias para ocultar las transacciones”.

Quedó en manifiesto en la sentencia que, según el Ministerio Público, Lula era el responsable por la indicación de los nombres de los directores de PETROBRAS al Consejo de Administración de la empresa estatal y que Lula dirigió el esquema criminal. Se hizo famoso el día de septiembre de 2016 cuando el Ministerio Público presentó una obra de “arte” en *Power Point* mostrando a Lula en el centro de varias acusaciones como jefe de todo el esquema que denominaron “*sobornocracia*”, y la frase de que no había pruebas, sino convicción de que el expresidente era culpable. La defensa de Lula alegó, entre otras cuestiones, que el expresidente no tenía conocimiento de los crímenes ocurridos en PETROBRAS y que no hubo ningún acto de oficio de Lula en las licitaciones y contratos citados, y pidió la absolución. Extrañamente, durante el proceso Moro negó (28/10/2016) un pedido de la defensa de Lula de la recolección en PETROBRAS de todas las actas de reuniones de Consejo de Administración, consejo Fiscal y de las comisiones de licitación en el período de 2003 a 2016. Negó también la recolección integran de copia de los documentos relativos a los procesos de licitación y contratos relativos a lo que se discute en la operación.

Analizando las 218 páginas de la sentencia, no hay ninguna prueba de que el expresidente –él, persona física– haya recibido el tríplex como regalo de la constructora. No hay tampoco ninguna prueba de que algún miembro de su familia haya recibido ese regalo. Pero, incluso si hubiera alguna prueba contra algún familiar de Lula, no hay ninguna prueba contra el expresidente. Moro llega a confesar en la sentencia que sobre los términos de adhesión sin firma encontrados en la residencia de Lula “no fue posible identificar la autoría de los manuscritos o el momento temporal de las enmiendas”, pero el propio magistrado intenta demostrar como prueba contra Lula, asombrosamente, varios materiales periodísticos del diario “*O Globo*”. No hay

ninguna prueba de que Lula entabló negociaciones con la constructora sobre el departamento e, incluso, no hay pruebas de que supuestamente sus familiares habrían tratado con la empresa. Incluso así, el juez alega en la sentencia de que “sobre estos hechos, el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva no presentó ninguna explicación concreta”. Varios testigos citados en la sentencia dicen que “oyeron decir” que el inmueble era de Lula. Prueba concreta, contra Lula, ninguna. O sea, Moro invierte la carga probatoria y quiere que Lula explique algo en lo que no tuvo injerencia. La única prueba en el proceso contra Lula es testimonial, de Leo Pinheiro, expresidente de la OAS, criminal confeso que, para no cumplir la pena restrictiva de libertad, dijo, en delación premiada, que acordó con Lula sobre las reformas en el triplex. Moro confiesa: “no hay ninguna duda de que las declaraciones de José Adelmário Pinheiro Filho y de Agenor Franklin Magalhaes Medeiros son cuestionables, ya que son criminales confesos que resolvieron colaborar a fin de obtener beneficios de reducción de pena. Pero esto no significa que las declaraciones no puedan ser verdaderas”. Claro que es posible que las declaraciones sean verdaderas, pero la sentencia no puede basarse solamente en ellas. Incluso de haber alguna prueba en este sentido, contra Lula, no hay ninguna prueba en el proceso vinculado a un crimen de corrupción en ese recibimiento.

Sobre cómo Lula sería, supuestamente, un corruptor pasivo, Moro se vale, de las 218 páginas de la sentencia, apenas de 32 páginas (p. 153-184) para abordar el tema de la corrupción e intentar demostrar una prueba inexistente y, asombrosamente, solo 19 páginas sobre la supuesta corrupción de Lula (p. 166-184).

Según la denuncia del Ministerio Público, OAS participaba de un cartel de constructoras, y adquirió, mediante un arreglo, obras contratadas por PETROBRAS por medio de tres contratos con un valor aproximados de R\$ 6,5 mil millones, y habría abonado un soborno equivalente al 3% a agentes públicos de PETROBRAS y a miembros de partidos políticos y a políticos. Lo más interesante es que el 4% de R\$ 6,5 mil millones es R\$ 195 millones, y el supuesto “jefe de la cuadrilla” habría recibido solamente 3,7 millones.

El art. 317 del Código Penal determina que es corrupción pasiva solicitar o recibir para sí, en razón de su función, ventaja indebida o aceptar promesa. No hay ninguna prueba en el proceso de que Lula haya ejercido un acto de oficio con la intención de ofrecer ventaja indebida a quien quiera que sea.

En PETROBRAS quien firmaba los contratos eran sus directores de área. No era ni el director presidente de la estatal, ni los miembros del Consejo de Administración de la empresa, ni el ministro de las Minas y Energía ni, mucho menos, el presidente de la república. De

forma correcta, tal vez por el desconocimiento de cómo funciona la Administración Pública por parte del señor Moro, Lula explicó en su declaración en Curitiba, didácticamente, que el presidente de la república indica el Consejo de Administración de PETROBRAS, como si eso fuera prueba del crimen, como si eso no sucediera en todos los gobiernos de coalición antiguos y futuros en Brasil, sea en el ámbito federal, estadual y municipal, o en otros países occidentales europeos y americanos.

Un hecho curioso es que el Reglamento del Procedimiento Licitatorio Simplificado de PETROBRAS, aprobado por el Decreto N° 2.745/98 por el entonces presidente Fernando Henrique Cardoso (PSDB, de 1995-2002), puede haber sido desconsiderado. Reglamento que varios juristas, inclusive el mayor administrativista brasileño, Celso Antonio Bandeira de Mello, señalan como uno de los responsables por el aumento de corrupción en PETROBRAS, en tanto que retiró las licitaciones y contratos de la empresa de la batuta jurídica de la Ley N° 8.666/93, la ley nacional de las licitaciones y contratos, más rígida contra desmadres. De cualquier forma no fue Lula quien faltó el respeto a la norma, y no hay prueba de que Lula haya actuado o presionado para que alguien en PETROBRAS le faltase el respeto al reglamento.

Sobre el tema, nuevamente se tiene apenas colaboraciones premiadas de criminales confesos. El exsenador Delcídio Amaral (ex PSDB y ex PT) declaró que había distribución de cargos por el gobierno federal en PETROBRAS para la recaudación para los partidos políticos, y que eso era de conocimiento de Lula, pero que no llegó a tratar eso directamente con el expresidente. O sea, ninguna prueba contra Lula, solamente un “oí decir” de un criminal confeso.

Otro criminal confeso, en colaboración premiada, el exdiputado Pedro Correa (PP) alegó que hubo intervención personal de Lula por el nombramiento del director de PETROBRAS. Pero esto no prueba nada, las indicaciones políticas en empresas estatales ocurren en el mundo entero, ocurre en Alemania, en Francia, los partidos que componen un gobierno de coalición indican nombres a ser confirmados por el jefe del Poder Ejecutivo, los ministros o los consejeros de Administración de las empresas estatales. No hay ninguna prueba, ni incluso testimonial, de que Lula hubiera indicado algún nombre con la intención específica de que el indicado participase en algún esquema de corrupción.

Por último, Moro aduce que

[...] es forzoso reconocer el mérito del Gobierno del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva en el fortalecimiento de los mecanismos de con-

trol, abarcando la prevención de la represión, del crimen de corrupción, especialmente en los efectuados por la Policía Federal durante el primer mandato, en el fortalecimiento del Control General de la Unión y en la preservación de la independencia del Ministerio Público Federal mediante la elección, para el cargo de Procurador General de la república, de un integrante de la lista votada entre los miembros de la institución.

El juez mediático concluye que “parece poco extraño” que Lula no tuviera conocimiento del esquema de corrupción, como si eso fuese suficiente como prueba contra el expresidente. Y “tira de la oreja” de Lula porque el expresidente no estuvo de acuerdo con la decisión del Supremo Tribunal Federal en la Acción Penal 470 del llamado “*Mensalão*”. Como si los mayores juristas y penalistas del país tampoco tuvieran serias reservas contra la decisión política y poco jurídica del STF en aquella ocasión. Resáltese que Moro no decidió conforme lo que alegó el Ministerio Público en el famoso *Power Point*, en el sentido de que Lula sería el artífice principal del esquema criminal de PETROBRAS.

Moro, con esa sentencia y demás actuaciones pretéritas y futuras, quedará marcado en la Historia como el juez de primera instancia que intentó, con un apoyo de parte importante de los medios y de la elite financiera, sin ninguna fundamentación fáctica y legal, impedir que el expresidente más popular de la historia brasileña, líder indiscutible en todas las encuestas, intentase volver al poder por medio del voto directo de los electores brasileños en 2018.

Rui Barbosa (s/d) ya había dicho que de tanto ver triunfar las nulidades, crecer la injusticia, agigantarse los poderes en manos de los malos, las personas llegan a desanimarse. Los juristas que defienden, de forma intransigente, la democracia social contra el poder punitivo, el neoliberalismo y el fascismo, ¡jamás se desanimarán!

Tarso Genro*

LA SENTENCIA DE MORO

“JAQUE MATE” Y CHEQUE SIN FONDOS

QUIEN LEYÓ LA SENTENCIA del juez Sérgio Moro que condenó al presidente Lula, sin las pasiones inmediatas determinadas por la lucha política en curso (de la que es parte), puede hasta comprender los elogios solidarios de algunos de sus pares corporativos que circulan con una rapidez extraña, pero difícilmente quedará convencido de que tal decisión podría prosperar en un tribunal neutro, sin el uso de las “razones de excepción” que han marcado –hasta aquí– las acciones penales contra el expresidente. Falta de fundamentación lógica, método inductivo analítico en la apreciación de las declaraciones sin cotejo de su valor probatorio, elección de relevancia e irrelevancia de los hechos, según una opción ya hecha por la condena, y un claro motivo político. Secuencia de masacre mediática, patrocinada de forma consciente por la mayoría de los medios tradicionales, que fue elevada, incluso, a la condición de juez “*ex officio*” del proceso, a través de sus titulares arbitrarios.

Adoptado este método y esta visión procesal penal, todos los acusados que fueron objetivo de delación premiada –me refiero a los

* Exgobernador del estado de Río Grande do Sul, exprefecto de Porto Alegre, exministro de Justicia, exministro de Educación y exministro de Relaciones Institucionales de Brasil.

acusados de obtener algún provecho de los financiamientos de las constructoras– independientemente de las defensas que presentaron, deberán ser inapelablemente condenados. El motivo es simple: la convicción del magistrado no precisa más fundamentarse en el proceso, pero puede emerger de la convicción programada o voluntaria, fuera de los autos, luego, formada en el espacio de la política y del contradictorio partidario. Esto es válido para cualquier acusado, de cualquier partido y de cualquier empresa señalada como corruptora. La señalización que está dada por el STF, sin embargo, no es esa, ya que a medida que los procesos avanzan sobre los protagonistas del golpe y los “defensores” de las reformas, la Corte Suprema ha revalorizado los principios de la presunción de inocencia, de la amplia defensa y las formas no excepcionales del debido proceso legal.

Se engañan, por lo tanto, quienes piensan que el juez Moro es un diletante en materia jurídica, que se “equivocó” en una sentencia importante. Su elección, por el oligopolio de los medios, la condición de primer hombre de la ley, que instó al Supremo a cambiar sus interpretaciones históricas, en materia de garantías constitucionales – para superponer las necesidades del proceso político a las garantías del Estado de Derecho (porque el “país tiene prisa” en el combate a la corrupción)– garantizan a Moro que él pasaría a tener estatuto político para dar un “jaque mate” en el país. Y así lo hizo, porque todas las alternativas que lega su sentencia, o prolongan la crisis o abren un vasto espacio para la impunidad, o deslegitiman, todavía más, la esfera de la política, promovieron la ausencia de Lula en la disputa presidencial del 18.

Primera hipótesis, “prolongan” la crisis a través de la crisis del Poder Judicial, porque la sentencia de Moro viene a luz, precisamente, cuando sus métodos de investigación y sus decisiones de mantenimiento de los encarcelamientos infinitos, comienzan a ser anuladas por otras instancias, lo que denuncia, por lo tanto, su selectividad. Segunda hipótesis, abren un “vasto espacio de impunidad”, porque la retorsión, eventualmente hecha por el STJ y por el Supremo –para restablecer las garantías de la presunción de la inocencia y del tránsito en juzgado para el cumplimiento de las penas– beneficiarán directamente la próxima generación de acusados, culpados o no –originarios del golpismo– que ya están siendo liberados o incluso no fueron juzgados. Tercera hipótesis, si su sentencia excluyente de Lula fuera simplemente mantenida o agravada, ningún presidente electo el 18 va a tener legitimidad para gobernar.

Así, cualquiera que sean las decisiones adoptadas por las instancias superiores (porque todo el proceso fue un rosario de excepciones y selectividades) a partir de ahora –manteniendo la sentencia, refor-

mándola para absolver a Lula o aumentando la pena– ellas reforzarán la crisis política, abalarán la confianza en el Poder Judicial, más todavía de lo que ya está abalada, aguzarán la radicalidad de la confrontación de clases en el país y permitirán que la agenda nacional continúe siendo controlada por el oligopolio de los medios. El mismo oligopolio que produjo una incriminación fascista –en abstracto– de los partidos y de los políticos, colocando en el mismo plano a los honestos, a los que se valieron de la tradición deformada del caja 2 y los que vivieron y sobrevivieron en la escuela del soborno y del crimen.

La sentencia de Moro –débil, condenatoria sin pruebas y previamente decidida en la esfera de la difusión de la información– es un “jaque mate” a la república, que no tiene una elite política en el Parlamento, capaz de resistir la descomposición, que especialmente el PMDB y el PSDB promueven en nuestra democracia en crisis. Pero la sentencia también es un cheque sin fondos, que paga un servicio a la derecha liberal tutora de las reformas, cuya mayoría en el Congreso puede caer en el patíbulo imprevisible de los procesos sin ley o por el juzgamiento del pueblo soberano, al que ellos engañan para hacer las reformas, como si estuviesen preocupados con la corrupción. Un “jaque mate” combinado con un cheque sin fondos, que repite, como farsa, la era berlusconiana en la Italia de las “manos limpias”, que se tornaron muy sucias.

Tatyana Scheila Friedrich*
y Larissa Ramina**

LA SENTENCIA CONDENATORIA DEL PRESIDENTE LULA COMO UNA AFRENTA AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

*“A justiça, cega para um dos dois lados, já não é justiça.
Cumpre que enxergue por igual à direita e à esquerda”.*

Rui Barbosa

EL DERECHO INTERNACIONAL de los Derechos Humanos se consolidó en función de la necesidad de establecerse un mínimo de derechos y garantías a los individuos independientemente de su origen, nacionalidad o vínculo a algún país específico. Las atrocidades cometidas por los regímenes nazi y fascista demostraron que los derechos previstos internamente no serían suficientes dado que en cualquier país podría aparecer una autoridad estatal arbitraria y simplemente retirar todos los derechos de la población, de una parte de ella o de personas individualizadas, por una forma personal de pensamiento y justificativos. Así, luego de la Segunda Guerra Mundial esta rama jurídica fue afirmándose, a partir de la lucha que involucró personas, organizaciones y Estados comprometidos en su realización.

Se entiende que la rama jurídica está compuesta por tres vertientes bastante amplias que incluyen al Derecho Internacional humanitario, que abarca la protección de las personas en situaciones

* Profesora de Derecho Internacional Privado en la UFPR, con posdoctorado en Migración y Trabajo en la Fordham University (Estados Unidos).

** Profesora de Derecho Internacional Público en UFOR, con posdoctorado en Derecho Internacional por la Université de Paris Ouest Nanterre La Défense (Francia).

de conflictos armados, el Derecho Internacional de los Refugiados, que busca proteger a los seres humanos que sufren persecuciones y se encuadran en el concepto de “refugiado” y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos propiamente dicho, que engloba un amplio rol de derechos individuales y colectivos, tanto en el campo de los derechos civiles y políticos como en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales, además de aquellos ligados a la bioética. En la tercera vertiente se encuentran los derechos ligados al tema de la justicia, incluyéndose ahí las garantías procesales que deben ser respetadas en relación a las personas que están sometidas a procesos administrativos y judiciales, lo que interesa al presente estudio.

En la cuestión que involucra a procesos judiciales, el principio central y que da origen a todas las garantías del juzgado y que, por lo tanto, debe ser respetado por todos los involucrados, incluso la autoridad que juzga, es el principio del debido proceso legal. Este incorpora los valores esenciales a cualquier juzgamiento: amplia defensa, principio contradictorio, doble grado de jurisdicción, fundamentación, juez natural, paridad de recursos, presunción de inocencia, prohibición de pruebas ilícitas y verdad real.

La sentencia dictada por el juez Sérgio Moro, de la Cuarta Sala de la Justicia Federal de Curitiba, en julio de 2017, en el proceso en que figuró como acusado el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva y lo condenó a nueve años y medio por corrupción pasiva y lavado de dinero, presenta varias inconsistencias y graves violaciones a este principio básico y sus dimensiones, previstos tanto en los textos internacionales vigentes en el ámbito regional como en aquellos de carácter universal.

El tema de los derechos humanos siempre fue una preocupación en las Américas, lugar donde surgió el primer documento internacional de derechos humanos: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, cuya promulgación ocurrió en abril de 1948, en la misma ocasión de la creación de la propia OEA. La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue aprobada por la Asamblea General de la ONU algunos meses después, en diciembre del mismo año. De acuerdo con Lindgren Alves,

La Declaración Americana difiere de la Declaración Universal en términos de contenido porque no es solamente una declaración de derechos. Ella establece no solamente los derechos inherentes a todos los seres humanos, dotados de atributos innatos de dignidad, libertad e igualdad. En función de los atributos igualmente congénitos de razón y conciencia de la persona humana, ella establece también deberes correlativos a esos derechos.

De acuerdo al segundo párrafo de su Preámbulo: “Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”. Se busca así la adecuación del documento a la doctrina jurídica tradicional de que a cada derecho corresponde un deber (Lindgren Alves, 1997: 272).

Sobre el acceso a la justicia, la Declaración Americana enuncia en su artículo 18, que

Toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer respetar sus derechos. Debe poder contar, de la misma manera, con un proceso simple y breve, mediante el que la justicia la proteja contra actos de autoridad que violen, en su perjuicio, cualquiera de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

En la secuencia, el artículo 26 trata de la presunción de inocencia del acusado y de los principios que deben regir el testimonio, el juicio y la determinación de la pena.

Artículo XXVI. Se parte del principio de que todo acusado es inocente, hasta probarse la culpabilidad. Toda persona acusada de un delito tiene derecho de ser escuchada en una forma imparcial y pública, de ser juzgada por tribunales ya establecidos de acuerdo con leyes preexistentes, y de que no se le inflijan penas crueles, infamantes o inusitadas.

En este punto inicial ya pueden verificarse las irregularidades en todo el proceso, desde la declaración de Lula, cuando los videos mostraron actitudes del juez con fuerte parcialidad, mala voluntad en relación a sus defensores e interrupciones de las intervenciones. La pena impuesta, de nueve años y seis meses, puede ser considerada infamante, ya que es de conocimiento general la ironía del juez de llamar, en el ámbito privado, al acusado por la denominación de “*nine*”, en referencia al hecho de que Lula tiene solamente nueve dedos, en función de un accidente de trabajo que sufrió. Una verdadera agresión a la honra del ser humano.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada en la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948 y trató la temática de los derechos humanos de forma profunda y abarcadora, con el mérito de aglutinar los derechos civiles y políticos y también los derechos económicos y sociales, en una concepción universalista e indivisible.

En la misma línea de la Declaración anterior el artículo 10° de la Declaración Universal trata el derecho vinculado al proceso judicial.

“Toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a una audiencia justa y pública por parte de un Tribunal independiente e imparcial, para decidir de sus derechos y deberes o del fundamento de cualquier acusación criminal contra ella”. El artículo siguiente aborda el principio del *in dubio pro reo*.

Artículo 11°. 1. Toda persona acusada de un acto delictivo tiene el derecho de ser presumida inocente, hasta que su culpabilidad haya sido probada de acuerdo con la ley, en juicio público en el que le hayan sido aseguradas todas las garantías necesarias para su defensa.

Las actitudes del juez en los medios, anteriormente a la sentencia, sus declaraciones, la presencia y manifestación en diversos eventos para hablar sobre el proceso, la proximidad con los miembros del Ministerio Público involucrados en el caso, las fotos retratando una relación personal con adversarios políticos del expresidente Lula y el hecho de tener familiares directos vinculados al partido político que siempre hizo de oposición electoral y gubernamental al expresidente, fueron demostraciones que conducen fácilmente a la percepción de existencia de intención de condenar al acusado, por motivación personal, independiente de los autos. Esto rompe con la exigencia de la independencia e imparcialidad del juez y con la presunción de inocencia, previstos en los artículos en referencia.

En el plano de las Convenciones de Derechos Humanos, en tanto tratados internacionales ratificados por los Estados, por lo tanto con carácter vinculante, los principios procesales también están previstos. La Declaración Universal siempre fue una referencia mundial en términos de derechos humanos pero, para suplir su falta de juridicidad, fueron celebrados en 1960 dos Tratados bajo los auspicios de la ONU: El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, dirigidos a los individuos, detentores de los derechos descriptos en el texto, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dirigidos a los Estados parte, que se comprometen a realizar prestaciones positivas a fin de implementarlos.

El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (Pacto de Nueva York) establece en su art. 14, § 1°, que “Todas las personas son iguales frente a los tribunales y las cortes de justicia”. Sobre esta igualdad, resulta importante demostrar el vicio en la sentencia al no tratar al expresidente Lula de forma igualitaria y, por el contrario, aumentar la pena por haber sido presidente de la república.

Ya en la Organización de los Estados Americanos, la Resolución III de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de los países americanos, realizada en 1959, recomendó al

Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de proyectos de creación de una Convención de Derechos Humanos y de un sistema institucional de Protección de los Derechos Humanos. Así, el sistema interamericano dejó de ser meramente declaratorio y se tornó más efectivo con el surgimiento, en 1969, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José, que entró en vigencia en 1978. Entre los varios derechos allí previstos, se destaca el art. 8°:

Artículo 8°. Garantías judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser escuchada, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido anteriormente por ley, en la averiguación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para que se determinen sus derechos u obligaciones de naturaleza civil, laboral, fiscal o de cualquier otra naturaleza. 2. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia en tanto no se compruebe legalmente su culpa [...].

Sobre la parte 1 del artículo, la garantía de un “juez o tribunal competente” no fue observada en el caso en análisis. La competencia del juez Sérgio Moro fue cuestionada por la defensa considerando que él invoca para sí innumerables acciones que no serían de su competencia, que debe quedar sujeta al caso de PETROBRAS. Entonces se verifica un esfuerzo del referido juez para ligar los hechos a PETROBRAS y así juzgar personalmente al expresidente Lula como involucrado en el caso.

La exigencia de comprobar legalmente la culpa es otra parte crítica de la sentencia del juez Sérgio Moro, considerando que el expresidente Lula nunca tuvo la propiedad, la posesión y ni siquiera la llave del triplex. Del mismo modo, no quedó comprobado un beneficio económico consecuente a este bien y, sin eso, no es posible configurarse un acto de corrupción ni lavado de dinero.

Ahora bien, el principio del juez natural existe justamente para evitar la parcialidad de las decisiones, alejando la posibilidad de que las partes y sus abogados escogieran personalmente a los jueces y que los jueces iniciasen las causas que les interesen, sin la iniciativa de las partes.

El “Estatuto de Roma”, tratado internacional que creó el Tribunal Penal Internacional (TPI), fue firmado en 1988 en Roma y entró en vigor en el día 1° de julio de 2002, luego del sexagésimo depósito de instrumento de ratificación. Fue un marco en la historia del derecho internacional ya que por primera vez se estableció una corte judicial internacional para juzgar a criminales de guerra y perpetradores de genocidio y crímenes contra la humanidad, cuando no

fueran juzgados por sus tribunales nacionales. Finalmente el mundo se mostró listo para crear un tribunal de carácter permanente y librarse de los tribunales de excepción, creados por los vencedores en los períodos posteriores a las guerras o por el Consejo de Seguridad de la ONU para juzgar situaciones localizadas. Brasil ratificó el Tratado de Roma, realizando el depósito del instrumento de ratificación en 2002.

En el texto del Estatuto hay diversos principios relativos al proceso, refiriéndose, por ejemplo, a *garantías de un proceso equitativo reconocidas por el derecho internacional*, tal como se describe en el artículo 17.2. El artículo 66 aborda la presunción de inocencia y en su ítem 3, es taxativo: 3. “Para dictar sentencia condenatoria, el Tribunal debe estar convencido de que el acusado es culpable, más allá de cualquier duda razonable”. La duda, el debate, la existencia de posiciones diferenciadas entre los jueces, por lo tanto, deben conducir a la inocencia del acusado y no a su condena. Este es uno de los muchos ejemplos de la sentencia que muestra duda, considerando que el expresidente no realizó un acto de oficio: 866. “En la jurisprudencia brasileña, la cuestión es todavía objeto de debates, pero los juicios más recientes se inclinan en el sentido de que la configuración del crimen de corrupción no depende de la práctica del acto de oficio y que no hay necesidad de una determinación precisa de él”.

Frente a todo lo expuesto, queda demostrado cómo la sentencia del juez Sérgio Moro viola varios dispositivos internacionales de derechos humanos. Como servidor del Estado Brasileño, como profesional del Poder Judicial y como ciudadano, el juez tendría la obligación de respetarlos, garantizando la dignidad humana. Como esto no ocurrió, su sentencia debe ser revisada.

En palabras de Augusto Cançado Trindade, expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y actual juez en la Corte Internacional de Justicia,

Cabe, pues, naturalmente a los tribunales internos interpretar y aplicar las leyes de los países respectivos, ejerciendo los órganos internacionales específicamente la función de supervisión, en los términos y parámetros de los mandatos que les fueron atribuidos por los tratados e instrumentos de derechos humanos respectivos. Pero cabe, además, a los tribunales internos, y otros órganos de los Estados, asegurar la implementación a nivel nacional de las normas internacionales de protección, lo que realza la importancia de su papel en un sistema integrado como el de la protección de los derechos humanos, en el que las obligaciones convencionales amparan un interés común superior de todos los Estados Parte, o de la protección del ser humano (Cançado Trindade, 1996: 216-217).

Cabr , entonces, al Tribunal revisor de la decisión, garantizar esta protección del ser humano, revisando la decisión tan impropia y que afronta a los principios procesales previstos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

Cançado Trindade, A. A. (ed.) 1996 *A Incorpora o das Normas Internacionais de Prote o dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. (San José: IIDH / ACNUR / CICV / CUE).

Lindgren Alves, J. A. 1997 *A arquitetura internacional dos direitos humanos* (San Pablo: FTD).

Valeir Ertle*

PREVALENCIA DE LAS CONVICCIONES EN LA CONDENA DE LULA

BRASIL ASISTE ESPANTADO al discurso de la prevalencia, nuevo argumento utilizado por la clase dominante para imponer sus intereses políticos y económicos, contrariando garantías legales y constitucionales. En el mundo del trabajo fue la *prevalencia del negociado sobre los derechos*, que sirvió de apoyo para aprobar una legislación retrógrada, que afronta los derechos conquistados en nuestro largo e inconcluso proceso civilizatorio.

En el ámbito criminal es la prevalencia de las convicciones, en este caso, políticas e ideológicas sobre los derechos individuales y las garantías constitucionales. La condena sin pruebas del mejor, más popular y más reconocido presidente de la República Federativa de Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, revela cómo la prevalencia de las convicciones político ideológicas sobre la presunción de inocencia hasta prueba de contradictorio, prevista en nuestro armazón jurídico, lleva a la condena, sin pruebas, de inocentes.

La referencia fundamental de estos señores de la Casa Grande está en el derecho penal del enemigo, del doctrinario alemán Günter Jakobs (Jakobs y Meliá, 2007), que hace más de veinte años viene siendo diseminado por el mundo. Basándose en esta teoría, Lula viene siendo tratado como enemigo de Estado y, como tal, recibe un trata-

* Secretario Nacional de Asuntos Jurídicos de la CUT.

miento discriminatorio y diferenciado. Pero sucede que Lula es víctima e inocente. En vez de ser condenado debería ser condecorado por las políticas públicas y por la instrumentalización y fortalecimiento de la policía federal que realizó durante sus gobiernos.

El expresidente no es tratado como un ciudadano portador de derechos porque a pesar de la persistente, enfática y sistemática campaña de Globo –de forma articulada con promotores y Moro– contra sus realizaciones y su reconocido liderazgo político, las encuestas lo señalan en primer lugar en la disputa para presidente. Lo tratan como un enemigo que precisa ser aniquilado para asegurar la dominación de una clase propietaria ambiciosa y sumisa a los intereses del capital internacional. La intelectualidad de extrema derecha ha encontrado en la teoría del derecho penal del enemigo una fuente de inspiración para sus acciones contra sus adversarios. Lo que el mundo ha presenciado en Brasil no es otra cosa que la aplicación de esta teoría de inspiración nazi e intolerante.

Con base en esta teoría el castigo del enemigo es anticipado, por lo tanto sustentada en convicciones y no en pruebas; es desproporcional y se sigue de la supresión de las garantías procesales. De ahí el uso sistemático de encarcelamientos previos, de chantajes para forzar a delaciones premiadas, cuyos premios están relacionados directamente y dependientes del cumplimiento de los objetivos de las fuerzas políticas y económicas que pretenden destruir a Lula para que no tengan que enfrentarlo en las urnas. En este contexto, la separación entre quien investiga y quien juzga es totalmente eliminada, cabiendo al último prácticamente liderar los primeros.

En esta actuación sustentada en intereses político ideológicos el rol de los medios de comunicación es central. La persecución motivada por una condena previa y sin pruebas sirve al objetivo de aniquilar al enemigo, la destrucción política y social. En un país donde la Casa Grande se enriquece a costas del Estado, donde corruptos y rapiñas de la elite no son castigados, el sentido común es presa fácil de ropajes autoritarios, soportados por una amplia campaña en los medios de comunicación.

Los americanos vienen recurriendo al derecho penal del enemigo hace tiempo en sus embestidas a lo largo de todo el mundo. La prisión de Guantánamo es un ejemplo, entre tantos otros. Las dictaduras militares usaron y abusaron de esta forma particular de desconocer los derechos más elementales de la persona humana. Declaran que determinado ser humano es enemigo del Estado, basado en convicciones e intereses políticos, ideológicos y financieros y las garantías legales más elementales son suprimidas.

El intento de encarcelar a Lula y las formas de cómo vienen siendo conducidos los procesos que fueron abiertos contra él revelan la adhesión amplia de promotores, jueces, medios de comunicación y

facciones de derecha de los partidos a esta teoría. La utilizan buscando aniquilar e inviabilizar la posibilidad de que Lula sea candidato a presidente de la república, porque saben de su reconocimiento y lo difícil que sería derrotarlo en las urnas.

Así como las operaciones desencadenadas por la Policía Federal reciben nombres adecuados para las campañas publicitarias, la condena de Lula sin pruebas a 9 años y medio tiene todo que ver con las acciones de comunicación que la sucedieron. No es en vano que circulan en las redes sociales chistes relacionando la condena con la cantidad de dedos del expresidente.

En la inquisición eran considerados como enemigos quienes no atendían a los dictámenes del Estado y de la Iglesia, y en la Alemania nazi los judíos eran presos y condenados a muerte. No fue diferente la postura de las dictaduras latinoamericanas, que apresaron, torturaron y mataron a militantes por considerarlos enemigos del Estado. De la misma forma hacen con Lula, que ha sido víctima de una persecución sin tregua de sectores de la elite dirigente y empresarial y de partidos políticos capturados por la derecha, que no quieren el retorno a la Presidencia de la República de un líder que no pertenezca a la clase dominante, especialmente un metalúrgico nordestino, que hizo más por el pueblo y por Brasil que todos los gobiernos que le antecedieron.

La persecución e injusta condena, por lo tanto, se articula con el golpe que retiró por la fuerza a Dilma Rousseff de la Presidencia y colocó en su lugar a una legión de corruptos, que, a pesar de ser acusados, delatados, y de la abundancia de pruebas continúan libres e ile-sos. Es impresionante la parcialidad de parte del Poder Judicial, con Moro al frente, que no castiga a aquellos contra los que hay pruebas abundantes y condena a Lula por convicción político ideológica, sin ninguna prueba. A los amigos y adversarios la presunción de inocencia, a un ciudadano respetado, pero considerado su enemigo de clase, la persecución, la coacción, la destrucción, recurriéndose a expedientes de guerra ininterrumpida, hasta su liquidación.

Otro aspecto relevante de la persecución a Lula es la velocidad. Absolutamente controlada y alineada al calendario y agenda de los partidos de derecha. Lula fue condenado sin pruebas en el proceso del departamento que nunca fue suyo. Pero ya preparan una nueva condena sin pruebas, para que Lula no tenga tiempo ni siquiera de respirar. Se trata no de una operación, sino de una guerra con ataques sucesivos, ya que no se busca solamente castigar, sino de destruir aquello que es, lo que hizo y lo que podrá hacer Lula por el pueblo brasileño. El objetivo es impedir que Lula sea candidato a presidente.

No estamos frente a un proceso llevado a cabo con el objeto de instaurar el orden social y acabar con la corrupción, sino a un proceso en

el que Lula no es tratado como ser humano portador de derechos, sino como una amenaza a ser extirpada. Por esto, investigadores, juez, medios de comunicación y partidos interesados en la condena, se agrupan como si fueran un único ejército. Algo en gran medida semejante al DOI CODI o a los SS de Hitler en Alemania. En este ejército no cabe adoptar los fundamentos del derecho penal, separando a quien investiga de quien juzga. Todas las funciones están mezcladas y obedecen a un único comando.

En un contexto como este, marcado y orientado por el derecho penal del enemigo, los hechos no son investigados y las pruebas no son recogidas. La condena es previa, ocurre en el momento en que el enemigo es declarado. Cabe apenas seguir una agenda adecuada a los objetivos políticos de la destrucción de la imagen y de las realizaciones que aseguran reconocimiento y liderazgo a Lula. El desgaste es cotidiano, pudiendo llegar a la destrucción física. Se acusa sistemáticamente y no se prueba nada. Cabe al acusado probar que es inocente, pero se hace de todo para desconocer las pruebas de inocencia presentadas, como ocurrió en caso del departamento y de la chacra. Sometidos a la lógica de la condena previa, el poder judicial recurre a la literatura del derecho penal del enemigo para condenar.

En fin, se parte de un presupuesto falso, de que cuanto más importante el liderazgo más difícil la prueba, para condenar por convicción. Pero esto vale solamente para los enemigos. Ya que pruebas contra los políticos y empresarios corruptos que pertenecen a la Casa Grande hay en abundancia. Pero contra ellos nada vale, ni las pruebas. Ya que las convicciones político ideológicas son utilizadas, en estos casos, en otra dirección.

La historia ya absolvió a muchos acusados como Lula. Más temprano o más tarde la inocencia de nuestro presidente será reconocida. Le queda al pueblo brasileño y a los demócratas de este país conquistar esta absolución al tiempo de que Lula pueda disputar y vencer las próximas elecciones, cuestión esencial para que la clase trabajadora y nuestro Brasil puedan retomar el rumbo del desarrollo sustentable, con distribución de renta e igualdad de derechos y oportunidades para todos y todas.

BIBLIOGRAFÍA

Jakobs, G. y Meliá, M. C. 2007 *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas* (Porto Alegre: Livraria do Advogado).

Vanessa Chiari Gonçalves*

SOBRE LA DOSIMETRÍA DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

*In the fell clutch of circumstance
I have not winced not cried aloud.
Under the bludgeonings of chance
My head is bloody, but unbowed.*

William Ernest Henley

EN EL DÍA 12 DE JULIO de 2017, el juez federal Sérgio Moro publicó la sentencia penal condenatoria del expresidente de la república, Luiz Inácio Lula da Silva, por un crimen de corrupción pasiva (art. 317, § 1º, del Código Penal –CP) y por un crimen de lavado de dinero (art. 1º, inciso V, de la Ley N° 9.613/98), en concurso material. Fijó una pena definitiva de 9 años y 6 meses de reclusión en régimen inicial cerrado. La sentencia también aplicó penas de multa acumulativas y determinó el impedimento al acusado de ejercer cargo o función pública por el período de 19 años.

Luego de la lectura integral de la sentencia, se concluye con facilidad que la tesis acusatoria no fue comprobada y que la solución justa y técnicamente correcta solo podría ser la absolución del expresidente. En este capítulo, sin embargo, no se pretende discutir el mérito de la condena en lo relativo a la ausencia de pruebas de materialidad y autoría o la contradicción en las propias convicciones del magistrado, expuestas en el devenir de la fundamentación de la sentencia. Interesa aquí problematizar, específicamente, la dosimetría de la pena privati-

* Profesora Adjunta de Derecho Penal y Criminología del Departamento de Ciencias Penales y del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Río Grande do Sul y abogada en Puerto Alegre.

va de libertad realizada y sus fundamentos a partir del dispositivo de la sentencia penal condenatoria recurrible, tomando como referencia las técnicas de aplicación de la pena más adecuadas al ordenamiento jurídico-constitucional brasileño.¹

El legislador brasileño adoptó el sistema trifásico de dosimetría, en vigor desde 1984. Tal sistema determina que, en la primera fase del cálculo, se fija la pena base entre el límite mínimo legal y el término medio (mitad de la suma de la pena mínima con la pena máxima prevista para el delito), con fundamento en la aprobación de las ocho circunstancias judiciales previstas en el art. 59 del CP. En la segunda fase, son analizadas las circunstancias agravantes (arts. 61 y 62 del CP) y atenuantes (arts. 65 y 66 del CP), que no pueden ser valoradas, individualmente, más allá del límite de 1/6 de la pena base. Por último, la pena podrá ser aumentada o reducida en fracciones de acuerdo con la presencia de causas de aumento o de disminución de la pena.

En el ítem 948 de la sentencia analizada el magistrado realiza la fundamentación de la pena privativa de libertad de Luiz Inácio Lula da Silva por crimen de corrupción pasiva, manifestándose en el siguiente sentido:

Para el crimen de corrupción activa: Luiz Inácio Lula da Silva responde a otras acciones penales, inclusive frente a este Juez, pero sin todavía juzgamiento, motivo por el cual debe ser considerado como sin antecedentes negativos. La conducta social, los motivos, el comportamiento de la víctima son elementos neutros. Las circunstancias deben ser valoradas negativamente. La práctica del crimen corrupción involucró la destinación de dieciséis millones de reales a agentes políticos del Partido de los Trabajadores, un valor muy expresivo. Además, el crimen fue cometido en un esquema criminal más amplio en el que el pago de sobornos se había tornado rutina. Las consecuencias también deben ser valoradas negativamente, ya que el costo del soborno fue traspasado a PETROBRAS, a través del cobro del precio superior a lo estimado, más allá del propiciado por la corrupción, con el que la estatal recaudó con el perjuicio en el valor correspondien-

1 Las reglas que informan la dosimetría de la pena de los condenados fueron conquistas del proceso civilizatorio, por medio del surgimiento del derecho penal moderno, de matriz iluminista. El Código Criminal del Imperio, de 1830, ya previa circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, reducción de pena para el intento de crimen y regla específica de mensurar la pena entre los límites mínimo y máximo (art. 63). Desde entonces, las legislaciones penales brasileñas fueron paulatinamente perfeccionando las técnicas de dosimetría de la pena y adoptando metodologías más precisas, a fin de limitar la discrecionalidad de los jueces. La doctrina y la jurisprudencia también contribuyeron significativamente a esa mejoría.

te. La culpabilidad es alta. El condenado recibió ventaja indebida en relación a su cargo de presidente de la república, o sea, de mandatario mayor. La responsabilidad de un presidente de la república es enorme y, por consiguiente, también su culpabilidad cuando comete delitos. Esto sin olvidar que el delito se inserta en un contexto más amplio, de un esquema de corrupción sistémica en PETROBRAS y de una relación espuria entre él y el Grupo OAS. Obró, por lo tanto, con culpabilidad extrema, lo que también debe ser valorado negativamente. Tal estimación también podría encuadrarse como negativa a título de personalidad. Considerando tres cálculos negativos, de especial reprobación, fijo, para el crimen de corrupción pasiva, una pena de 5 años de reclusión.

Se observa, inicialmente, que hubo un equívoco en el magistrado, en la mención al crimen de corrupción activa, en tanto que la condena fue por corrupción pasiva. En lo vinculado a la fijación de la pena base, Luiz Inácio Lula da Silva es primario porque no posee ninguna condena penal definitiva. Por esta razón, la circunstancia judicial “antecedentes” solo podría serle favorable. Investigaciones y procesos en curso no pueden generar malos antecedentes, en virtud del principio de la no-culpabilidad o de la inocencia. El propio considerando 444 del STJ corrobora esta prohibición: “Está vedada la utilización de investigaciones policiales y acciones penales en curso para agravar la pena base”. En este aspecto, acertó el magistrado al considerar esa circunstancia como favorable.

La conducta social, los motivos determinantes del crimen y el comportamiento de la víctima fueron considerados neutros por el magistrado, sin una fundamentación específica, razón por la cual no pueden ser utilizados como factores de aumento de la pena base más allá del límite mínimo legal. Apenas para problematizar estos aspectos, se entiende que la conducta social es un elemento que ya debería haber sido desestimado del artículo 59 del CP en tanto que menciona a un derecho penal del autor y no a un derecho penal del hecho. No importa lo que las personas de la convivencia social del acusado (testigos a favor o en contra) ni, mucho menos, lo que la sociedad en general piensa sobre él. Ya los motivos determinantes del crimen solo autorizan el aumento de la pena base cuando son extraños a la motivación básica contenida en el tipo penal. En caso contrario, implicarían *bis in idem*. La colaboración de la víctima ha sido bastante cuestionada por la doctrina nacional y por los Tribunales Superiores, en tanto que, incluso en los delitos en que existen víctimas determinadas, su ausencia de colaboración para el delito, no debería elevar la pena del acusado más allá del límite mínimo legal. En ese sentido, aunque se haya

omitido la fundamentación específica, acertó el magistrado en no avalar tales estimaciones.

Las circunstancias en que el delito fue supuestamente cometido fueron consideradas desfavorables al acusado. El primer fundamento utilizado por el magistrado fue el destino de dieciséis millones de reales al Partido de los Trabajadores, lo que sería un valor expresivo. Enseña Paganella Boschi que las circunstancias son las particularidades del hecho, examinado mediante condiciones ¡morales desfavorables o medios sofisticados que dificultan la defensa de la víctima (2004: 216). Sucede que la imputación referente a la obtención de ventaja ilícita por el acusado señala específicamente a las reformas realizadas en el departamento tríplice, en Guarujá, por Emprendimientos OAS y no a las donaciones eventuales, contabilizadas o no, al Partido de los Trabajadores o a otros individuos, que no pueden ser atribuidos al acusado. El segundo argumento del magistrado apunta al hecho de que el supuesto crimen ha sido cometido en un esquema criminal más amplio en el que el pago de sobornos se había vuelto rutina. Este argumento sería apto para integrar el examen de la circunstancia del crimen. Las dificultades residen aquí en la prueba del nexo de causalidad entre el supuesto esquema de pagos de sobornos y el objeto de la investigación de la Operación *Lava Jato*, en tanto que el propio magistrado deja claro, en el ítem 890 de la fundamentación de la sentencia, que el acusado apenas realizaba la indicación de Directores para PETROBRAS. Más adelante, en la fundamentación de la dosimetría de la pena del crimen de lavado de dinero (2º parágrafo, de la página 235, de la sentencia), afirma: “En cuento a la práctica de lavado por intermedio de organización criminal, los actos de lavado ocurrieron en el ámbito de OAS Emprendimientos y no en el ámbito del grupo criminal organizado para perjudicar a PETROBRAS”. Hay como mínimo una incoherencia en esta argumentación. De cualquier manera, partiéndose de la línea del razonamiento del magistrado, en el curso de la fundamentación de la sentencia, solamente el segundo argumento podría ser utilizado como base para el examen de las circunstancias del crimen como desfavorables, en caso de que hubiera prueba del nexo de causalidad.

Entiende el juez que las consecuencias del supuesto delito también deberían ser valoradas negativamente, “pues el costo del soborno fue traspasado a PETROBRAS, a través del cobro de un precio superior al estimado, además de ser propiciado por la corrupción, con el que la estatal recaudó con el perjuicio en el valor correspondiente”. Paganella Boschi afirma que “las consecuencias del crimen al que se refiere el artículo 59 son evidentemente aque-

llas que se proyectan más allá del hecho típico porque, si así no fuera, podrían acarrear el quiebre de la norma del *ne bis in idem*, particularmente en aquellos casos en que aparecen componiendo la figura penal” (Paganella Boschi, 2004: 216). De este modo, los efectos obvios del supuesto delito no pueden ser valorados negativamente a título de consecuencias.

La culpabilidad fue considerada desfavorable por el magistrado, lo que parece coherente solamente con la línea de razonamiento adoptada por él a lo largo de la fundamentación de la sentencia. El magistrado considera, todavía, que tal elemento, es decir, la culpabilidad desfavorable, “también podría ser encuadrada como negativa a título de personalidad”, aunque no lo haga en la sentencia. En verdad, los elementos de culpabilidad y personalidad no deben ser confundidas. La culpabilidad señala el grado de intensidad de rechazo social de la conducta del agente, mientras que la personalidad es un elemento propio de un derecho penal del autor y no del hecho, por lo que debería haber sido abolido del texto del art. 59 del CP. De cualquier forma, el magistrado no posee formación técnica para realizar examen de personalidad, elemento que solo podría ser considerado en caso de que hubiera un documento de un profesional habilitado del área de salud mental e, incluso así, podría ser cuestionado (Paganella Boschi, 2004: 210-211). Resulta interesante observar, también, que en los ítems 793 y 796 de la fundamentación de la sentencia, el juez admite que el acusado, en su condición de expresidente de la república, adoptó diversas medidas que reforzaron los medios de control de la corrupción en el país.

De este modo, el juez consideró la existencia de tres circunstancias judiciales desfavorables: circunstancias, consecuencias y culpabilidad, fijando la pena-base en 5 años de reclusión. Ya se mencionó que las consecuencias no deberían haber sido consideradas negativamente. Además, se sabe que la pena-base debe ser estimada entre el límite mínimo legal, 2 años, y el término medio. De esta forma, el término medio del crimen de corrupción pasiva corresponde a 7 años.

Según el juicio del magistrado, como se afirmó anteriormente, hay tres circunstancias negativas a ser consideradas en la fijación de la pena base. Se observa que él atribuye el valor de un año para cada circunstancia desfavorable. Sucede que, adoptándose el criterio eminentemente matemático y habiendo ocho circunstancias previstas en el art. 59 del CP, cada circunstancia negativa podría ser considerada en, como máximo, 7 meses y 15 días (lo que corresponde a 1/8 de la diferencia entre el término medio y el límite mínimo), de modo que la pena-base no podría sobrepasar 3 años, 10 meses y 15 días de reclusión. En caso de que fuese apartada la consecuencia como cir-

cunstancia desfavorable, la pena-base no podría sobrepasar 3 años y 10 meses de reclusión.

Se concuerda con la crítica que Carvalho realiza de esta “lógica calculadora” o dosimetría tarifada por entender que cabe al juez, en el caso concreto, “examinar las peculiaridades de las circunstancias judiciales y establecer criterios de cuantificación de la pena, inclusive de la preponderancia y de valoración diferenciada entre los elementos”, desde que fundamente sus opciones (2015: 386). Esto porque, si así no fuera, el juez quedaría inmóvil al momento de estimar la pena base e impedido de fijarla en un nivel más favorable al acusado.

Entiéndase, sin embargo, que el criterio matemático debe funcionar como un techo en el momento de atribuirse el valor de una circunstancia desfavorable al acusado, pudiendo ser flexibilizado solamente cuando fuera para beneficiar al acusado, pero jamás para perjudicarlo. Este razonamiento representa una síntesis de toda la principiología que orienta la interpretación de las normas penales y procesales penales brasileñas.

En lo relativo a la segunda fase, el magistrado acertó al reducir la pena base en 6 meses, aplicando la atenuante del art. 65, I, 2ª parte del CP y obedeciendo a la norma jurisprudencial que establece un techo del 1/6 del valor de la pena base para la valoración de cada circunstancia legal. Mientras que el agravante del par. 1º, del art. 317, del CP, es bastante cuestionable, frente a la ausencia de demostración del nexo de causalidad entre las mejoras realizadas en el triplex ofrecido al acusado por compra, y los contratos firmados por PETROBRAS con OAS, en tanto que el acusado no participaba de las licitaciones. Apenas con efecto de argumentación, aunque fuese posible hacer incidir en la pena el agravante referido, más allá de las consecuencias desfavorables en la pena-base, la pena definitiva no podría sobrepasar 4 años y 6 meses de reclusión. Resultado bien por debajo de la penalidad definitiva fijada en la sentencia (6 años de reclusión).

El mismo razonamiento se aplica al crimen de lavado de dinero, cuya pena-base fue fijada en 4 años de reclusión, frente a la existencia de apenas una circunstancia judicial desfavorable, en el juicio del magistrado, que sería la culpabilidad. Adoptándose el criterio matemático como techo, la pena-base no podría sobrepasar 3 años, 5 meses y 7 días, considerando que el 1/8 del intervalo entre la pena mínima (3 años) y el término medio (6 años y 6 meses) sería 5 meses y 7 días. La reducción de 6 meses referente a la atenuante del art. 65, I, 2ª parte, del CP, está adecuada, como también a la desconsideración de causas de aumento de pena, demandadas por la acusación.

Así, el análisis realizado señala que, en caso de que fuese viable la condena del acusado por los delitos de corrupción pasiva agravada y

de lavado de dinero, en concurso material, de la forma como concluye el magistrado, la pena definitiva no podría sobrepasar el techo de 7 años y 6 meses de reclusión a ser cumplidos en régimen inicial semiabierto. Se reafirma, sin embargo, que la solución debería haber sido absolutoria por ausencia de pruebas. Hay un equívoco, por lo tanto, en la condena del acusado y hay un exceso evidente en la fijación de la pena privativa de la libertad.

BIBLIOGRAFÍA

Carvalho, S. 2015 *Penas e Medidas de Segurança no Direito Penal Brasileiro* (San Pablo: Saraiva) 2ª edición.

Paganella Boschi, J. 2004 *Das Penas e seus Critérios de Aplicação* (Porto Alegre: Livraria do Advogado) 3ª edición.

Wadih Damous*

MORO Y LA MUERTE DEL DERECHO

LA DECISIÓN JUDICIAL QUE CONDENÓ al expresidente Lula puede ser analizado en tres aspectos: el técnico jurídico, el histórico y el psicoanalítico. Los dos primeros absuelven al acusado, el tercero ayuda a explicar aquello que, según la lección del jurista Italiano Franco Cordero, se denominó cuadro mental paranoico del juez.

Desde el punto de vista del rigor técnico jurídico es importante afirmar que la sentencia afronta la exigencia constitucional de que todas las decisiones judiciales sean fundamentadas, aún más cuando están en juego la vida y la libertad ajenas. Es decir, la decisión judicial solo es legítima y válida cuando señala, correctamente, sus premisas lógicas y el camino racional seguido por el magistrado para resolver la contradicción entre acusación y defensa.

Resolver esta dialéctica implica, por lo tanto, un trabajo riguroso de análisis de la prueba reunida durante el proceso y si ella sería suficiente para comprobar aquello que se alega en la denuncia.

Algunos datos ayudan a comprender la nulidad absoluta de la sentencia que condenó al expresidente Lula. 30% de la sentencia, cerca de sesenta páginas, son utilizados por el juez para defenderse de acusa-

* Diputado Federal PT (RJ), vicelíder del Partido de los Trabajadores en la Cámara y expresidente de OAB-RJ.

ciones de arbitrariedades cometidas por él contra el acusado y en los procesos en que actúa. Solo el 8% de ella, aproximadamente dieciséis páginas, son utilizadas para refutar y contraponerse a lo que afirmó el acusado en su interrogatorio y solamente el 0,4% es dedicado a los testimonios de la defensa, menos de una página de un total de 218.

La cuestión central del proceso, la titularidad del inmueble que habría sido recibido en contrapartida a los actos que beneficiaron empresas, es tratada por el juez con desdén absoluto, al punto de decir que en el proceso “no se está, en fin, discutiendo cuestiones de Derecho Civil, o sea, la titularidad formal del inmueble, sino la cuestión criminal”.

Ahora bien, para resolver el proceso era fundamental que el Ministerio Público probase que el expresidente hubo recibido el inmueble referido en cambio de favores a terceros y, para el Código Civil, la única forma de que esto ocurra es con la transferencia de su titularidad.

En resumen, la sentencia puede ser caracterizada como una expiación narcisista de actos autoritarios del juez que sentencia, rellena con su profundo desprecio a los argumentos de la defensa y por la miseria jurídica intelectual. Lula estaba condenado antes incluso de ser juzgado.

El ansia en condenar al mayor líder popular de Brasil hizo que el juez perforase una fila de cuatro procesos de otros acusados que estaban listos para sentencia desde el año pasado. Todo esto por la vanidad de intentar recuperar un protagonismo perdido, fruto del crecimiento de las críticas de los sectores sociales que antes lo apoyaban.

El juez que ya había favorecido a Michel Temer al grabar criminalmente a la presidenta Dilma Rousseff y después divulgar el contenido de la grabación, nuevamente lo hizo, dictando una sentencia absolutamente ilegal, en medio del juzgamiento por la Cámara de Diputados de la admisibilidad de denuncia ofrecida frente al STF.

Es simbólico que la sentencia contra Lula haya sido dictada el día posterior a la condena criminal de los derechos laborales por el gobierno ilegítimo que Moro ayudó a establecer y ahora ayuda a mantenerse con sus decisiones judiciales extravagantes, ilegales y precipitadas.

La esperanza es que el Tribunal Federal de la 4ª Región pueda, de forma imparcial, reformar la sentencia y corregir esta injusticia manifiesta contra el expresidente y su familia. En el juicio de la Historia, sin embargo, Lula ya fue absuelto.

Weida Zancaner*
y Celso Antônio Bandeira de Mello**

CONDENA POR INMUEBLE

SIN POSESIÓN Y SIN DOMINIO

1. Causa extrañeza a quienes se disponen a leer la sentencia labrada por el juez Sérgio Moro, cómo el magistrado ataca e intenta desvalorizar a los abogados de Lula, con el claro propósito de defenderse, como se desprende, notoriamente, de los ítems 105 al 148 de la referida sentencia.

Al personalizar la sentencia, el juez se coloca en la posición de parte al litigar con los abogados y rompe con el principio de la imparcialidad, afronta el principio de la legalidad y empaña la competencia que le fue otorgada.

La garantía de que un proceso será juzgado de acuerdo con las leyes y la Constitución depende de la neutralidad del juez. La ausencia de imparcialidad está prevenida en los artículos 144 y 145 del CPC bajo las formas de impedimento y sospecha y el procedimiento para el apartamiento del juez se encuentra regulado en el artículo 146 del mismo diploma legal. No solo la lectura de la sentencia, sino todo el desarrollo del proceso exhibieron una parcialidad manifiesta.

Se engañan los que creen que el principio de la imparcialidad tiene sede infraconstitucional ya que, aunque no conste expresamen-

* Especialista y máster en Derecho Administrativo por la PUC-SP.

** Profesor emérito de la Pontificia Universidad de San Pablo.

te en la Constitución, se apoya sobre dos vertientes: a) como principio general del Derecho, en los términos del artículo 5º, § 2º de la Constitución; b) como uno de los aspectos de la isonomía, principio fundante del Estado de Derecho y tratado en los artículos 5º *caput*; 5º, I; 37, *caput*; 37, II; 37, XXI y 175.

Los principios generales del Derecho constituyen el sustrato de la cultura de la humanidad, lo que implica decir que su inobservancia representa afronta al propio sistema jurídico, ya que como señala Eduardo García de Enterría:

Conviene recordar a este propósito que los principios generales del Derecho son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substractum* del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica. No consisten, pues, en una abstracta e indeterminada invocación de la justicia o de la consciencia moral o de la discreción del juez, sino, más bien, en la expresión de una justicia material especificada técnicamente en función de los problemas jurídicos concretos y objetivada en la lógica misma de las instituciones (García de Enterría y Fernández, 1981: 400).

Además, el artículo 5º, § 2º, dispone que “los derechos y garantías expresadas en esta Constitución no excluyen otros decurrentes del régimen y de los principios adoptados por ella, o de los tratados internacionales de los que la República Federativa de Brasil sea parte”.

Ahora bien, Brasil es signatario de muchos tratados, como la Declaración Universal de Derechos de los Hombres, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José de Costa Rica, en donde la imparcialidad de la jurisdicción es puesta como derecho fundamental del acusado.

La afronta al derecho fundamental del acusado de ser juzgado con imparcialidad puede evidenciarse de varias formas: desde la utilización por el juez de un lenguaje verbal o corporal poco respetuoso, intimidante o agresivo con la parte, con los testigos o abogados, así como, también, cuando hace “*reprimendas injustificadas a abogados, insultos y comentarios impropios sobre litigantes y testigos, declaraciones que evidencian prejuicios, etcétera*” (ONU/Unodc, 2008: 69; *apud* Ferreira da Rocha, 2017: 178).

La otra vertiente en que se asienta el principio de la imparcialidad es en el principio de la isonomía, constituyéndose en uno de sus aspectos. Así, tiene razón José Afonso da Silva (1990: 194) cuando dice que la igualdad jurisdiccional proviene de la igualdad frente a la ley, “*como garantía constitucional indisolublemente ligada a la democracia*”. Sin imparcialidad imperan el juicio o los tribunales

de excepción y el principio de la legalidad yace oscurecido por la desobediencia del poder que debe aplicarlo.

El principio de la legalidad no pretendió simplemente la mera estructuración formal del aparato estatal, su composición orgánica y sus esquemas de actuación. Lo que se buscó y se busca, a todas luces, fue y es sobre todo establecer una protección y una garantía en provecho de todos los miembros del cuerpo social.

Quiso otorgárseles, en rigor, una doble certeza, a saber:

a. Por un lado, que ningún acto estatal podrá imponer *limitación, perjuicio o cargas a los ciudadanos*, sin que tales imposiciones o gravámenes estuviesen previamente autorizados en ley, ni *sustraer o minimizar ventajas y beneficios* que provendrían de la ley para los ciudadanos si esta fuese observada;

b. Por otro lado, que todos los ciudadanos tuvieran *la garantía a un trato igualitario*, ya que si no fuera respetada la ley, o siendo ella inconstitucional, quedaría asegurado a los ciudadanos la posibilidad de recurrir a un juez independiente e imparcial que dirimiese el conflicto.

2. En efecto, aunque se trate de algo obvio, es bueno recordar que la legalidad se impone como característica del Estado de Derecho sobre todo como un medio específicamente apto para preservar **otro valor**, justamente aquél que se pretendía, por encima de todo, consagrar: el de la *igualdad*.

No en vano el lema de la Revolución Francesa fue "*Liberté, Egalité, Fraternité*", en vez de "*Liberté, Legalité, Fraternité*".

Sucede que el Estado de Derecho abomina los casuismos, las ofensas a la isonomía, ya que estas atacan de fondo un objetivo básico que se buscó preservar a través del principio de la legalidad. Debería, por su parte, anhelarse que hubiera una regla única, la misma para todos los acogidos por su alcance y efectos, embargándose entonces las persecuciones y favoritismos por cualquiera de los poderes del Estado, vale decir, *el albedrío, cuya eliminación es precisamente el objetivo máximo del Estado de Derecho*.

En suma: quien ofende el principio de igualdad y ofende, *ipso facto*, la razón de ser del principio de legalidad pues, como dijo Campbell Black (2011), en su monumental *Handbook on the Construction and Interpretation of Laws*: "es parte de la ley tanto lo que en ella está explícito, como lo que en ella está implícito".¹

Así, también, lo que está implícito en un principio lo integra con la misma fuerza con que lo integra aquello que está explícito en él.

1 "It is a rule of construction that which is implied in a statute is as much a part of it as what is expressed" (Campbell Black, 2011 [1896]: 67).

3. Además, este valor –la isonomía– que el orden normativo pretende colocar a buen recato, está estampado en el Texto Constitucional del País, *no solo en lo implícito que aviene al principio de la legalidad, sino por consagración expresa* tanto en la propia apertura del título relativo a los “Derechos y Garantías Fundamentales” (art. 5°), como específicamente en la cualidad de canon básico del Estado. Se constituye, pues, en causa autónoma de protección a los administrados y, por lo tanto, base suficiente de por sí para legitimar subjetivamente a quien, habiendo sufrido agravios decurrentes de su violación por parte de algún acto gubernamental, pretenda sublevarse contra el mencionado gravamen.

Ahora bien, la sentencia que condenó al expresidente Lula escandaliza, desde luego, porque no solo se hizo sin soporte en prueba, sino incluso se efectuó frontalmente contra la ley. Se pretendió justificarla atribuyéndole imaginativamente la propiedad de un dato inmueble, a pesar de que no existiese desde luego ningún documento que demostrase propiedad o al menos posesión. Sumándole que la atribución de la propiedad al expresidente hizo *tabula rasa* de la norma según la cual la propiedad inmueble se prueba por el registro inmobiliario, frente a lo que, contra toda evidencia, sin violar tal ley, no se puede concederla a otro simplemente por un deseo del acusador, en este caso, el magistrado.

No se diga que no solo él, sino que un delator también afirmó que dicho inmueble era del expresidente. Nunca se ha oído decir que el hecho de que alguien afirme que un inmueble pertenece a fulano o zutano es suficiente para que sea titular de él. Aún menos cuando la afirmación se hace en calidad de delación premiada, es decir, sin el compromiso de la verdad e impulsado por el deseo de suavizar la propia posición de infractor del Derecho, cuya palabra, pues, ya no viene coronada por una suposición de desinterés y de un sincero y leal deseo de colaborar con el prestigio del orden jurídico, sino que es, cuanto menos, sospechosa de una intención subalterna.

Tampoco se probó y ni al menos se fatigó en comprobar que dicha propiedad sería fruto de un soborno por facilitar un negocio con PETROBRAS.

En tales circunstancias que se acaban de aludir, es de evidencia solar que no se puede en sana conciencia, menos aún en un proceso judicial, mayormente en un juicio penal, asumir como verdaderos y suficientes dichos fundamentos como suficientes para condenar a cualquiera que sea, menos aún quien tenga, como en el caso en cuestión, un el currículo, un historial, en el que se cuentan innumerables títulos de doctor “*honoris causa*” (27 en total), que, como es notorio, solo son conferidos después de un análisis

profundo de la personalidad y la conducta del homenajeado. Para mencionar solo algunos de los más prestigiosos, se citan los conferidos por la Universidad de Harvard, por la Universidad de Salamanca y por la Universidad de Coimbra.

Resulta intuitivo que si alguien tuviera que fiarse en la palabra de un criminal confeso, además interesado en decir lo que agrada a su juzgador o en la palabra de un hombre repleto de honores, nacionales e internacionales, *muchas de ellas conferidas cuando ya no ocupaba ningún cargo público, habría de fiarse en la proferida por este último*. No fue esta, sin embargo, la elección del magistrado que condenó al expresidente, se valió o de un sentido muy peculiar o de una completa falta de imparcialidad, que fue justamente lo que ocurrió. Aparentemente un preconcebido deseo de agravar quien estaba dependiendo de una presunta equidad de su juzgador.

BIBLIOGRAFÍA

- Campbell Black, H. 2011 (1896) *Handbook on the Construction and Interpretation of Laws* (Saint Paul: West Publishing).
- Da Silva, J. A. 1990 *Curso de Direito Constitucional Positivo* (San Pablo: Revista dos Tribunais) 6ª edición.
- Ferreira da Rocha, S. L. 2017 “A Imparcialidade do Juiz” en Zanin Martins, C.; Teixeira Zanin Martins V. y Valim, R. (coords.) *O Caso Lula* (San Pablo: Contracorrente).
- García de Enterría, E. E y Fernández, T. R. 1981 *Curso de Derecho Administrativo. Vol. I* (Madrid: Civitas) 3ª edición.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU) / Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc) 2008 “Comentarios a los Principios de Bangalore de Conducta Judicial” (Brasilia: Conselho da Justiça Federal) Trad. M. da Silva Malha y A. E. Kloth. En <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2008_Comentarios_aos_Principios_de_Bangalore.pdf>.

Wilson Ramos Filho*
y Ricardo Nunes de Mendonça**

EL AUGE DEL PROCESO DE *LAWFARE* DESENCADENADO CONTRA LULA

EL DERECHO MURIÓ. Y FUE ASESINADO

HACE ALGÚN TIEMPO, más precisamente a principio del año 2015, afirmamos que el Derecho murió. Y fue asesinado.

La sentencia dictada por el juez Sérgio Moro en los autos de Acción Penal N° 5046512-94.2016.4.04.7000/PR, es la manifestación más reciente de que las promesas del constitucionalismo y el garantismo de la posguerra, trasladados a Brasil, se disolvieron.

Habrà, por cierto, gente más calificada y habilitada para hacer un análisis técnico penal y procesal penal de la decisión proferida por el “omnipotente” magistrado de la 13ª Sala Federal de Curitiba, aunque las ofensas a los principios, conceptos, normas y categorías elementales como: (i) el debido proceso legal; (ii) el principio contradictorio y la amplia defensa; (iii) el respeto al juez natural; (iv) la prohibición de tribunales de excepción; (v) la presunción de inocencia; (vi) distribu-

* Doctor en Derecho, profesor de la UFPR (doctorado, maestría y grado) y máster/doctorado en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo (UPO) Sevilla, España.

** Máster en Derecho, profesor licenciado en el Complejo de Enseñanza Superior de Brasil (UNIBRASIL), actualmente desarrolla un proyecto de investigación en el Programa de Posgrado en Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo (UPO) Sevilla, España.

ción de la carga de la prueba; (vii) la no utilización del proceso como herramienta de persecución política y práctica de *lawfare*, etc. salte a la vista para cualquier profesional del Derecho que esté mínimamente atento a las garantías estampadas en la Constitución Federal y en Tratados de Derechos Humanos que Brasil es signatario.

El análisis del juzgado, sin embargo, no quedará sometido al campo del Derecho Penal. Además, ni siquiera quedará sometido al campo del Derecho. Y guste o no el más afamado y mediático juez brasileño, su síntesis en el “caso del triplex” será objeto de un análisis meticuloso de sociólogos, historiadores, comunicadores, dirigentes sindicales y representantes de la sociedad civil organizada, entre otros que se preocupan por la democracia y que no se inclinan hacia el poder hegemónico del capital.

Para todos aquellos comprometidos con los intereses de las víctimas del sistema hegemónico y con los Derechos Humanos como procesos de lucha por la dignidad (Herrera Flores, 2008: 22), la sentencia dictada por Sérgio Moro es un capítulo de la lucha de clases y del golpe parlamentario, judicial y mediático que comenzó en 2015. No se trata de un mero acto técnico que pone fin a una etapa de una acción penal, sino un acto político travestido de acto jurisdiccional que tiene por objetivo atender a los intereses de los poderosos dentro y fuera de Brasil.

En este caso, la sentencia es el punto más alto de una sórdida campaña político judicial de ataque al mayor líder político de la izquierda brasileña, el expresidente Lula.

Es parte indisociable del golpe de Estado. Es un componente más de este proceso de aniquilación de la democracia liberal que hubo en Brasil –sí, el verbo se conjuga en pasado– en que una elite desvergonzada y desacomplejada impone, día a día, la fuerza, en un Estado de Excepción, el mayor ataque a los derechos de la población brasileña, en particular a la fracción más pobre, según la ONU.¹

Lula simboliza lo que esa elite rechaza: el trabajador que lucha, cotidianamente, por la dignidad. El dirigente sindical que, presidente de la república, transformó la realidad social brasileña y excluyó al país, por primera vez en su historia, del mapa del hambre en el mundo.

El presidente que incluyó al pobre en el esquema público y que amplió el acceso de los históricamente excluidos a salarios directos, por medio de políticas estatales de incentivo al pleno empleo, y a salarios indirectos, por medio de políticas de distribución de renta y

1 Al respecto véase el material publicado por el diario británico *The Guardian* en <<https://www.theguardian.com/world/2016/dec/09/brazil-austerity-cuts-unofficial>> Acceso 20 de julio de 2017.

acceso a vivienda, a educación y a salud, como los programas *Minha casa, minha vida*, *bolsa familia*, *FIES*, ciencia sin frontera, etcétera.

Un presidente que intentó cumplir, aunque en parte, el deber constitucional de promover la progresiva erradicación de la miseria y de la pobreza, con la reducción de las desigualdades sociales.

Actualmente, tal vez el único líder político capaz de revertir el cuadro de destrucción de los Derechos Sociales en Brasil.

Por estos motivos, es preciso arrojarlo definitivamente de la vida pública brasileña. Derrotados en las últimas cuatro elecciones presidenciales, la derecha nacional, no admite la idea de que el “tornero mecánico” vuelva al puesto más importante de la república. Como dijo el propio Lula, el golpe no cierra si él puede disputar las próximas elecciones presidenciales en 2018.

Y el juez que i) restringió la libertad del expresidente en una conducción coercitiva manifiestamente ilegal; ii) que violó el secreto telefónico del abogado del acusado; iii) que autorizó –de manera inconstitucional e irresponsable, según el supremo– la publicación de conversaciones privadas de un expresidente de la república y, en la época, una presidenta de la república, con el propósito claro de incendiar el país y caer en las gracias de una opinión publicada, oligopolizada y visceralmente comprometida con el golpe en curso; no ignora que el mantenimiento de Lula en la vida política nacional es un obstáculo inmenso para la concreción del proyecto político conservador y capitalista al que adhirió.

Por esta razón, después de todo el enredo de abuso del proceso con un fin manifiestamente político que se observó hasta el momento en que se pronunció la sentencia, no había duda de que Sérgio Moro no tenía alternativa que no sea condenar a Lula.

En su decisión, el juez de la 13ª Sala Federal de Curitiba confirmó el compromiso que asumió con la derecha brasileña de aniquilar al PT y evitar el riesgo de que Lula frustrase los planes de retroceso social con una nueva victoria en las elecciones de 2018.

Como bien citó Jessé Souza (2016: 119), Sérgio Moro “[...] representa la incorporación del discurso que faltaba a los manifestantes de junio de 2013 elogiados por los medios. Las banderas abstractas de anticorrupción de las jornadas de junio se tornaron concretas con la Operación *Lava Jato*. Ahora la articulación del partido de la elite estaba completa: el partido de la rapiña económica tenía no solamente sus brazos habituales en los medios y en el Congreso, sino que poseía una base social activa y motivada y de un discurso potente y concreto [...]”, que es el antiguo discurso del “combate a la corrupción”.

Sérgio Moro personificó la figura afectiva del “galán” y “héroe” de la telenovela que “refundará a Brasil”, “le pese a quien le pese” (Souza,

2016: 120). Con ese estatus y en esa posición de líder de la derecha brasileña y gran opositor a Lula, él no podría obrar de forma distinta, bajo pena de sufrir todo el odio y la violencia de aquellos que se sentirían engañados. Sería algo como *venire contra factum proprium*, dada la conducta del magistrado a lo largo de todo el proceso de *lawfare* que emprendió y continúa emprendiendo contra Lula.

La condena, por lo tanto, no sorprende, en la medida en que ya estaba decidida hace mucho tiempo. Además, no es la primera vez en la historia de la humanidad que, bajo el auspicio de un orden constitucional violado, parte del Poder Judicial sirve a intereses ajenos a los que deberían servir.

Ya dijimos en otras oportunidades que las mismas fuerzas políticas que promovieron el golpe de 1964 se rearticulaban ahora para atacar la democracia y, entre ellas, no faltaron, como ahora, actores jurisdiccionales comprometidos con el proyecto de la toma del poder a contramano de la voluntad popular y de las urnas.

Y no se trata, como sugiere Moro en su prolijo y agotador intento de justificar lo injustificable, de mera “cortina de humo” por parte de la defensa, sino de una respuesta jurídico política a la obvia e innegable conducta de guerra político jurisdiccional que él se propuso conducir.

Además, si hay alguien que se vale de “cortinas de humo” en los autos de acción penal, es el juez de la causa, que, en 218 páginas –una disertación– no pudo indicar objetivamente y sin apelar a fantasías y sofismas jurídicos sufribles cuáles son los medios de prueba que confirman la tesis del Ministerio Público Federal. Obsérvese que ni siquiera los medios de comunicación tradicionales que apoyaron, y que son los mayores interesados en la condena de Lula, indicaron cuáles son las pruebas cabales del crimen que él habría cometido. ¿Por qué será?

Moro y los procuradores que llevan adelante la operación *Lava Jato* no esconden que tienen un bando en la lucha de clases y no es el de la clase trabajadora. Están en sintonía con un discurso corporativo de una parte –no de todos, obviamente– de servidores oriundos y componentes de las clases media y alta brasileña que, desesperados, percibieron que en las urnas no vencerían y que ya estaban cansados de una derrota tras otras.

A diferencia de lo que entonan en sus discursos artificiales, no son imparciales. Además, nadie lo es. La diferencia es ser, o no, consciente de eso y, sobre todo, no engañar o mentir con propósitos distintos de lo que se afirma perseguir.

Por lo tanto, la conducta de Sérgio Moro a lo largo del proceso desmiente todo el discurso plasmado en su sentencia. La manera en que continúa obrando, mediática y políticamente –porque no hay duda de que es parte de un Poder Judicial politizado que se ramifica en esferas

ajenas a su competencia constitucional— no deja duda de que asumió, en su interior; el papel de actor preponderante de la derecha brasileña en este proceso de conflicto del capital con la democracia liberal.

Además, no hay duda de que esta sentencia preocupa a todo jurista comprometido con los Derechos Humanos en Brasil, porque significa el auge de la destrucción del garantismo constitucional. A partir de ahora, nadie está libre de condenas arbitrarias ni podrá, con alguna certeza, creer en la promesa falsa de los derechos y garantías civiles y políticas que se opongan al Estado.

Juicios de excepción que, a pedido de miembros del Ministerio Público, se valen de métodos contestables y heterodoxos de restricción de libertad —crítica compartida (solo actualmente, es verdad) hasta por el ministro Gilmar Mendes—,² que confunden Derecho y Moral (y una determinada moral, importante decirlo), que apelan al Derecho Penal del Enemigo y se socorren de la opinión publicada para justificar sus arbitrariedades, que abusan del *lawfare*, que creen poderlo todo, incluso decir públicamente, como hiciera el entonces presidente del supremo (en minúscula), Min. Ricardo Lewandowski, en una conferencia dictada en Curitiba, en UniBrasil, “que el siglo XXI es el siglo del Poder Judicial”, a despecho del carácter nada democrático y republicano de tal frase, que condenan sin pruebas, como hizo Sérgio Moro, nos llevan a creer que, infelizmente, el Derecho murió. Y fue asesinado.

Pero, como las tensiones sociales no se anulan, por el contrario, configuran la lucha de clases, este capítulo del combate no pone fin a su conflicto. Hay, y siempre habrá, esperanza y lucha. Además, la Historia será implacable con los que están intentando destruir la Democracia y los Derechos Humanos en Brasil. Continuamos, conscientemente, del lado correcto de la historia.

BIBLIOGRAFÍA

Herrera Flores, J. 2008 *La Reinvencción de los Derechos Humanos* (Andalucía: Atrapasueños).

Souza, J. 2016 *A radiografia do golpe: entenda como e por que você foi enganado* (Río de Janeiro: LeYa).

2 Véase, por ejemplo, el siguiente material periodístico: “El STF tiene que discutir los encarcelamientos que Moro determinó, dice Gilmar Mendes” en <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/02/1856558-stf-tem-que-discutir-prisoas-que-morodeterminou-diz-gilmar-mendes.shtml>> Acceso 20 de julio de 2017.

Yuri Carajelescov*

LA JUSTICIA PRIVATIZADA

NI INCLUSO EL MÁS PESIMISTA a la derecha ni el más optimista a la izquierda podrían suponer un resultado distinto al presentado por la decisión condenatoria del expresidente Lula. La previsibilidad del producto revela un proceso de cartas marcadas, conducido de atrás para adelante, en el que se conoce el resultado antes del cumplimiento de los ritos, meras formalidades para alcanzar una finalidad preconcebida. Esto es consecuente con el desprecio sin disfraz del agente conductor del proceso por la actuación de la defensa del expresidente, apenas un estorbo para obstruir y dificultar el inexorable resultado, en fin, una pérdida de tiempo o una “cortina de humo” como no se cansó de registrar.

Es un hecho notorio que un procurador de la república del equipo que condujo la acusación contra Lula figuró en periódicos y revistas con una camiseta en la que se hacía referencia a cierta “República de Curitiba”, supuestamente presidida por el agente conductor de la condena. Leyendo y releendo la Constitución brasileña no es posible localizar ese enclave autónomo e inmune a sus disposiciones. Sin em-

* Procurador de la Asamblea Legislativa de San Pablo. Máster en Ciencias Jurídico Políticas por la Universidad de Coimbra. Doctor en Derecho por la Universidad de San Pablo.

bargo, en esa área geográfica idealizada por la moderna inquisición, suceden situaciones particulares: escuchas en gabinetes de abogados, conduckiones coercitivas cinematográficas *contra legem*, divulgación ilícita de grabaciones telefónicas entre una presidenta de la república y un expresidente para insuflar manifestaciones populares, escuchas en baños de presos, filtraciones selectivas, por lo tanto, criminales, prisiones cautelares *sine die* usadas para extraer delaciones, las que sustentan sin pruebas adicionales, condenas, etc.

En este caldo de cultura en que la excepción se volvió la regla, el agente conductor de la condena, creyéndose el soberano de esta “república”, juez universal de toda causa elegida por él, produjo el auto-de-fe de Lula en el que ignoró deliberadamente el multiseccular principio *in dubio pro reo*, de suerte que meros indicios tenues se tornaron verdades sagradas y teorías lisérgicas de la prueba fueron alzadas a categoría de postulados incuestionables. Nadie está por encima de la ley y de la Constitución, salvo el expresidente que está debajo de ella y el propio agente conductor de la condena, el soberano que decidió deshonorar el órgano acusador de la carga probatoria, bajo el fundamento de que la criminalidad compleja inhibe o dificulta su ejercicio, depositando toda su confianza en una delación premiada. *¿Quid iuris?* De comienzo a fin, el largo libelo es adversativo, casi una pieza de contra-información en la que el subtexto invalida al texto. Prácticamente para cada argumento presentado por la defensa con basamento en la ley y en la jurisprudencia, el agente conductor del proceso saca de la manga de la toga alguna excepcionalidad creativa que inviabiliza, según su misión, la aplicación de aquel comando en favor del acusado. A título de ilustración, la búsqueda insistente de contradicciones irrelevantes en las declaraciones prestadas por Lula en la fase de averiguaciones y en la judicial, meros detalles que no alteraban lo esencial, corresponde a las digitales del malhechor en la escena del crimen. A partir de eso, no se muestra difícil percibir que todo lo que la defensa articulase sería usado en su perjuicio.

Así, no parece justo con los demás jueces brasileños y con los que dedican la vida al estudio del proceso tratar la decisión examinada como sentencia criminal, o sea, como una manifestación legítima del poder estatal en su fase jurisdiccional, en el que se encuentra investido un juez *imparcial* y garante del estatuto de derechos fundamentales consagrados por la Constitución Federal y demás normativas internacionales a las que Brasil se obligó de cara a la comunidad de las naciones.

Frente a este sintético diagnóstico de la patología, cabe referir que este breve artículo buscará desvelar, sin la ambición de agotar el tema, las relaciones de *poder* a partir de las que un juez de prime-

ra instancia, aquí referido como agente conductor de la condena, a despecho de la estructura escalonada de organización del Poder Judicial con sus recursos y posibilidades de revisión, puede reunir fuerzas para imponer la excepción inherente a la supresión selectiva de garantías constitucionales elementales,¹ ramificándose, en la práctica, en un juicio (casi) universal y convirtiéndose en elemento de corrupción de la legalidad democrática que debería preservar.

En un artículo publicado en la prensa argentina² desde lo alto de su autoridad de ex juez de la Suprema Corte de Argentina y uno de los juristas más prestigiosos del mundo, el profesor Raúl Zaffaroni identificó la marcha de un *Plan Cóndor* de nuevo tipo en el continente esbozado con el objetivo de, por vías judiciales, excluir de las contiendas electorales a cualquier dirigente o líder político que pueda representar una amenaza al “totalitarismo corporativo”, o sea, la devoción ciega al ultraliberalismo y al capitalismo global. De hecho, no parece azar la similitud entre lo que sucede en Brasil con Lula, en Argentina con Cristina Kirchner, en Perú con Ollanta Humalla, en Paraguay con Lugo y, antes, en Honduras con Zelaya.³ Todos ellos con cuentas exigidas por la justicia. No se trata de apelar a teorías conspiratorias, sino de la mera constatación de una determinada realidad fáctica. Salvo raras excepciones, los jueces y procuradores en Brasil son reclutados entre los hijos de la elite, de los privilegiados que pueden darse el lujo de entrenar por años para los concursos públicos y pagar cursos de posgrado especialmente en los Estados Unidos, donde, además de apropiarse de los bienes técnicos propios de una cultura jurídica distinta a la suya, refuerzan sus creencias en un determinado programa para el mundo.⁴ Hay, por lo tanto, una conjunción hasta inconsciente entre los agentes del Estado que retornan aculturados al país y el

1 Es conocida la lección de Carl Schmitt (2001: 23), uno de los sustentos intelectuales del nazismo, para quien el soberano es quien decide sobre el estado o situación de excepción.

2 Ver <<https://www.pagina12.com.ar/48398-el-plan-condor-judicial>>.

3 En Uruguay, la oposición de derecha intenta reabrir un “juicio” sobre el robo a bancos en los años noventa por los Tupamaros, en un intento de involucrar al casi asceta expresidente Pepe Mujica.

4 No es por casualidad que la Escuela de las Américas mantenida por el gobierno estadounidense hacia donde aflúan los oficiales de los demás países americanos para cursos de formación vienen perdiendo prestigio y utilidad. Ciertamente los estadounidenses se dieron cuenta que la posibilidad de influenciar y tutelar se desplazó del cuerpo militar a los civiles reclutados en las élites de esos países para componer sus aparatos de justicia. La nueva Escuela de las Américas opera en los Master of Laws (LL.M) de los cientos de universidades estadounidenses. Coincidencia o no, los exponentes de la “República de Curitiba” tienen formación académica en universidades de los Estados Unidos.

mainstream mundial, lo que le permite a aquellos transitar sobre las leyes y la Constitución con desenvoltura, construyendo una narrativa apenas formalmente jurídica de modo de justificar en niveles aparentemente neutros sus preferencias ideológicas.

Este alineamiento a partir de una “propuesta de acción práctica” (Bobbio, Matteucci, Pasquino, 2007: 932; V. 2) común no excluye, sino que favorece el establecimiento de una alianza estratégica entre estos agentes del Estado y las corporaciones, especialmente las corporaciones mediáticas que, en Brasil, son dominadas por oligarquías familiares y cuyo objetivo primordial es el mantenimiento de la estructura de los procesos de acumulación capitalista por medio de la división social del trabajo. Esto les permite atravesar las turbulencias al margen de lo que entonces se entendía por jurídico.

No deja de ser peculiar que el agente de la condena haya sostenido lo siguiente en su decisión (ítem 133):

En un ambiente de libertad de expresión, corresponde a la prensa informar libremente los hechos. El sucesivo noticiero negativo en relación a determinados políticos, no solo en relación al expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, parece, por regla general, ser más el reflejo del cumplimiento de la prensa en su deber de informar los hechos que alguna especie de persecución política a quien sea. No hay ninguna duda de que se debe sacar a la política de las páginas policiales, pero eso se resuelve sacando el crimen de la política y no la libertad de la prensa.

Evidentemente que hay mucho más que eso en la relación de complicidad. Una vez más el agente apela a la estrategia de contrainformación, afirmando lo que niega entrelíneas. Regístrese que el propio agente conductor de la condena defendió en un artículo doctrinario sobre la operación “Manos Limpias” (*Mani Pulite*) que la prensa debería ser políticamente instrumentalizada por la justicia para alcanzar sus objetivos persecutorios, sin el cual sería imposible combatir la criminalidad organizada, sugiriendo mucho más que una relación republicana e impersonal entre ambos.

No es una tarea simple señalar quién instrumentaliza y quién es instrumentalizado. En el fondo, hay una relación bilateral entre los agentes del Estado y las corporaciones mediáticas. De un lado, jueces que son alzados a la categoría de semidioses por los medios, lo que importa también en blindaje vinculado a los demás órganos de la estructura judicial,⁵ y, por el otro, conceden a esta el poder de la decisión final real. En estas situaciones, los juicios ocurren en y por

5 Al respecto, ver Bourdieu (1997: 81-82).

los medios. No es casualidad la recurrente mención a los reportajes de O Globo como elemento de “convencimiento” de la culpabilidad de Lula: los medios y el juez se retroalimentan en una relación circular en que la “verdad” de uno valida la del otro y viceversa. La sentencia se torna una mera formalidad, en tanto que confirme el relato previamente presentado a la audiencia. Por esto, los preceptos civilizatorios constitucionalizados, como la libertad como norma y la prisión como excepción, la presunción de inocencia, la amplia defensa, el principio contradictorio, cuando no son tratados como meros obstáculos a la solución ya anunciada, son “flexibilizados”, convirtiéndose en formalidades onerosas al proceso, a ser cumplidas apenas en apariencia, sin ninguna consecuencia práctica en relación al veredicto. Así, se sustituye la “plácida oscuridad de los procesos judiciales” por la “trepidante luz de los dramas judiciales” (De Sousa Santos, 2011: 119). Los jueces se despojan del *munus* de traba a la turba, límite a las mayorías de momento y operan, como afirma Habermas (s/d), como incorporadores de intereses privados a la esfera pública, aunque se suponga que realizan el interés público, de suerte que se convierten en autómatas de discursos preestablecidos que se conforman a las expectativas de determinados intereses sociales, políticos y económicos. De hecho, no se trata de simples casos de publicidad opresiva perjudicial a la defensa,⁶ por sí solo censurable, sino de una privatización peculiar *ad hoc* de la función jurisdiccional, una de las expresiones de la soberanía estatal, o de una delegación inmanente del ejercicio (i)legítimo de la fuerza coercitiva del Estado.

Esta justicia deforme vinculada a intereses y criterios ajenos al Derecho se incompatibiliza con el estatuto constitucional de las garantías, aunque *finja* aplicarlo para una platea cada vez más desconfiada. Imposible, en ese marco, si se habla de jueces independientes

6 En *Sheppard vs. Maxwell* (384 US 333), la Corte Suprema de Estados Unidos anuló la condena de un médico implicado en el homicidio de la esposa como consecuencia de una publicidad excesiva perjudicial de la defensa (*trial by media*), entendiendo que este perjuicio debía ser presumido en función de la intensidad de la intervención de los medios en el juicio, enumerando procedimientos a ser adoptados por el juez, con miras a la garantía de un juicio justo (*fair trial*). La Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Worm vs. Austria* (Aplicación N° 22.714/93, juzgado el 29 de agosto de 1997), consideró adecuada a la Convención el castigo aplicado a un periodista por el Estado austriaco, sobre la base de la ley nacional (Austrian Media Act), por tratar de influir en un juicio criminal por medio de una campaña mediática a favor condenación de un acusado. La Corte entendió que la mera potencialidad de riesgo al *fair trial* justifica la intervención estatal limitadora de la libertad de expresión, en la que pese a reiterar la importancia del escrutinio público en la adecuada actuación de los jueces, siempre que eso, sin embargo, no importe en supresión de garantías fundamentales al acusado.

o acusados sometidos a un tribunal sin prejuicios (imparcial), algo inherente al *fair trail*. Por eso, la agresión al derecho del expresidente Lula es una la agresión al derecho de todos y la brutal inseguridad que esa condena lleva, que se basa en meras suposiciones preconcebidas, está minando lo que aún queda de Estado constitucional en Brasil.

BIBLIOGRAFÍA

- Bobbio, N.; Matteucci, N.; Pasquino, G. 2007 *Dicionário de política* (Brasilia: UnB) 13ª edición.
- Bourdieu, P. 1997 *Sobre la televisão* (Río de Janeiro: Zahar).
- De Sousa Santos, B. 2011 *Para uma revolução democrática da justiça* (San Pablo: Cortez) 3ª edición.
- Schmitt, C. 2001 "Legalidad y legitimidad" en Aguilar, H. O.(org.) *Carl Schmitt: teólogo de la política* (México: FCE).

Yuri Felix*

EL JUEZ DE CURITIBA Y EL DESAMOR DE LA RIGUROSIDAD PROCESAL

PRESUNCIONES, CONFUSIONES, DEDUCCIONES Y FALACIAS

INICIALMENTE, ES IMPERIOSO destacar la dificultad de atribuir un nombre a esta pequeña contribución, teniendo en cuenta que las inconsistencias e impropiedades son fértiles y relucientes cuando el asunto es la decisión de primer grado proferida en la presente acción, donde figura como uno de los acusados el expresidente de la república Luiz Inácio Lula da Silva, Pues bien, buscando la precisión y el mínimo de rigurosidad, se eligió –de forma arbitraria, pues al menos quien suscribe confiesa esta arbitrariedad, distinto de otros que protagonizaron este malhecho evento de la Justicia Federal Criminal– los ítems de número 795 y 804 del presente *decisum*, lo que según mi juicio ya servirá de ejemplo de las (im)propiedades e (in)consistencias. Son los siguientes:

795. Algunas medidas cruciales, sin embargo, fueron dejadas de lado,

* Doctorando y máster del Programa de Posgrado en Ciencias Criminales de la Pontificia Universidad Católica de Río Grande do Sul (PUCRS). Expresidente de la Comisión de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la 40ª Subsección de la OAB, SP y Oidor del Instituto Brasileño de Ciencias Criminales (IBCCRIM). Profesor y conferenciante con artículos publicados en revistas especializadas. Abogado criminal. Correo electrónico: <advyuri@gmail.com>. Facebook: <www.facebook.com/YuriFelixADV>.

como la necesaria alteración de la exigencia del tránsito en juzgado de la condena criminal para el inicio de la ejecución de la pena, algo fundamental para la efectividad de la Justicia Criminal y que solo provino, más recientemente, de la alteración de la jurisprudencia del Egregio Supremo Tribunal Federal (en el HC 126.292, juzgado el 17/02/2016, y en las ADC 43 y 44, juzgadas el 05/10/2016). Esto podría haber sido evidenciado por el Gobierno Federal por enmienda a la Constitución o podría haber obrado para intentar revertir antes la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal.

804. Usualmente, si un subordinado comete un crimen con la ignorancia del superior, cuando el crimen es revelado, el comportamiento esperado del superior es la reprobación de la conducta y la exigencia de que el mal sea castigado. No se verificó esta especie de comportamiento por parte del expresidente, al menos nada más que afirmaciones genéricas de que los culpables debían ser castigados, pero sin ninguna designación específica, como si no hubiera culpables cuya responsabilidad ya no hubiera sido determinada, como, en el caso, por otra parte, de la Acción Penal 470, con tránsito en juzgado. Trata-se de un indicio relevante de connivencia en relación con el comportamiento delictivo de los subordinados y que puede considerarse como un elemento de prueba.

En el ítem 795, en aquel momento, el juez narraba (no se sabe por cuál motivo) los hechos del Gobierno de Lula y sus fallas posibles, con relación a la política del sistema de justicia criminal, siendo así que el juez de la presente acción, asevera haber sido una insuficiencia de la gestión presidencial, el hecho de que la misma no hubiera empleado esfuerzos para que el instituto de la Presunción de inocencia fuera flexibilizado ya en aquella época, dando a entender que no fueron empeñados esfuerzos suficientes para el combate necesario a la corrupción. Con perdón de la crítica, la argumentación llega a ser risible. La pregunta que resta es: ¿cuál es la necesidad de este relato desde el punto de vista decisorio? Respondo: ¡Ninguna! Absolutamente innecesaria.

Por cierto, la decisión del HC 126.292, de 2016 (que cambió la orientación hasta entonces consolidada en la Corte en el HC 84.078, de 2009) para decir lo mínimo, lo obvio, lo que no es poco, golpeó más allá de la Constitución de la República –art. 5º, LVII– toda la sistemática internacional de los Derechos Humanos, tales como la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (art. 9º); la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 11); la Convención Europea de Derechos del Hombre (art. 6.2); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.2); el Estatuto de Roma (art. 66.1) y, con especial énfasis, la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.2).

En fin, aquello que el juez de Curitiba señala como “*algo fundamental para la efectividad de la Justicia Criminal*”, no es nada más que una de las arbitrariedades más monstruosas cometidas en (y por) el sistema de justicia criminal brasileño y que no contribuyó en nada al perfeccionamiento de las instituciones democráticas, o sea, se trata de una falta de servicio al Estado democrático y constitucional, poniendo de lado toda la construcción histórica e internacional de Derechos Humanos, sirviendo solamente al incremento de la selectividad y la superpoblación carcelaria.

No tiene mejor suerte el ítem 804 de la sentencia condenatoria. Antes que pregunten, voy a señalar que este ítem trata del tema Acción Penal 470 (¡¡¡Mensalão!!!), asómbrense, *Mensalão*, la pregunta siguiente es: ¿Pero cuál es la relación? Respondo: Ninguna. Absolutamente innecesaria.

En el momento en que el juez afirma que el expresidente dijo “*nada más allá de afirmaciones genéricas de que los culpables deberían ser castigados*” subrayó su total desconocimiento a la condición elemental, en un proceso democrático, de que corresponde exclusivamente a la parte acusadora –y no a la defensa– la carga probatoria válida y suficiente para demostrar la participación del acusado en los hechos imputados a él, no pudiendo la defensa ser sometida, de modo alguno, a una “*probatio diabólica*”, de tal modo que la primera forma de garantizarse la presunción de inocencia es el refuerzo de este axioma, exigiendo así pruebas válidas y suficientes para que sea posible quebrar el estado de inocencia, presente en todas las fases del proceso penal. Siendo así, es flagrantemente inconstitucional la aplicación de cualquier presunción que pueda “ocasionar una inversión de la carga de la prueba con infracción de la presunción de inocencia (STC 105/1988)” (Gimeno Sendra, 2007: 109-110).

Dicho de otra forma, el hecho de que el acusado ejerza sus derechos constitucionales y convencionales, afirmando aquello que desea y que juzga como el más conveniente o de alguna forma no colabore con el órgano acusatorio –o hasta con esta nueva figura jurídica que es el “juez acusatorio”–, resáltese, de ninguna forma puede ser entendida como una presunción o incluso un indicio de culpa, ya que toda persona posee el derecho “de ser tratada como inocente” (Binder, 2003: 85), o “el derecho que a todo imputado asiste a que se presuma su inocencia hasta tanto no recaiga contra él una sentencia penal firme de condena” (Gimeno Sendra, 2007: 108), siendo este el corolario constitucional elemental del proceso penal acusatorio.¹

1 “El derecho a la presunción de inocencia significa, esencialmente, el derecho de todo acusado a ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba

De este arte, solamente con estricta obediencia a los corolarios elementales del Estado de Derecho, respetando institutos como las garantías del derecho de silencio, la prohibición de producción de prueba contra sí y la presunción de inocencia, solamente así, podrá desenvolverse el incorrecto ejercicio de la jurisdicción (De Araújo Cintra; Pellegrini Grinover; Rangel Dinamarco, 2005: 84-93).

En efecto, el punto de inicio del juzgamiento justo es asegurar la libertad del sujeto contra los excesos eventuales del poder estatal, lo que en palabras de Queijo se incluye “el resguardo contra la violencia física y moral, empleadas para compeler al individuo a cooperar en la investigación y averiguación de los delitos, así como contra métodos prohibidos de interrogatorio, sugerencias y disimulaciones” (Queijo, 2003: 55).

Cabe destacar que Gimeno Sendra² entiende que en caso de que la sentencia penal condenatoria se encuentre fundamentada en una

válida de cargo, acreditativa de los hechos motivadores de la acusación, desarrollada o constatada y ratificada en el acto del juicio oral, con sujeción a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad” (Gimeno Sendra, 2007: 109).

2 De conformidad, pues, con la doctrina del TEDH (caso Handyside, S. 7 de diciembre de 1976; ‘The Sunday Times’ S. 26 de abril de 1979; Sporrong y Lohroth, S. 24 de septiembre de 1982; Bartoldt, S. 25 de marzo de 1985) y jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 62/1982, 15 de octubre, 13/1985, 31 de enero; 37/1989, 15 de febrero; 50/1995, 23 de febrero; 166/1999, 27 de septiembre; 299/2000, 11 de diciembre; 138/ 2001, 10 de junio) pueden extraerse del principio de proporcionalidad, las siguientes notas esenciales: a) todo acto limitativo de un derecho fundamental ha de fundarse y estar previsto (principio de legalidad) en una Ley con rango de Orgánica, pues nuestra Constitución exige que solo el Poder Legislativo y a través de una Ley con dicho rango (art. 81 CE) pueda autorizar los supuestos en los que, bien el Poder Ejecutivo, bien el Judicial, hayan de limitar alguno de los referidos derechos fundamentales (STC 207/1996); b) ‘toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada’ (SSTC 62/1982, 15 de octubre; 37/1989, 15 de febrero; 85/1994, 14 de marzo; 181/1995, 11 de diciembre; 54/1996, 26 de marzo; 158/1996, 15 de octubre; 123/1997, 1 de julio; 236/1999, 20 de diciembre; 239/1999, 20 de diciembre, 299/2000, 11 de diciembre; 47/2000, 17 de febrero; 202/2001, 15 de octubre; 138/2001, 18 de junio; 14/2001, 29 de enero; y SSTs 23 de junio de 1992, 23 de julio de 2001 -RJ 2001\7297-, 12 de septiembre de 2002 -RJ 2002\8331-, 3 de junio de 2002 -RJ 2002\8792-); c) ha de observarse el cumplimiento del subprincipio de necesidad, conforme al cual ‘las medidas limitadoras habrán de ser necesarias para conseguir el fin perseguido’ por el acto de investigación, fin o interés que habrá de estar constitucionalmente protegido, siendo indispensable la práctica del acto limitativo del derecho fundamental para alcanzar dicha finalidad constitucionalmente protegida (SSTC 13/1985, 31 de enero; 66/1989, 17 de abril; 57/1994, 28 de febrero; 58/1998, 16 de marzo; 207/1996; 18/1999, 22 de febrero; 47/2000, 17 de febrero; 70/2002, 3 de abril; ATC 177/2001, 29 de junio; SSTs 8 de marzo de 2004 -RJ 2004\2.804-; 12 de septiembre de 2002 -RJ 2002\8.331-, 4 de abril de 2002 -RJ 2002\5.445-; SAP Guipúzcoa 26 de septiembre de 2003 -ARP 2003\768-; AAP Cádiz 17 de febrero de 2004 -ARP 2004\102-); d) ha de existir una adecuación o ‘congruencia entre la medida prevista o aplicada y la procuración de dicho bien constitucionalmente relevante’, y e) la finalidad perseguida por el acto instructivo y lesivo

prueba que haya dañado la proporcionalidad, esta infringirá también el principio básico de la presunción de inocencia y, principalmente, el derecho del acusado a un proceso que obedezca todas las garantías (Gimeno Sendra, 2007: 62). Es lo que se presenta en este caso que, como se dijo, constituye un momento infeliz de la justicia criminal brasileña.

Finalizando, cuando el juez Moro afirma que “Se trata de un indicio relevante de connivencia en relación al comportamiento criminal de los subordinados y que *puede ser considerado como elemento de prueba*” (*g.n.*), demuestra un desconocimiento profundo y total de las diferencias elementales y procesales con relación a fuente, elemento, medio y función de la prueba en el Estado de Derecho, requisito esencial para dictaminar una sentencia democráticamente aceptable, al final, toda y cualquier decisión debe ser proferida mediante pruebas bajo el principio del contradictorio, elemento central en el proceso. Esta colocación subvierte la formalidad y rigurosidad esenciales, transformando el tópico en mero golpe de escena procesalmente sufrible, lo que es técnicamente inaceptable y que precisa necesariamente ser reformado para el bien del Estado democrático y constitucional del Derecho, es lo que se espera de esta decisión.

BIBLIOGRAFÍA

- Binder, A. M. 2003 *Introdução ao Direito Processual Penal* (Río de Janeiro: Lumen Juris) Trad. F. Zani.
- De Araújo Cintra, A. C.; Pellegrini Grinover, A.; Rangel Dinamarco, C. 2005 *Teoria Geral do Processo* (San Pablo: Malheiros) 24^a edición.
- Gimeno Sendra, V. 2007 *Derecho Procesal Penal* (Madrid: Colex) 2^a edición
- Queijo, M. E. 2003 *O direito de não produzir prova contra si mesmo* (San Pablo: Saraiva).

del derecho fundamental no ha de poder alcanzarse, sino mediante dicho acto y no con otro igualmente eficaz, pero no restrictivo del derecho fundamental (subprincipio de la ‘alternativa menos gravosa’ para el derecho fundamental) o no debe poderse comprobar *‘ex post’* que el mismo objetivo hubiera podido alcanzarse con un medio no o menos restrictivo del derecho fundamental (BVerfG 30,292-316-, Gössel; SSTC 66/1985, 23 de mayo; 178/1985, 19 de diciembre; 19/1988, 16 de febrero; 37/1989, 15 de febrero; 215/1994, 14 de julio; 122/2000, 16 de mayo; 126/2000, 16 de mayo; 299/2000, 11 de diciembre; 169/2001, 16 de julio; 138/2001, 10 de junio y SAP Cádiz 17 de mayo de 1989)”. En (Gimeno Sendra 2007: 61-62).

Comentarios a una sentencia anunciada : el proceso Lula / Alberto Sampaio Júnior ... [et al.] ; compilado por Carol Proner ... [et al.] ; prólogo de Geraldo Prado ; Ney Strozake. - 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : CLACSO ; Curitiba : Instituto Defesa da Classe Trabalhadora ; Sevilla : Instituto Joaquín Herrera Flores ; San Pablo : Projeto Editorial Praxis ; San Pablo : Canal 6 Editora, 2018. Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-722-322-4

1. Sentencia. 2. Proceso. 3. Condena. I. Sampaio Júnior, Alberto II. Proner, Carol, comp. III. Prado, Geraldo, prolog. IV. Strozake, Ney, prolog.
CDD 345

Otros descriptores asignados por CLACSO:

Ignacio Lula da Silva / Democracia / Luchas Populares / Poder Judicial / Golpe de Estado / Capitalismo / Élités financieras / Brasil / América Latina

