

REVISTA DE
**DERECHO PENAL
Y CRIMINOLOGÍA**

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCIÓN DE LA PENA

AÑO VI • NÚMERO 5 • JUNIO 2016

DIRECTOR
EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

ÁREA PROCESAL
MIGUEL Á. ALMEYRA

COMITÉ ACADÉMICO

CARLOS JULIO LASCANO

JOSÉ SÁEZ CAPEL

LOLA ANIYAR DE CASTRO

LUIS ARROYO ZAPATERO

DAVID BAIGÚN

NILO BATISTA

ROBERTO BERGALLI

JORGE DE LA RÚA

EDGARDO ALBERTO DONNA

LUIGI FERRAJOLI

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

JULIO B. J. MAIER

SERGIO MOCCIA

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

ESTEBAN RIGHI

NORBERTO SPOLANSKY

JUAREZ TAVARES

JOHN VERVAELE

COORDINADORES

MATÍAS BAILONE

RODRIGO CODINO

THOMSON REUTERS
LA LEY

REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

DELITOS ECONÓMICOS • CONTRAVENCIONAL •
GARANTÍAS CONSTITUCIONALES • PROCESAL PENAL •
EJECUCIÓN DE LA PENA

DIRECTOR

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

ÁREA PROCESAL

MIGUEL Á. ALMEYRA

COMITÉ ACADÉMICO

EDUARDO AGUIRRE OBARRIO (ARGENTINA 1923-2011)

CARLOS JULIO LASCANO (ARGENTINA)

LOLA ANIYAR DE CASTRO (VENEZUELA)

LUIS ARROYO ZAPATERO (ESPAÑA)

DAVID BAIGÚN (ARGENTINA 1926-2015)

NILO BATISTA (BRASIL)

ROBERTO BERGALLI (ARGENTINA)

JORGE DE LA RUA (ARGENTINA 1942-2015)

EDGARDO ALBERTO DONNA (ARGENTINA)

LUIGI FERRAJOLI (ITALIA)

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (CHILE)

JULIO B. J. MAIER (ARGENTINA)

SERGIO MOCCIA (ITALIA)

FRANCISCO MUÑOZ CONDE (ESPAÑA)

ESTEBAN RIGHI (ARGENTINA)

GLADYS ROMERO (ARGENTINA 1933-2014)

NORBERTO SPOLANSKY (ARGENTINA)

JUAREZ TAVARES (BRASIL)

JOHN VERVAELE (HOLANDA)

JOSÉ SAEZ CAPEL (ESPAÑA)

COORDINADORES

MATÍAS BAILONE

RODRIGO CODINO

THOMSON REUTERS

LA LEY

DERECHO COMPARADO

DOCTRINA

Procesos de reforma penal en Chile. Aproximaciones desde el campo del Derecho Penal Político
Por **Myrna Villegas Díaz** 169

El agente encubierto en la investigación de delitos de pornografía infantil. Su inclusión en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España. Necesidad de legislarlo en nuestro país
Por **Hugo A. Vaninetti** 191

ACTUALIDAD

DOCTRINA

Consideraciones sobre la operación "lava jato". Régimen legal del arrepentido, prisión preventiva e "impeachment" en el Brasil
Por **Gabriel González Da Silva** 201

Manifiesto por una nueva política criminal en materia de espacio y orden públicos
Grupo de Estudio en Política Criminal (España) 214

PÁGINAS CLÁSICAS

DOCTRINA

Delito imposible y putativo (su determinación conceptual)
Por **Blasco Fernández De Moreda** 219

BIBLIOGRAFÍA

Revisión de la cosa juzgada (irrita y fraudulenta), por **Oswaldo A. Gozaíni**. Comentado por **Guido Croatto** 249

Consideraciones sobre la operación "lava jato". Régimen legal del arrepentido, prisión preventiva e "impeachment" en el Brasil

POR GABRIEL GONZÁLEZ DA SILVA (*)

Sumario: I. Antecedentes del "Petrolão" y de la "Operación Lava Jato". — II. La colaboración o delación premiada en los casos de crimen organizado. — III. Breve observación sobre el pedido de prisión preventiva del ex-presidente y sus fundamentos. La relación entre la prisión preventiva y la "delación premiada". — IV. El "fuero privilegiado". — V. Conclusiones.

I. Antecedentes del "Petrolão" y de la "Operación Lava Jato"

Es sabido que las crisis políticas de cierta magnitud ocurridas en el Brasil, que además traen aparejadas consecuencias en su economía, repercuten de manera directa en el ámbito internacional y sobre todo en la Argentina, por su dependencia comercial con el país vecino. No provoca asombro entonces la especial atención que los medios locales suelen dispensarle a tales sucesos; interés del que no ha sido una excepción el vigente escándalo político (y judicial) al que en dicho país han denominado "Petrolão", el cual derivara en la investigación penal designada como "Operação Lava Jato". De manera similar a lo que ya ocurriera con el llamado "Mensalão", aquella involucra a diversos funcionarios gubernamentales de alta jerarquía que se encontrarían envueltos en episodios de corrupción aunque, en este caso, implicando formalmente, entre otros, nada menos que al expresidente de la República, Luis Inácio Lula da Silva y, por las mismas razones, augurando coadyuvar con la posible sustanciación de un juicio político (*impeachment*) a su actual mandataria, Dilma Rousseff.

Sobre este punto merece formularse una aclaración liminar que deviene sustancial para evitar confusiones: la reciente aprobación por la Cámara de Diputados del proceso de juicio político promovido contra la Presidente del Brasil, que a la fecha en que fuera concluido este comentario

todavía restaba ser confirmado por el Senado para habilitar la prosecución de su trámite y la consecuente suspensión de la mandataria durante su curso (art. 86 de la Constitución Federal y ley 1079 de 1950), sólo se relaciona de manera indirecta con la crisis del "Petrolão". Ello, pues allí Rousseff es acusada por lo que más de dos tercios de los representantes de la Cámara Baja consideraron como un "crimen de responsabilidad", consistente en haber promovido maniobras fiscales ("*pedaladas fiscais*") para tergiversar los balances oficiales durante 2014 y probablemente también en 2015 (esto último durante su actual mandato, lo que justifica habilitar el proceso de *impeachment* para eventualmente removerla del cargo), con el objeto de exhibirle a la población un panorama económico distinto al real, que en definitiva le permitió acceder sin turbulencias a su reelección. De modo que con ello, y con la creación de partidas presupuestarias por decreto y sin la autorización del Congreso, la actual Presidente habría ocultado el déficit emanado de las millonarias deudas que el gobierno había comenzado a registrar, posiblemente asociadas con las dificultades financieras que se suscitaron a partir del escándalo que envuelve a la compañía de economía mixta *Petrobras* (Petróleo Brasileiro S.A.).

Al respecto, en lo que hace al proceso judicial que tiene por perjudicada a la simbólica empresa petrolera, los medios de comunicación han venido informando sobre las acciones judiciales que se han planteado a los efectos de disponer la detención cautelar del otrora titular del Poder Ejecutivo y sobre su reciente nombramiento en

(*) In memoriam María Tereza da Silva Moretto, periodista brasileña y persona ejemplar.

la jefatura de ministros, que literalmente interpretaron como una "asignación de fueros" que le evitarían a Lula da Silva ser encerrado de manera preventiva, pues dicha circunstancia además quedaría corroborada mediante el contenido de comunicaciones telefónicas que mantuvo con la Presidenta de la República, obtenidas en la investigación a través de su intervención y que fueran difundidas al público de manera simultánea. De ellas derivaría la ineludible actuación del Supremo Tribunal Federal del país, al menos para juzgar su situación procesal (y la de la Presidente), desplazando en esta tarea al magistrado de primera instancia a cargo del "Lava Jato" a quien, desde sectores del gobierno y afines a este, le endilgan parcialidad política en la toma de sus últimas decisiones.

Lo que a través de este comentario entonces se propone, es brindar un somero panorama acerca de algunas cuestiones técnicas (constitucionales, penales y procesales) relacionadas con el avance de dicha investigación que, corresponde adelantar, habrá de prescindir de formular valoraciones acerca de la supuesta intencionalidad política que, desde el actual gobierno brasileño y desde los sectores que acompañan al oficialismo, le atribuyen a su impulso. Finalmente se establecerán ciertas precisiones en torno a la reciente intervención del Máximo Tribunal federal brasileño para expedirse sobre su competencia para intervenir directamente en la investigación, con motivo la función que ejercen algunos de los implicados.

El "Mensalão" o "escándalo de las mensualidades", tuvo lugar entre los años 2005 y 2006 y concluyó en 2012 con la condena a prisión de efectivo cumplimiento impuesta por el Supremo Tribunal Federal a varios de los involucrados, entre los cuales se encontró José Dirceu, Ministro Jefe de la Casa Civil de Brasil (órgano con similares funciones a la jefatura de gabinete vernácula), durante buena parte del primer período presidencial de Lula da Silva. En el marco de esa mega investigación penal, la justicia brasileña comprobó la existencia de una asociación ilícita que fundamentalmente se dedicó a "comprar los votos" de diversos parlamentarios del Congreso federal (sobre todo de los representantes del oficialista PT o Partido de los Trabajadores y de sus aliados políticos), mediante el pago de una suma dineraria que les acorda-

ban en ocasiones de manera mensual (de ahí el neologismo "mensalão").

Transcurridos dos años de aquel juicio histórico, estalló un nuevo suceso de corrupción política, esta vez bautizado "Petrolão", por involucrar hechos delictivos desplegados fundamentalmente en perjuicio la petrolera de la cual el estado federal brasileño es el accionista mayoritario. Pese a aquel antecedente, éste, por su magnitud, pasó a erigirse como la mayor investigación sobre sucesos de corrupción abierta en la historia de Brasil y fue denominada como "Operación Lava Jato", expresión que traducida de manera literal significa lavado rápido. No obstante, esta también hace referencia a los lavaderos de automóviles a presión, por lo que el título le fue asignado a la pesquisa en función de que parte de la asociación ilícita implicada lavaba el dinero ilícito obtenido mediante la adquisición de estaciones de servicio en las que precisamente ofrecían dicho servicio de limpieza de vehículos.

En 2009 las autoridades judiciales comenzaron a investigar una red de "doleiros", que en la Argentina son popularmente conocidos como "arbolitos", es decir, organizaciones que se dedican a la compra y venta de divisas en el mercado paralelo y que, en un nivel superior de la asociación delictiva, además se encargan de transferir ilícitamente tales fondos al exterior, permitiendo evadir su declaración al fisco y, consecuentemente, el pago de impuestos a tales organismos de control y recaudadores. En el caso brasileño se comprobó que los "doleiros", para llevar adelante dicho quehacer se valían de empresas ficticias como fachada; presentaban contratos de importación inexistentes y desviaban las divisas a paraísos fiscales en el exterior. Sin embargo, lo que llamó la atención de los investigadores fue el vínculo que pudieron establecer entre aquellos con algunos de los directores de Petrobras y con importantes empresarios de la construcción dedicados a la ejecución de obras públicas ("empreiteiros"), sobre todo ligados con licitaciones obtenidas de la petrolera. Individualizados que fueron algunos de ellos, y mediante el instituto legal de la "colaboração premiada" (colaboración premiada), aquí conocido como régimen del "arrepentido", lograron comprobar la existencia de una red de corrupción con insospechadas ramificaciones, pues abarcaba a buena parte de los directores de Petrobras (aunque luego se

constató que la maniobra delictiva —que también evidenció otras modalidades— se extendía a otras licitaciones estatales, tales como el rubro de la energía, los transportes e incluso las vinculadas con la organización del campeonato mundial de fútbol que se disputó en ese país en 2014), a representantes de partidos políticos de todos los signos (ya no sólo del PT) y a los principales contratistas de obra pública del país.

A cargo del juez federal de Curitiba Sergio Moro e impulsada por el Ministerio Público Federal con sede en el Estado de Paraná, en el marco de esta mega causa parangonable, más allá de sus diferencias, con el *Mani Pulite* (manos limpias) italiano de la década del '90, se ha venido logrando establecer que los directores y empleados jerarquizados de *Petrobras* cobraban dádivas ("coimas"; palabra que admite la Real Academia y que al efecto resulta más comprensible; "*propinas*" en el idioma portugués o "*pixuleco*"; según la terminología específica que utilizaba la organización del "*Petrolão*" para referirse a ellas) de las "*empreiteiras*" y de otros proveedores estatales para facilitar sus negocios con la petrolera. Al efecto, los contratos de esas empresas con *Petrobras* eran sobrefacturados para permitir el desvío del dinero de las arcas de la petrolera para los beneficiarios del sistema. El dinero era recibido por los "*doleiros*"; que se encargaban de hacerlo ingresar al circuito lícito (blanqueamiento de capitales) y luego a su vez distribuido entre lobistas, políticos y funcionarios públicos; incluyendo, al parecer, a aquellos que habían tenido intervención en el aludido *Mensalão*, pues los hechos se remontan a aquella época o aun antes. Pero además, conforme pudo establecer el Ministerio Público (fiscal), el esquema también beneficiaba a los partidos políticos (por indicación expresa de cada uno los directores implicados de *Petrobras*, que a su vez eran individualmente responsables de las distintas áreas de actuación de la empresa) por cuanto buena parte de ese desvío ilícito de fondos era destinado al financiamiento de las campañas electorales.

En los últimos tiempos, por otra parte, también comenzó a surgir como hipótesis de trabajo la posibilidad de que ese accionar delictivo se haya extendido a otros países del mundo (incluyendo a la Argentina), en los cuales *Petrobras* tiene intereses comerciales, contando en este caso con la connivencia de funcionarios locales.

Merced a la información obtenida en el proceso de investigación (la "*Lava Jato*" está compuesta por varias "fases" o causas que van avanzando individualmente de manera progresiva, abarcando distintos tramos de la gran maniobra desplegada desde hace varios años) ya fue posible arribar al dictado de las primeras condenas, sobre todo de aquellas personas que optaron por "colaborar" con las indagaciones, reconociendo su responsabilidad en los hechos; poniendo de manifiesto todo lo que sabían respecto de los delitos en los que participaron y devolviendo al Estado buena parte de los fondos que habían obtenido ilícitamente. No conforme con ello, el Ministerio Público paralelamente promovió múltiples acciones civiles en las que ya logró resarcimientos millonarios.

Esa colaboración, como se verá, buena parte de los involucrados aceptaron prestarla a cambio de que sus penas fuesen reducidas conforme el régimen legal para "arrepentidos" que tiene el Brasil en supuestos de corrupción. Por su parte, las empresas implicadas fueron en principio inhabilitadas para celebrar contratos a futuro con *Petrobras* aunque su desprestigio conllevó a que perdieran acceso al crédito, llevándolas al borde de la ruina financiera.

II. La colaboración o delación premiada en los casos de crimen organizado

Sin dudas, la herramienta legal que permitió avanzar en las distintas vertientes que viene evidenciando la "*Lava Jato*" y permitió determinar las responsabilidades de los múltiples actores involucrados en distintos grados, tanto del área pública, como de la privada, más allá de las controversias que apareja, es el instituto de la "colaboración premiada".

Las pautas que la rigen se encuentran reglamentadas en la ley 12.850 de "*Organização Criminosa*" (organización criminal), del 2/8/2013, sancionada durante el gobierno de la propia Presidente Rousseff, que precisamente define los elementos que tipifican a tales tipos de asociaciones ilícitas; establece las penas y los procedimientos aplicables para su juzgamiento y en este último aspecto sistematiza ciertos institutos que facilitan la obtención de elementos probatorios en supuestos de crimen organizado. Esta manda revocó a la ley 9034 de 1995, conocida como "*Lei de combate ao crime organizado*" (ley de comba-

te al crimen organizado), que ya se había encargado de reglar la figura del arrepentido ("colaboración premiada"), al igual que como ya se había hecho en otras disposiciones legales específicas. Así, por ejemplo, la ley 7492 de 1986 (reformada por la ley 9080 de 1995) que reglamenta los crímenes contra el sistema financiero nacional (conocida como "*Lei do colarinho branco*" —ley de delitos de "cuello blanco"—); la ley 8072 de 1990 (actualmente reformada, entre otras, por las leyes 13.104 y 13.142 de 2015) que sanciona a los "*crímenes hediondos*" (aquellos que, a partir del mandato del art. 5, inc. XLIII de la Constitución Federal, el legislador brasileño establece que, por sus características, revisten mayor gravedad y, por ende, se encuentran exentos de ser pasibles de fianza; poseen un estricto régimen especial de ejecución de la pena y no pueden ser indultados o amnistiados, entre otros extremos); la ley 8137 de 1990 (reformada, entre otras, por las leyes 9080 de 1995 y 12.529 de 2011), que establece los crímenes contra el orden tributario, económico y contra las relaciones de consumo; la ley 9613 de 1998 (reformada por la ley 12.683 de 2012) de "lavado de capitales"; la ley 9807 de 1999 (reformada por la ley 12.483 de 2011) de "protección especial a víctimas y testigos" y la ley 11.343 de 2006 (reformada, entre otras por la ley 12.961 de 2014) de "tráfico de drogas" ("*Lei de Tóxicos*").

Conforme determina el art. 1° ley 12.850, se considera "organización criminal" a la asociación de cuatro o más personas estructuralmente ordenada y organizada por la división de tareas, aun de manera informal, que tenga por objeto obtener directa o indirectamente, ventajas (provecho) de cualquier naturaleza, mediante la práctica de infracciones penales cuyas penas máximas sean superiores a cuatro años (no define si solamente de prisión u otra clase de pena), o que fuesen de carácter transnacional. La ley también resulta aplicable a quienes promovieren, constituyeren, financiareen o integraren personalmente o por interpósita persona una organización criminal; a las infracciones penales previstas en los tratados o convenciones internacionales, cuando iniciada su ejecución en el país el resultado se produzca o debiese producirse en el extranjero o viceversa y a las organizaciones terroristas. Al establecerse las penas, cuya escala en la figura básica va de 3 a 8 años de reclusión y multa, se determina un aumento de aquellas de un sexto a dos tercios de verificarse la inter-

vención en el hecho de un funcionario público, siempre y cuando se acredite que la organización se valió de esa condición para concretar el delito.

Por otro lado, habilita a que, en el caso de que existan indicios suficientes de que un funcionario público integre una organización criminal, el juez disponga su apartamiento cautelar del cargo, empleo o función, sin perjuicio de mantenerse su remuneración, cuando ello resulte indispensable a los fines de la investigación. La condena firme acarrea al funcionario público la pérdida del cargo, función, empleo o mandato electivo y la inhabilitación para el ejercicio de la función o cargo público por el término de ocho años subsiguientes al cumplimiento de la pena.

En lo que respecta al procedimiento penal aplicable y a los medios especiales de recolección de la prueba en estos supuestos, la ley remite al procedimiento ordinario previsto por el "Código de Processo Penal" de la Unión (único para todas las jurisdicciones), aunque encomienda que la instrucción concluya en un plazo razonable que no puede exceder de ciento veinte días, prorrogables por igual período en casos complejos o por dilaciones atribuibles al imputado, cuando éste se encuentre detenido preventivamente. Además, posibilita la intervención de agentes encubiertos y habilita la captación ambiental de señales electromagnéticas, ópticas o acústicas y la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas, así como el acceso a los registros y movimientos bancarios o de bases de datos públicas o privadas, incluyendo la información comercial y electoral. En este sentido, permite el levantamiento del secreto financiero, bancario y fiscal y promueve la cooperación específica entre instituciones y órganos federales, distritales, estatales y municipales en la búsqueda de pruebas e informaciones de interés para la investigación. Por su parte, reglamenta los institutos de la "acción controlada" y el de la ya aludida "colaboración premiada".

No es posible ingresar aquí al análisis puntual de cada una de estas acciones, buena parte de las cuales encuentran algún parangón en el derecho argentino. No obstante, corresponde aclarar que la "acción controlada" constituye el procedimiento por el cual, judicialmente, y con control del Ministerio Público, se autoriza a retardar la intervención policial o administrativa frente a

una acción delictiva practicada por una organización criminal (o vinculada a ella), manteniéndola bajo observación y acompañamiento hasta tanto la medida legal se concrete de la forma más eficaz a efectos de colectar la prueba y obtener informaciones (régimen similar al sistema de "entrega vigilada" en los casos de drogas).

En lo que importa a los fines de este comentario, el instituto técnicamente intitulado en la ley como "colaboración premiada", pero por todos identificado como "delación premiada" ("*delação premiada*"), habilita al juez, a requerimiento de las partes, a conceder el "perdón judicial"; a reducir hasta dos tercios de la pena privativa de la libertad o a substituir esta última por otra sanción alternativa, en aquellos supuestos en los que una persona implicada en una organización criminal haya colaborado de manera efectiva y voluntaria con la investigación penal y siempre y cuando de esa cooperación se obtengan uno o más de los siguientes resultados: *a*) la identificación del resto de los coautores y partícipes de la organización criminal y de las infracciones penales por ellos concretadas; *b*) la revelación de la estructura jerárquica y la división de tareas de la estructura criminal; *c*) la prevención de infracciones penales derivadas de las actividades de la organización criminal; *d*) la recuperación total o parcial del producto o provecho de las infracciones penales practicadas por la organización criminal y *e*) la localización de la eventual víctima con su integridad física preservada.

En todos los casos, la concesión de lo que en la ley es considerado como un beneficio, debe tener en cuenta la personalidad del colaborador; la naturaleza, las circunstancias, la gravedad y la repercusión social del hecho delictivo y la eficacia de la colaboración prestada.

En principio el acuerdo no es público y sólo debe contener informaciones que apenas permitan identificar al colaborador y su objeto. Este puede ser presentado al juez en cualquier momento del proceso, aun antes de formalizada la denuncia, la cual incluso puede ser postergada por seis meses hasta que se verifiquen las condiciones pactadas, suspendiéndose durante ese término el plazo de prescripción de la acción penal. El Ministerio Público también puede desistir de denunciar específicamente a un colaborador si determina que este no es el líder (jefe) de la

organización criminal o se trata de la primera persona que prestó efectiva colaboración en los términos de la ley. Si la colaboración fuese posterior al dictado de la sentencia, la pena puede ser reducida hasta la mitad o bien pueden admitirse regímenes progresivos de cumplimiento de la pena, aun cuando no se verifiquen sus requisitos objetivos.

La ley le impide al juez participar de las negociaciones realizadas entre las partes para formalizar el acuerdo de colaboración que, en las instancias iniciales de la investigación, puede incluso ser concretado entre la policía, la persona investigada y su defensor, con dictamen favorable del Ministerio Público, el que, avanzado el proceso, es el único órgano estatal de persecución habilitado a intervenir en el acuerdo.

El juez para homologarlo sólo puede controlar las cuestiones formales de su celebración (v.gr., que se ajuste a los supuestos y términos consignados en la ley) mas no se encuentra facultado para rechazarlo por estar en desacuerdo por razones de oportunidad, mérito, conveniencia o de política criminal. Debe en cambio establecer de manera fehaciente la libre voluntad del investigado para acceder al acuerdo, a cuyo efecto puede oírlo en audiencia con la sola presencia de su defensor.

Una vez homologado, el colaborador puede ser escuchado por el Ministerio Público o, según el caso, por el comisario policial a cargo de las investigaciones, siempre en presencia de su defensor. Los actos de colaboración, en la medida de lo posible, deben ser registrados por cualquier procedimiento técnico que posibilite la mayor fidelidad de las informaciones aportadas. En sus declaraciones a lo largo de la pesquisa, el colaborador (siempre con la presencia de su defensor) debe renunciar a su derecho a permanecer en silencio y está sujeto al compromiso legal de decir la verdad. Conforme a lo que en tales oportunidades aquél exponga, las partes pueden retractarse de la propuesta efectuada en el caso en que las pruebas autoincriminatorias producidas a partir de los datos prestados por el colaborador resulten aplicables exclusivamente en su contra.

El agente colaborador tiene derecho a que su nombre imagen y demás informaciones personales permanezcan preservados del público y de los medios de comunicación (no puede ser foto-

grafiado o filmado sin autorización previa por escrito); a que su juicio tramite en forma separada a los demás coautores o partícipes; a participar de las audiencias sin mantener contacto visual con el resto de los acusados y a cumplir la pena que le fuere impuesta en un establecimiento carcelario distinto al resto de los otros implicados o condenados. La ley insiste además en la necesaria intervención del defensor de confianza en todos los actos de la negociación, confirmación y ejecución de la colaboración.

El colaborador beneficiado por el perdón judicial o no denunciado puede ser oído durante el juicio a requerimiento de las partes o por iniciativa de la autoridad judicial y los términos del acuerdo y su eficacia deben ser valorados al dictarse la sentencia definitiva. Finalmente, la ley consigna de manera expresa que ninguna sentencia condenatoria puede ser dictada con fundamento exclusivo en las declaraciones del agente colaborador.

Así, al instituto de la "delación premiada" un sector de la doctrina brasileña le formula múltiples cuestionamientos, tanto de orden constitucional (por cuanto, entre otros extremos, consideran que vulneraría el debido proceso legal, el contradictorio, la amplitud de defensa en juicio y condicionaría al imputado a declarar contra sí mismo en busca de mejorar su situación en el proceso y reducir su castigo), como fundamentalmente desde el plano ético.

Desde este punto de vista se cuestiona que el acto del colaborador constituye una verdadera traición, cuyo único objeto es obtener beneficios que satisfagan necesidades propias en detrimento de los delatados; que en consecuencia no posee un fin moral loable cual sería colaborar a la realización de la justicia coadyuvando a que el Estado se acerque a la verdad real y así lograr la finalidad de la paz social. Por lo demás, algunos consideran que la figura derivaría en una suerte de apatía e inactividad estatal en el marco de las instrucciones penales ya que, confiando en la existencia del instituto, el Estado podría decidir esperar sus resultados antes que ejercer su función indelegable de investigar y sancionar los delitos.

Con todo y sin caer en la afirmación atribuida a Maquiavelo en cuanto a que el fin justificaría los medios —ya que cualquier transgresión a los de-

rechos fundamentales o a los principios básicos del Estado de derecho tornaría inoperante el instituto, circunstancias éstas sobre las que tampoco es posible ingresar a su análisis en este breve ensayo—, no pueden negarse los resultados de la "delación premiada" en términos de "efectividad" de la investigación y el "*Lava Jato*" constituye un claro ejemplo de esa contundencia.

Los ciudadanos brasileños hoy son testigos del desfile por sus tribunales federales de decenas de empresarios poderosos; ejecutivos y exdirectores de la principal empresa estatal esquilmada; de lobistas; políticos influyentes y de dirigentes partidarios. Ese devenir en modo alguno aparece superfluo, como tradicionalmente en nuestros países suele ocurrir con las investigaciones penales vinculadas con supuestos de corrupción política y económica, cuya duración de los procesos es escandalosa, al igual que sus resultados que, por lo general, derivan en la impunidad de los involucrados o en el mejor de los casos en condenas irrisorias que además no llevan ínsitas la recuperación de un sólo centavo en favor del Estado.

La "delación premiada" del "*Lava Jato*" ha permitido llegar a confines a los que no sería posible arribar utilizando las mismas herramientas procesales que se emplean para investigar un suceso de robo o una simple estafa y ello por una sencilla razón: es un postulado que tales tipos de maniobras a grandes escalas, que involucran a diversos sectores de poder de la sociedad, incluyendo a quienes en ocasiones tienen a su cargo los organismos de investigación, por lo general poseen una contabilidad informal, no dejan grandes rastros y si llegaran a dejarlos, habitualmente estos no permiten determinar con claridad los diferentes estamentos de las organizaciones delictivas y la responsabilidad puntual que le cupo a cada uno de sus miembros, sobre todo a sus conductores por cuanto, como es sabido, suelen apoyarse en prestanombres y en negocios y empresas fantasmas. Los mecanismos de investigación tradicionales no hacen más que disipar pruebas e indicios, extender indeterminadamente los procesos y darles el tiempo suficiente a los verdaderos responsables para que se deshagan de las evidencias que los incriminan y distraigan el patrimonio habido en forma ilícita a efectos de que nunca más pueda ser recuperado, más sí a la postre por ellos usufructuado, o por sus hijos, o por los hijos de sus hijos.

A pocos años de su inicio, la "Operación Lava Jato" ha permitido aplicar las primeras condenas de efectivo cumplimiento y recuperar parte de los activos. Brasil observa que los otrora poderosos hoy son presos comunes, alojados en celdas comunes del sistema penitenciario federal junto a quienes tradicionalmente las vinieron ocupando, muchos de ellos considerados "*ladroes de galinhas*" ("ladrones de gallinas").

Un párrafo final corresponde destinar a las sanciones que —a nivel administrativo— las personas jurídicas vendrían siendo pasibles por tales actos de corrupción. Brasil posee la ley 12.846 del 1/8/ 2013, que dispone sobre la responsabilidad objetiva administrativa y civil de las personas jurídicas por la práctica de actos contra a administración pública, nacional o extranjera que hubiesen sido cometidos en su interés o beneficio exclusivo o no.

La ley permite responsabilizar y sancionar a las personas jurídicas, independientemente de la responsabilidad individual de las personas físicas que integran las sociedades, por los actos lesivos que también se encarga de tipificar (vinculados fundamentalmente con actos desplegados en licitaciones y contratos con la administración pública), que atenten contra el patrimonio público nacional o extranjero; contra los principios de la administración pública o contra los compromisos internacionales asumidos por el país. En lo que importa a los fines de esta análisis, de manera similar a lo que se verifica en la comentada Ley de Organización Criminosa N° 12.850; la "*Lei Anticorrupção*" (Ley Anticorrupción), como se la identifica a la ley 12.846, prevé el instituto de la "*leniência*" (que literalmente significa, suavidad o blandura), y que remite a los acuerdos a los que puede arribar la Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios, individualmente o en conjunto con el Ministerio Público, con las personas jurídicas responsables por los hechos investigados y previstos por la ley, que hayan prestado una colaboración efectiva con las investigaciones y con el proceso administrativo de modo que permitan la identificación de los demás implicados en la infracción, cuando ello resultare posible según los términos y alcances de la ley; la obtención de informaciones y documentos que comprueben la infracción denunciada o investigada; la cooperación de la persona jurídica con las investigaciones en torno a su responsabilidad

objetiva y el compromiso de la persona jurídica para implementar mecanismos internos que permitan alcanzar su regularización.

El acuerdo permite eximir a las personas jurídicas de algunas de las sanciones previstas por la ley; posibilita reducirles las multas establecidas por ella hasta dos tercios e incluso habilita a condonar totalmente las sanciones de las que podría resultar pasible en los casos en que la persona jurídica sea la primera en firmar el convenio (no la excusa, en cambio, de la obligación de reparar integralmente el daño causado). También permite exceptuarlas de las sanciones relacionadas con los impedimentos para ejercer el derecho a licitar y contratar con organismos públicos (conf. ley 8.666 de 1993). Este último aspecto de la ley resulta el que mayores críticas ha despertado, pues su redacción original no lo contemplaba, habiendo sido agregado, al igual que varias de las previsiones comentadas, a través de un decreto del Poder Ejecutivo cuya constitucionalidad resulta sumamente dudosa (conf. Medida Provisoria 703, del 18/12/ 2015) y que una parte de la doctrina y de la prensa brasileña considera que fue dictado para evitar la bancarrota de las empresas vinculadas con el "*Lava Jato*", las que en consecuencia no se verían imposibilitadas de participar en futuros procesos licitatorios con el estado federal y los locales.

III. Breve observación sobre el pedido prisión preventiva del ex-presidente y sus fundamentos. La relación entre la prisión preventiva y la "delación premiada"

En oportunidad de haber sido denunciado Lula da Silva, en este caso por el Ministerio Público con sede en San Pablo, los fiscales intervinientes también solicitaron su detención cautelar exponiendo distintos argumentos que —cuanto menos— resultan sorprendentes. Antes de pasar a su breve inventario corresponde recordar que Brasil forma parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, con todos los efectos y consecuencias que ello conlleva, entre otros, la obligación de observar sus directrices en materia de prisión preventiva, so pena de incurrir en responsabilidad internacional.

Conforme reseñara el reconocido jurista brasileño Luiz Flávio Gomes en un comentario doc-

el marco de la cual la Presidente Rousseff le manifestaría a Lula da Silva que tendría preparada su designación en dicho carácter para utilizarla "solo en caso de necesidad", luego de que aquel le expresara que se encontraba "asustado con la República de Curitiba" porque "a partir de un juez de primera instancia todo podía acontecer en el país" (en obvia referencia al juez Moro) en donde, entre otras instituciones, la Suprema Corte estaba "totalmente acobardada".

Así, corresponde precisar en qué consiste concretamente el aludido "fuero privilegiado" y determinar si esa prerrogativa lo eximiría al expresidente de ser privado de su libertad de manera cautelar en el marco de la investigación penal en la que viene siendo investigado, de continuar tramitando su caso ante esa jurisdicción especial (a la fecha en que se concluyera este comentario, tampoco había quedado dirimido definitivamente este tema).

La Constitución de la República Federativa del Brasil establece en su artículo 102 que el Supremo Tribunal Federal es competente para "procesar y juzgar" de manera originaria, respecto de las infracciones penales ordinarias cometidas, entre otros, por el Presidente de la República, el Vicepresidente, los miembros del Congreso Nacional, el Procurador General de la República y a los Ministros de Estado. Si bien el texto constitucional hace una distinción entre "infracciones penales ordinarias" y "crímenes de responsabilidad"; estos últimos son los que habilitan y derivan en la sustanciación del procedimiento de juicio político o "*impeachment*" (conf. art. 52 de la Constitución y ley 1079 de 1950), cuyas consecuencias son la destitución y la eventual inhabilitación para ejercer la función, correspondiendo su juzgamiento al Senado (*v.gr.*, el caso del Presidente) y, en otros, a la propia Corte, sin perjuicio de la posterior sustanciación de la acción penal para juzgar la eventual comisión de un "crimen común".

Dicha competencia originaria de la Suprema Corte brasileña —que, en los casos que resulta aplicable, excluye la intervención de los jueces inferiores— constituye el "fuero especial de juzgamiento por prerrogativa de la función", aunque la doctrina la identifica como "fuero privilegiado". Más allá de su denominación, lo que en verdad procura la previsión constitucional (ratificada en

la reforma de 1988) es proteger el normal desempeño del cargo o de la función pública, evitando que los magistrados federales de "*primero grau*" (de primer grado o primera instancia) diseminados en el extenso territorio del país, puedan intervenir en investigaciones contra los funcionarios que cumplen tales elevados oficios en la estructura del gobierno federal, dándole curso a procesos temerarios o bien tomando decisiones que pudiesen resultar arbitrarias o dominadas por un interés particular y que redunden en una afectación en el regular, eficiente y ordenado desenvolvimiento de las funciones públicas estatales.

Pese a las buenas intenciones por las que dicho presupuesto en principio habría sido reglamentado en el texto constitucional brasileño, fácilmente pueden predecirse las críticas que se formulan a su respecto (por cierto evidentes y plenamente valederas); las cuales no admiten refutación alguna cuando tal provisión aparece aplicada de manera tergiversada, a modo de salvoconducto del funcionario público implicado.

En líneas generales, se observa que el "fuero privilegiado" vulnera el principio de igualdad y las garantías de debido proceso legal; doble instancia y juicio por jurados. Respecto a esta última garantía, debe tenerse presente que la Constitución Federal en su artículo 5º, inciso XXXVIII reconoce el derecho a ser juzgado por los pares en los "crímenes dolosos contra la vida", considerándose que esta —aún contenida en la sección constitucional que consagra los derechos y garantías fundamentales y, específicamente en el capítulo que enumera los derechos y deberes individuales y colectivos—, cede frente a la disposición, también constitucional, que define la competencia del Supremo Tribunal Federal, dada la especialidad de esta última (4).

Entre quienes refutan los cuestionamientos que la posición doctrinal mayoritaria le efectúa al "fuero privilegiado" se encuentra el propio juez de Suprema Corte brasileña Gilmar Mendes quien, para argumentar su criterio, destaca algunos aspectos que desearían la noción de "privilegio", "apadrinamiento" o "preferencia" a la que aquella denominación remite. Observa

(4) Conf. Supremo Tribunal Federal, Rel. Ministro Joaquim Barboza, Ap. 333, Dje. del 11/4/2008.

así que, al constituir un juzgamiento en instancia única ante el Supremo Tribunal Federal, imposibilita la múltiple revisión de la decisión que en definitiva se adopte en el proceso (el resto de los ciudadanos llegan a obtener entre tres y cuatro revisiones de la primera decisión); les impide a los involucrados utilizar como estrategia de defensa el planteamiento de múltiples recursos para posibilitar la dilatación del proceso; exige una atención exclusiva de la Procuraduría General de la República y, concomitantemente, de la Policía Federal encargada de realizar los denominados "inqueritos" (investigaciones preliminares a la denuncia y consecuente promoción de la acción penal por el Ministerio Público) (5).

Si bien se da por descartado que la derivación del caso que involucra a Lula da Silva al "fuero privilegiado" evitaría de manera concluyente que aquel pudiese ser detenido en forma preventiva, no es del todo claro que ello resulte así, ni tampoco que con tal remisión a la Suprema Corte el expresidente logre salvaguardar también a su familia. En efecto, las eventuales imputaciones que pudiesen concretarse respecto de sus familiares por haber intervenido de alguna forma en los hechos que se él se atribuyen, podrían permanecer a cargo del magistrado de primera instancia, pues este ha sido el temperamento adoptado por el Máximo Tribunal en una de las variantes del propio caso "Lava Jato" en donde se encuentran envueltos el presidente de la Cámara de Diputados Eduardo Cunha y su esposa e hija (6). Respecto de este último, como dato anecdótico, aunque útil para conocer integralmente el contexto de crisis que se viene desarrollando en el Brasil, debe observarse que Cunha fue uno de los artífices que posibilitaron el avance del proceso de "impeachment" de la Presidente Rosseff. Otros dos implicados por corrupción en la "Lava Jato", al igual que aquél se encuentran en la línea de sucesión presidencial ante una eventual destitución de la primera mandataria (en primero y tercer orden, respectivamente, conf. arts. 79 y 80 de la Constitución Federal): el Vicepresidente de la Nación, Michel Temer y el Presidente del Senado Federal, Renan Calheiros.

(5) MENDES, Gilmar, A maldição do foro, Diário Folha de São Paulo, del 11/3/2012.

(6) Conf. Supremo Tribunal Federal, Rel. Ministro Teori Zavascki in c. "INQ. 4146" ("Inquerito 4146"), del 15/3/2016.

Volviendo a lo que atañe a la detención cautelar, debe observarse que más allá de lo que disponen las leyes infraconstitucionales, por ejemplo para el caso de los magistrados judiciales y del Ministerio Público (conf. ley complementaria Orgánica de la Magistratura Judicial N° 35/1979 y Ley Orgánica del Ministerio Público N° 8.625 de 1993), la Constitución Federal no prevé de manera expresa para los Ministros de Estado del Poder Ejecutivo lo que los publicistas brasileños identifican como "imunidades prisionais" (inmunidades a la prisión), que en cambio sí aparecen consignadas para el Presidente de la República (art. 86, § 3° y 4°); y para los diputados y senadores (arts. 27, § 1° y 53, § 2°).

En otro orden de ideas, evidentemente las complejas particularidades que presenta el caso y la concreta posibilidad de perder parte de su jurisdicción en él, llevaron a que el juez Moro tomara la controvertida decisión de dar a publicidad las escuchas telefónicas a las que se aludiera en los párrafos que anteceden, de las que se desprendería que el ofrecimiento del cargo ministerial a Lula da Silva por parte de la actual mandataria habría obedecido a una estrategia vinculada con la sustanciación del proceso penal que se viene siguiendo en su contra.

Todo ello también trajo consecuencias legales pues, por un lado generó la intervención de la Suprema Corte, que entendió que el magistrado de primera instancia, al haber constatado la existencia de conversaciones de una autoridad "con prerrogativas de fuero" ("fuero privilegiado"), como era el caso de la Presidenta de la República, debió haber encaminado dichas escuchas interceptadas al órgano judicial competente, es decir, al propio Supremo Tribunal Federal en los términos del art. 102, I, b de la Constitución de la República. Por su parte, también advirtió que la decisión de divulgar las conversaciones de la Presidenta, aun cuando hubiesen sido descubiertas de manera fortuita en la interceptación telefónica, no debió haber sido dispuesta tampoco en la jurisdicción de primera instancia, "por vicio de incompetencia absoluta", por cuanto las prerrogativas de su cargo se encuentran protegidas por la Constitución, siendo que además cualquier comunicación que involucre a la máxima autoridad brasileña constituye una cuestión que afecta a la seguridad nacional (conf. ley 7170 de 1983).

Los ministros de la Suprema Corte ordenaron en consecuencia la remisión de las actuaciones a esa sede para analizar la validez de las escuchas obtenidas, cuyo secreto volvieron a disponer y para definir si correspondía establecer la separación de las investigaciones y remitir a la primera instancia lo relativo al juzgamiento de la a situación procesal de Lula da Silva, quien al momento de la decisión no gozaba de la "prerrogativa de fueros" por hallarse suspendida su designación ministerial (7).

Sin embargo, sobre este último aspecto corresponde mencionar que a partir de diversas acciones de amparo ("*mandados de segurança*") promovidas por algunos de los partidos políticos opositores para evitar la asunción de Lula da Silva en el cargo de Ministro de Estado para el que fuera designado, el juez Gilmar Mendes hizo lugar a la medida cautelar por ellos impetrada disponiendo la suspensión de la "eficacia de la designación" ministerial del expresidente y ordenando que las investigaciones vinculadas con los hechos que se le vienen atribuyendo en el marco de la "*Lava Jato*" (más allá de lo dispuesto en el expediente donde se analizan la validez de las intervenciones telefónicas) permanecieran tramitando en la justicia federal de primera instancia con asiento en Curitiba.

Para arribar a ese temperamento el magistrado precisamente se basó en las aludidas conversaciones interceptadas entre el propuesto funcionario con la Presidente Rousseff, afirmando que si bien de aquellas no surgía una indicación expresa de los motivos de la designación en el cargo, revelaba "una clara indicación de la creencia de que sería conveniente retirar la acusación de la 13ª Jurisdicción Federal de Curitiba —la 'República de Curitiba'—, transfiriendo el caso para una 'Suprema Corte acobardada'" lo que además del "tumulto procesal" causado por la declinación, generaría la creencia de que la jurisdicción del STF sería indulgente con el expresidente". Para el juez de la Corte, el decreto de designación ministerial de Lula da Silva, posiblemente viciado de falsedad ideológica y hasta material, según indicara, tenía un fin claro: "impedir el cumplimiento de la [eventual] orden de prisión del juez

de primera instancia. Una especie de salvoconducto emitido por la Presidente de la República. O sea, la conducta demostró no sólo los elementos objetivos del desvío de la finalidad [para el que fue emitido], sino también la intención de defraudar" (8).

V. Conclusiones

En 2004 Sergio Fernando Moro publicó un artículo de doctrina intitolado "*Consideraciones sobre la operación Mani Pulite*" en el que minuciosamente examinó los presupuestos que, en su criterio, permitieron el avance aquella investigación en Italia. Casi como un presagio, allí identificaba diversas estrategias penales y procesales que diez años más tarde aplicaría en la mega investigación a su cargo, efectuando valoraciones a su respecto.

En primer lugar, siempre que se dieran los presupuestos procesales y fácticos, indicaba que no existe óbice moral alguno para disponer la prisión preventiva de los implicados, especialmente en casos de gran magnitud en los cuales no se produjo la devolución del dinero público, máxime en países de recursos escasos.

Tampoco existirían impedimentos de tal carácter cuando, en ese contexto, además se intentó obtener una confesión o una "delación premiada", evidentemente prescindiendo de la utilización de cualquier método interrogatorio repudiado por el derecho. Sobre la aplicación de la "delación premiada" afirmaba: "no se estaba traicionando a la patria o alguna especie de 'resistencia francesa'. Un delincuente que confiesa un delito y revela la participación de otros, más allá de que esté motivado por intereses propios, colabora con la justicia y con la aplicación de las leyes de un país. Si las leyes fuesen justas y democráticas, no hay cómo condenar moralmente la delación; es condenable en este caso el silencio". Agregaba al respecto que la corrupción envuelve

(8) Conf. Supremo Tribunal Federal, Rel. del Ministro Gilmar Mendes en causas "MS 34070" y "MS 34071", del 18/3/16, entre otras. El Procurador General de la República, Rodrigo Janot, el 28/3/16 emitió un dictamen en el que postuló la declaración de nulidad del aludido decreto de designación, argumentando también que el mismo había sido emitido con un "desvío de finalidad" para sustraer el caso al juez Moro. Para que quedara firme la medida restaba la confirmación (o el rechazo) de la "turma", todavía pendiente.

(7) Conf. Supremo Tribunal Federal, Rel. del Ministro Teori Zavascki en c. "Medida cautelar na reclamação 23.457 - Paraná", del 22/3/2016.

únicamente a quien paga y a quien recibe y "si ellos se callan no lo vamos a descubrir jamás".

Por su parte, reconocía la posibilidad de que una persona investigada, sometida a una situación de presión, para librarse de ella, pudiese mentir sobre la vinculación de terceras personas en el delito. En todo caso, advertía, lo que resultaría reprochable no es el uso del instituto, sino la falta del debido cuidado para obtener la confirmación de los hechos revelados por su intermedio, a través de fuentes interdependientes de prueba.

Finalmente destacaba la importancia de dar a publicidad aspectos relativos a la investigación criminal, cuidando de no ponerla en riesgo. Según Moro, la publicidad permite alertar a los potenciales investigados sobre el aumento de la masa de informaciones en manos de los magistrados, favoreciendo nuevas confesiones y colaboraciones. Pero lo más importante, a su entender, es que garantizaría el apoyo de la opinión pública a las acciones judiciales, impidiendo que las personas investigadas (también públicas) obstruyan el trabajo de los magistrados, lo que suele ocurrir en este tipo de casos pues "es una ingenuidad pensar que los procesos criminales eficaces contra figuras poderosas, como las autoridades gubernamentales o empresarios, puedan ser conducidos normalmente, sin reacciones. Un Poder Judicial independiente, tanto de las presiones externas como internas, es la condición necesaria para soportar las acciones judiciales de la especie".

Concluía así el futuro juzgador de la "Lava Jato" que "las prisiones, confesiones y la publicidad conferida a las informaciones obtenidas, generaron un círculo virtuoso, constituyendo la única explicación posible para la magnitud de los resultados obtenidos por la operación *mani pulite*" (9).

Todas estas explicaciones, por cierto muchas de ellas polémicas y susceptibles de un mayor análisis y debate, permiten en cambio alcanzar una perspectiva medianamente certera acerca del devenir actual y hacia dónde se encamina la "Operación *Lava Jato*" y con ella, aunque no haya constituido el designio inicial de esta nota, sobre el curso político que se percibe en aquel país.

El panorama descrito a lo largo de estas líneas evidencian una situación de crisis (con las aristas negativas, pero también positivas término, pues los cambios profundos y de consecuencias importantes no necesariamente deben derivar en horizontes aciagos) y, como se afirmara al principio, las crisis suscitadas en el Brasil hacen temblar a la Argentina. Habrá que estar atentos entonces a su evolución y, sobre todo, aprender de la experiencia y, en este sentido, de las virtudes y de los errores cometidos por aquella Nación que, como habrá podido advertirse, presenta similitudes a nuestra propia realidad que resultan asombrosas. ♦

(9) MORO, Sergio Fernando, "Considerações sobre a operação *mani pulite*", en Revista CEJ, Conselho da Justiça Federal, Brasília, n° 26, jul./set. 2004, p. 56-62.