

Caso Odebrecht: *The Walking Dead* (A propósito de la sentencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil)

*Miguel Ontiveros Alonso**

El pasado 6 de septiembre el Supremo Tribunal Federal de Brasil dictó una sentencia¹ con motivo de la apelación presentada por Luiz Inácio Lula da Silva. El recurso presentado por el entonces imputado reclamaba el hecho de que le impidieran acceder al acuerdo de clemencia celebrado por personas relacionadas con el caso Odebrecht. La resolución objeto de estudio va mucho más allá de lo solicitado por los abogados de Lula da Silva, pues declaró la nulidad de todos los actos realizados.

En su resolución, el Ministro Relator del Supremo Tribunal Federal de Brasil afirmó que, “luego de una revisión exhaustiva de los autos, concluyo que la resolución anterior debe extenderse a todos los elementos probatorios y demás información que se encuentre en los expedientes relacionados con la Acción Penal y el Acuerdo de Clemencia antes mencionados, ya sea que se refieran a Odebrecht o a otras personas morales de derecho público o privado, incluso si involucran a autoridades extranjeras, siempre que dichos datos hayan sido o puedan ser utilizados por la Fiscalía contra el reclamante o contribuir a la demostración de su inocencia”.

Así mismo, en relación con la postura asumida por el Ministerio Público de la Federación de Brasil, la sentencia señala que “tal curso de acción, como mínimo, constituye una abierta ofensa al principio del debido proceso legal (*“due process of law”*), que en su acepción principal, abarca la noción del debido proceso legal sustantivo (*“substantive due process of law”*), ambos originarios de la tradición anglosajona, correspondiendo este último, en esencia, a un proceso justo (*“fair trial”*), que favorece, entre otros valores, al trato isonómico de las partes, con énfasis en la paridad de armas (*Waffengleichheit*). Este hecho —se afirma en la sentencia refiriéndose a que el Ministerio Público no permitió el acceso al Acuerdo de Clemencia—, “es

* Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Chiapas. Profesor de derecho penal del ITAM.

¹ Recurso de reclamación contra decisiones dictadas por el Juzgado del 13 Tribunal Penal Federal de la Subsección Judicial de Curitiba (Paraná), en el ámbito de la Acción Penal 5063130-17.2016.4.04.7000 y del Acuerdo de Clemencia 5020175- 34.2017 .404.7000. Relator: MIN. DÍAS DEL TOFFOLI.

extremadamente grave, aunque solo sea porque pone en riesgo los cimientos mismos sobre los que se asienta el Estado Democrático de Derecho”.

¿A qué se debe que el Supremo Tribunal Federal de Brasil haya declarado la nulidad en un asunto de talla internacional como lo es el caso Odebrecht? La sentencia fija su atención en la denegación de acceso a los sistemas *Drousys* y *My Web Day*, fuentes de información donde el departamento correspondiente de Odebrecht, resguardaba material relativo a fondos entregados a múltiples personas en Latinoamérica. También puso especial énfasis en la nula cadena de custodia aplicada a los soportes informáticos referidos, que fueron transportados en bolsas de supermercado, lo que claramente impide utilizar ese material en juicio.

Efectivamente, el Tribunal destacó que la acusación contra Lula se basó en la información derivada de los sistemas *Drousys* y *My Web Day*, utilizados por el “Sector de Operaciones Estructuradas” de Odebrecht (área encargada de administrar recursos a escala mundial). De ahí que cabe preguntarse ¿qué función cumplía el programa *My Web Day*? Pues bien, éste generaba y alimentaba hojas de cálculo para controlar y organizar la operación de ventajas indebidas y beneficiar los intereses de Grupo Odebrecht. Por su parte, el sistema *Drousys* era un entorno virtual confidencial destinado al almacenamiento de archivos y la comunicación entre los miembros del “Departamento de Operaciones Estructuradas” y los controladores de las cuentas: se intercambiaban mensajes y correos electrónicos sobre hechos ilícitos, refiere la sentencia.

Más grave resultó el hecho —claramente descrito en la sentencia—, de un chat de TELEGRAM descubierto en el marco de la operación “*Spoofing*”, que fue creado por el Juez del caso Odebrecht que condenó a Lula en coordinación con los Fiscales. Del chat se desprenden afirmaciones hechas por los intervinientes, donde —entre múltiples intercambios de información y estrategias—, afirman que los sistemas de referencia “fueron manipulados sin el menor cuidado, conectados a computadoras, desconectados, transportados en bolsas de supermercado, no está claro si de Carrefour, Bourbon, Pan de Azúcar o alguna otra empresa”. Estos hechos, afirma el Supremo Tribunal Federal de Brasil, generan que no haya posibilidad de una defensa efectiva, de conformidad con varias fuentes del derecho internacional, como garantía elemental de protección de los derechos humanos”. Y es que —se señala textualmente en la resolución aquí comentada— “las conversaciones obtenidas sugieren que el Juez de la causa definió los límites de la acusación y actuó en conjunto con el órgano de acusación”.

Además de la inexistente cadena de custodia del material sensible, la sentencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil afirma que, con su actuación, el Juez —en una flagrante violación del derecho constitucional a la plena defensa—, “rompió la confidencialidad telefónica del acusado, su familia e incluso sus abogados, con el objetivo de monitorear y anticipar estrategias defensivas”. Y es que, según se narra en la sentencia objeto aquí de comentarios, por orden del Juez se intervinieron los

25 teléfonos de los abogados del despacho Teixeira, Martins & Advogados durante 30 días, mientras al mismo tiempo todas las conversaciones fueron grabadas. Hecho esto, el Juez ordenó filtrar las conversaciones interceptadas —lo que efectivamente ocurrió—.

Debido a este cúmulo de violaciones a los principios del sistema acusatorio, la sentencia considera que estamos ante una causa de “nulidad absoluta” y no “relativa”: el proceso ante un juez incompetente es totalmente nulo. Las nulidades absolutas no se pueden curar —se afirma en la sentencia— pues matan el acto procesal, infectando todos los actos posteriores. “Se atiende, precisamente, al fenómeno de la *contaminación* o *contagio*, que significa la posibilidad de que el defecto en la práctica del acto se extienda a actos posteriores y que dependen de él”.

Y concluye el Ministro Relator al dictar sentencia: “por estas razones, es imposible no concluir que los elementos de convicción derivados de los sistemas señalados —que forman parte del Acuerdo de Clemencia—, que sustentan la acción penal interpuesta contra Lula, así como todos los demás elementos probatorios que de ellos surgen, están irrevocablemente viciados de nulidad y no son aptos para sustentar la acusación”. Así mismo, las negociaciones con autoridades extranjeras “se saltaron los canales formales” y se llevaron a cabo al margen de la legislación. Tampoco en éstas se salvaguardó la cadena de custodia”, advierte la resolución. Así, “la nulidad e inutilidad debe extenderse a todos los actos que tengan si se utilizan tales elementos, ya sea en el ámbito penal, electoral, administrativo o civil”.

Finalmente, el Ministro Toffoli —quien dictó la sentencia aquí comentada—, advierte que es necesario “adoptar las medidas necesarias para determinar responsabilidades, no sólo en el área funcional, sino también en el ámbito civil y penal, considerando las gravísimas consecuencias de los actos mencionados anteriormente para el Estado brasileño y para cientos de imputados y personas jurídicas en Brasil y el extranjero”. También destaca la “existencia de graves ilegalidades en la realización y celebración de acuerdos de culpabilidad, que habrían sido manipulados para instrumentalizar acusaciones y sustentar condenas judiciales contra los demandados”.

En relación con el desempeño de la Fiscalía, Toffoli acusa, finalmente, que ésta “adoptó estrategias subrepticias que perjudicaron la defensa del denunciante en investigaciones y acciones penales, en ocasiones con la aquiescencia del Juez y en ocasiones cumpliendo órdenes expresas del mismo”.² Por eso la afirmación concluyente del Supremo Tribunal Federal de Brasil: “estos hechos son tan graves que tendrán repercusión en todo el mundo”, pues “se trató de un montaje”. En suma, se afirma en la sentencia: “esta vasta recopilación indica que la parcialidad de la sentencia ape-

² Esto se evidencia en el chat de TELEGRAM múltiples veces citado —y en ocasiones reproducido—, en la sentencia aquí comentada: entre el Juez y el Fiscal elegían testigos, definían pruebas de cargo, establecían fechas, términos de las declaraciones y el sentido de la resolución. Todo esto sucedía, incluso, cuando el caso ya había salido de la jurisdicción del Juez.

lada superó todos los límites y ciertamente contamina varios otros procedimientos. Hubo una verdadera colusión entre el Juez y el MP que hace inviable el ejercicio de una defensa contradictoria y amplia". Por ello, "se concede en definitiva y con efectos *erga omnes*, para declarar la inutilidad de las pruebas obtenidas del Acuerdo de Clemencia, *Drousys* y *My Web Day*, así como todos los demás elementos que se deriven del mismo en cualquier ámbito o grado de jurisdicción".

COMENTARIO FINAL:

La sentencia referida —que es *erga omnes* (es decir, frente a todos y para todos los efectos)— sienta las bases para determinar la nulidad de actuaciones de aquellos casos instaurados —en Brasil o en cualquier otra parte del mundo— por prueba ilícita, prueba prohibida, y por un evidente resquebrajamiento de los principios nucleares del sistema acusatorio, que rige tanto en Brasil como en México.³ Por un lado, el principio acusatorio —según el cual una parte acusa y otro sujeto procesal decide— (y aquí ambas acusaron) y por el otro el de igualdad de armas. Esto impide que haya un debido proceso, por lo que nada de esto puede tener validez frente al ordenamiento jurídico: no puede ser prueba lícita aquella proveniente de delitos, derivada de engaños, manipulaciones de los acuerdos de clemencia y el ejercicio de presión psicológica sobre las personas imputadas, tal y como ha quedado acreditado en el caso que nos ocupa.

No se trata sólo de la evidente conexión de la antijuridicidad de la prueba prohibida generada en Brasil —cuyo impacto a escala mundial es evidente—, sino también de los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya incuestionable autoridad Brasil y México reconocen. En suma: la violación a derechos fundamentales cometida por las autoridades brasileñas contaminó la prueba y los procesos en México y el mundo. Éstos son nulos, ya no se sostienen y se tambalean a sabiendas de que caminan muertos.

³ El artículo 97 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece: "cualquier acto realizado con violación a derechos humanos será nulo y no podrá ser saneado, ni convalidado y su nulidad deberá ser declarada de oficio por el órgano jurisdiccional al momento de advertirla o a petición de parte en cualquier momento".