
El uso del sistema penal como *lawfare* político*

Antonio Eduardo Ramirez Santoro** y Natalia Lucero Frias Tavares***

Resumen

El propósito de este trabajo es analizar la aplicabilidad de la teoría estadounidense del *lawfare* (“guerra jurídica”),**** que entiende al Derecho como un arma de guerra, en disputas entre grupos políticos en el ámbito interno de los Estados soberanos. El problema que se enfrenta es si el sistema penal está siendo utilizado en Brasil como un instrumento político y si la agenda de los medios afecta las acciones legales. La metodología empleada implica el análisis bibliográfico sobre el *lawfare* y los casos concretos, para establecer los criterios para medir el *lawfare* político y sus instrumentos. Se concluye así que el sistema penal en Brasil ha sido utilizado como *lawfare* político.

Palabras claves: *lawfare* (“guerra jurídica”), medios, *lawfare* político

* Se agradece la colaboración de Joseph Santos (UP) en la traducción del idioma portugués al español y la revisión de Carolina Machado Cyrillo Da Silva (UFRJ) y Diego A. Dolabjian (UBA-UP).

** Abogado. Profesor Adjunto de PPGD, UCP, Brasil. Profesor Asociado de Derecho Procesal Penal en PPGD, UFRJ, Brasil. Profesor titular en IBMEC, Río de Janeiro, Brasil. Magister en Derecho por la Universidad de Granada, España. Doctor y Magister en Filosofía en la Universidad Federal de Río de Janeiro, Brasil. Estudiante de Posdoctorado en Democracia y Derechos Humanos de la Universidad de Coimbra, Portugal. Posdoctorado en Derecho Penal y Garantías Constitucionales por la Universidad Nacional de La Matanza, Argentina.

*** Abogada. Profesora en FND, UFRJ, Brasil. Especialista en Criminología, Derecho Penal y Procedimiento Penal de la UCAM, Brasil. Magister de PPGD, UCP, Brasil. Estudiante de Doctorado en PPGD, UFRJ, Brasil.

**** N.T.: La expresión inglesa *lawfare* también ha sido traducida al español como “guerra judicial” o “guerra judicial-mediática”.

The use of the criminal system as political lawfare

Abstract

The aim of this paper is to analyze the applicability of the north american lawfare theory, which understands Law as a weapon of war, to solve disputes between political groups within the sovereign states. The problem faced was whether the criminal justice system is being used as a policy instrument in Brazil and whether the media agenda affects legal actions. The methodology used was the bibliographical analysis on lawfare and concrete cases, so the criteria for measuring the political lawfare and its instruments were established. It was concluded that the criminal system has been used as political lawfare in Brazil.

Keywords: lawfare, media, policy, political lawfare

Introducción

El proceso penal brasileño ha experimentado algunos cambios importantes en las últimas dos décadas. Actualmente es posible verificar el aumento en el número de “maxi procesos”¹ —comúnmente llamados “operaciones”—, en una clara confusión entre la investigación y el proceso, impulsados por el incremento en la utilización de medios destinados a la obtención de pruebas² y por la cobertura mediática masiva y opresiva.³

Es importante señalar que el sistema penal tradicional no ha perdido fuerza ni espacio. Baste señalar que la población carcelaria brasileña, la cuarta o tercera más grande del mundo,⁴ sigue estando compuesta en forma ampliamente mayoritaria por personas acusadas o condenadas por delitos contra la propiedad (46 %), delitos de drogas (28 %) y delitos contra las personas (13 %), siendo que los crímenes contra la Administración Pública —que constituyen una buena parte de los crímenes objeto de los “maxiprocesos” — ni siquiera representan el uno por ciento de la población carcelaria.⁵ Los delitos económicos y financieros ni siquiera aparecen en las estadísticas penitenciarias.

Más aún en relación con la población carcelaria, los negros y los mulatos, aunque componen el 53,63 % de la población brasileña, representan el 61,67 % de la población carcelaria, mientras que los blancos que componen el 45,48 % de la población total del país, responden al 37,22 % de los encarcelados.⁶ Además, el 75,08

153

¹ Para una mejor comprensión del significado de “maxi proceso”, cf. FALCONE, Pietro, “I processi per le stragi di capaci e via d’amelio: le questioni processuali in tema di valutazione delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia, e di incompatibilità dei giudici dopo le sentenze della corte costituzionale” y PIGNATONE, Giuseppe, “La valutazione delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia: evoluzione normativa e giurisprudenziale”, en *Fenomenologia del maxiprocesso: venti anni di esperienze*, TINEBRA, Giovanni, ALFONSO, Roberto y CENTONE, Alessandro (dirs.), Milán: Giuffrè, 2011.

² Cf. JESUS, Francisco Marcolino de, *Os meios de obtenção de prova em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2015.

³ Sobre la opresión de la obertura mediática de los juzgamientos, cf. SCHREIBER, Simone, *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*, Río de Janeiro: Renovar, 2008.

⁴ Es muy importante advertir que, de acuerdo con las estadísticas oficiales recogidas por el Ministerio de Justicia, la población carcelaria brasileña es señalada como la cuarta mayor del mundo. La duda en cuanto al lugar que el país ocupa hoy dentro de los mayores encarceladores mundiales, se debe al hecho de que el último relevamiento oficial realizado apenas alcanzaba al período de diciembre de 2014 (BRASIL. “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias”, INFOPEN, diciembre de 2014, Ministerio da Justiça, Brasília, 2016. Disponible en <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Visitado el 23 de mayo de 2017). Si a la falta de estadísticas actualizadas se suma la constatación empíricamente comprobada de que las tasas de encarcelamiento en los tres primeros países siguen disminuyendo, parece verosímil especular que Brasil ha alcanzado al segundo lugar en el ranking.

⁵ INFOPEN, p. 33.

⁶ INFOPEN, p. 36.

% de la población carcelaria tiene, como máximo, la educación primaria completa.⁷

Por lo tanto, el sistema penal brasileño sigue teniendo a los negros y pobres como sus clientes preferenciales, como se puede verificar en las estadísticas presentadas anteriormente.

En el ámbito de los procesos penales, no solo la prueba testimonial sigue siendo la más ampliamente utilizada para contrastar los hechos bajo juzgamiento,⁸ sino que las declaraciones policiales reciben en la práctica forense, en general, una indebida y previa valoración positiva como suficientes para condenar a los acusados.⁹

Por lo tanto, los cambios que se han realizado en los procesos penales en las últimas décadas no se presentan como una sustitución del modelo tradicional del proceso, sino como una nueva configuración para casos diferentes que no impactan en las estadísticas penitenciarias.

Sin embargo, aunque no tienen influencia en las estadísticas carcelarias, estos cambios tienen un potencial importante para alterar la actividad habitual y cotidiana del juez penal. Esto puede verificarse en los casos en los que el desplazamiento de los derechos fundamentales se justifica por la específica posición social prominente de ciertas personas investigadas y acusadas, que terminan impulsando el uso de medidas que, en el proceso penal tradicional, antes eran consideradas de uso restringido y excepcional para casos de gran repercusión y difícil elucidación.

154 Así, al tiempo que la *condução coercitiva* (“comparendo compulsivo”) pasó a ser usada como regla —a pesar de las hipótesis legalmente previstas— a modo de instrumento de presión sobre las personas investigadas de cierta posición social privilegiada, también ciertas medidas como las órdenes de búsqueda y captura colectiva pasaron a ser utilizadas sobre determinadas comunidades carenciadas para la elucidación de casos típicos del proceso penal tradicional. Estas son medidas que, ya sea en “maxiprocesos” o en el proceso penal tradicional, sobrepasan el debido proceso legal.

Sin embargo, no puede ignorarse que la posición social privilegiada de los investigados,¹⁰ la utilización de medios tecnológicamente más avanzados y ocultos¹¹ para obtener informaciones —capaces de revelar la intimidad de los investigados,

⁷ INFOPEN, p. 48.

⁸ ÁVILA, Gustavo Noronha de, “Política não criminal e processo penal: a intersecção a partir das falsas memórias das testemunhas e seu possível impacto carcerário”, *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, UFRGS. vol. 2, n° 1, 2014, pp. 15 a 27.

⁹ Esto se observa por el contenido del precedente n° 70 del Tribunal de Justicia de Río de Janeiro, cuya entrada es: “El hecho de restringirse la prueba oral de declaraciones ante las autoridades policiales y sus agentes, no desautoriza la condena”.

¹⁰ Cf. SUTHERLAND, Edwin, *Crime de colarinho branco*, Clécio Lemos (trad.), Río de Janeiro: Revan, 2015.

¹¹ Cf. PRADO, Geraldo, *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*, San Pablo: Marcial Pons, 2014.

con la consiguiente transformación del proceso en un espectáculo—,¹² la posibilidad de la prensa de exponer al público conversaciones¹³ y videos capturados en investigaciones e, incluso, acompañar en tiempo real la ejecución ostentosa de fases con medidas de prisión,¹⁴ *conduções coercitivas*¹⁵ o búsquedas y aprehensiones domiciliarias, han convertido a los procesos realizados a modo de “operaciones” en un producto de venta que resulta esencial para los medios.

En esta nueva caracterización del proceso penal, las *colaborações premiadas* (“colaboraciones premiadas”) obtienen especial relieve. Si bien esta modalidad para la obtención de pruebas depende de que el hecho a ser investigado sea tipificado como delito de *organização criminosa* (“asociación ilícita”), existe cierta maleabilidad conceptual que permite, incluso durante la fase investigativa conducida especialmente en estos casos por el Ministerio Público Fiscal —dejando a la policía con solo unas pocas actividades más ostentosas como la ejecución de las medidas de prisión—, una adecuación elástica de los hechos al tipo específico definido en la Ley n° 12.850/2013 que regula tal figura.

Así, además de vaciar la idea de un proceso penal fundado en los hechos y convertirlo en una justicia penal negociada, la *colaboração premiada* —que debería ser confidencial al menos hasta que se reciba la denuncia— termina por crear un clima de aprehensión folletinesco respecto de la persona o autoridad a ser delatada, impulsando el interés de la opinión pública y de los medios, que —a su vez— pasa a dictar la agenda de los organismos penales, conformando aquello que

155

¹² Cf. CASARA, Rubens, *Processo Penal do Espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*, Curitiba: Emporio do Direito, 2016.

¹³ Como se puede observar por el reciente episodio en que un importante empresario brasileño realizó una “*colaboração premiada*” y se sometió a realizar una acción controlada con autorización del Supremo Tribunal Federal, haciendo grabado en forma clandestina las conversaciones con el senador Aécio Neves y con el ex presidente Michel Temer, las cuales fueron divulgadas integralmente por los medios. El audio de las conversaciones entre Joesley Batista (socio da JBS) y Aécio Neves se encuentra disponible en <http://g1.globo.com/politica/noticia/audio-aecio-e-joesley-batista-acertam-pagamento-de-r-2-milhoes.ghtml>. Visitado el 24 de mayo de 2017. El audio de las conversaciones entre Joesley Batista y Michel Temer se encuentran disponibles en <http://istoe.com.br/stf-divulga-audio-da-conversa-entre-temer-e-joesley-batista-ouca/>. Visitado el 24 de mayo de 2017.

¹⁴ Muchos serían los ejemplos, pero basta recordar la prisión del ex presidente de la Câmara de Diputados, Eduardo Cunha, que fue transmitida en vivo. DIONÍSIO, Bibiana, *et al.*, “Eduardo Cunha é preso em Brasília por decisão de Sérgio Moro”, *G1*, 19 de octubre de 2016. Disponible en <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/10/juiz-federal-sergio-moro-determina-prisao-de-eduardo-cunha.html>. Visitado el 24 de mayo de 2017.

¹⁵ La “*condução coercitiva*” del ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva determinada por el juez Sérgio Moro y ejecutada el día 4 de marzo de 2016 tuvo la más amplia cobertura mediática y causó una inmensa polémica. COLON, Leandro, *et al.*, “*Condução coercitiva de Lula foi decidida para evitar tumulto, diz Moro*”, *Folha de São Paulo (on line)*. 04 de marzo de 2016. Disponible en <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1746437-conducao-coercitiva-de-lula-foi-decidida-para-evitar-tumulto-diz-moro.shtml>. Visitado el 24 de mayo de 2017.

convencionalmente se llama el *setting* (“configuración”) de la agenda.¹⁶

El problema que se plantea aquí es: ¿puede utilizarse el proceso como una herramienta de manejo político? Subsidiariamente, se pregunta: ¿es esto lo que ha estado sucediendo en Brasil? ¿La agenda política de los medios afecta las acciones legales? La hipótesis que se despliega en este trabajo es la posibilidad de que la teoría estadounidense del *lawfare*, que analiza el uso del Derecho como arma de guerra, pueda ser comprendida de la misma manera cuando el proceso se usa como arma política. Metodológicamente, se realizará un abordaje bibliográfico sobre la teoría del *lawfare* y sobre la posibilidad de que el uso del proceso tenga una finalidad política, a la luz de los últimos acontecimientos en Brasil.

I. Orígenes del *lawfare*

El profesor Orde Kittrie de la Universidad de Arizona, autor de lo que él mismo llamó el primer libro en inglés que proporciona un abordaje amplio y sistemático sobre el *lawfare*, identifica un origen remoto de la idea del *lawfare* —aunque la expresión no fuera acuñada en ese entonces—, especialmente en el libro *Mare Liberum* de Hugo Grocio que defendía el derecho de las Naciones a la libre navegación contra la prohibición portuguesa impuesta a los navíos de la Compañía Holandesa de las Indias Orientales de navegar en el océano Índico.

156

En un análisis cronológicamente más cercano, el citado autor llama la atención sobre el hecho de que —en 1996— el ex presidente chino Jiang Zemin advirtió a un grupo de abogados chinos dedicados al Derecho Internacional que China necesitaba especializarse en el uso del Derecho Internacional como arma. Esa advertencia tuvo efecto, pues —en 1999— dos generales chinos escribieron un libro titulado “Guerra irrestricta” —que fue publicado por el ejército chino— donde se aludía repetidamente a la “guerra legal” y se elaboró una lista de “guerras no militares”

¹⁶ Puede observarse, respecto del escandaloso caso ya referido de la acción controlada concedida por el ministro Edson Facchin a pedido de la Procuración General de la República, en la que el empresario del frigorífico JBS, Joesley Batista, grabó conversaciones con el ex presidente Michel Temer y con el senador Aécio Neves, que el periodista Lauro Jardim —del diario “O Globo”— concedió una entrevista a la radio “CBN” —del mismo grupo empresarial— en la que afirmó que estaba preparando hacia ya tres semanas el informe que transmitió a través del sitio del diario el día 17 de mayo de 2017 y que en los últimos tres días ello se tornó urgente. Sin embargo, la acción controlada —de acuerdo con el §3° del art. 8° de la Ley n° 12.850— resulta de acceso restringido para el juez, el Ministerio Público Fiscal y el delegado de policía hasta el cierre de la diligencia, lo cual demuestra no solo que la ley fue ignorada, sino también que la divulgación por la prensa precedió al desarrollo de la fase ostentosa de la acción, de tal suerte que las acciones del Judicial, si no estaban siendo determinadas por las pautas de los medios hegemónicos se encontraban, como mínimo, en profunda armonía (JARDIM, Lauro, “Não havia nada de concreto mas agora há” (entrevistador: Milton Jung), CBN, 18 de mayo de 2017. Disponible en <http://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/87989/nao-havia-nada-concreto-mas-agora-ha-diz-lauro-jar.htm>. Visitado el 23 de mayo de 2017).

que incluía el establecimiento de leyes internacionales que privilegiaban a un determinado país, como las leyes de derechos de autor que pueden tener un efecto tan destructivo como una operación militar.

Pero fue en un ensayo de Charles Dunlap Jr. que —en 2001—¹⁷ se usó por primera vez el término “*lawfare*”, lo cual hizo bajo la influencia de otro ensayo, de autoría de David Rivkin y Lee Casey —publicado en el año 2000—¹⁸ en el que afirmaron que los aliados de los Estados Unidos y sus adversarios escogieron usar el Derecho Internacional como un medio para verificar o proteger el poder estadounidense. Rivkin y Casey entendieron que el Derecho Internacional puede funcionar como una fuerza positiva, capaz de promover una mayor estabilidad internacional, desarrollo y avance de los intereses nacionales de los Estados Unidos, en cuanto posee la oportunidad de dar forma a la legislación internacional.

II. Definiciones del *lawfare*: para una comprensión del *lawfare* político

Como se dijo anteriormente, el término *lawfare* fue acuñado en 2001 por el entonces General de la Fuerza Aérea estadounidense Charles Dunlap Jr. y fue definido como “la estrategia de usar —o no usar— el Derecho como un sustituto de los medios militares tradicionales para lograr un objetivo de combate bélico”.¹⁹

Según Kittrrie, “el Derecho se está convirtiendo en un arma cada vez más poderosa y prevaleciente que la guerra”²⁰ a causa del aumento del número de leyes y tribunales internacionales, la creación de ONGs dedicadas a los conflictos armados, la revolución de la tecnología de la información, el avance de la globalización, así como la interdependencia económica.

Kittrrie afirma que si bien el concepto fue acuñado por un oficial del gobierno estadounidense, no existe ninguna estrategia o doctrina, ni ninguna oficina o agencia, que desarrolle o coordine sistemáticamente un *lawfare* por parte de los Estados Unidos, es decir, una ofensiva del Derecho como arma de guerra, o para defenderse de tal estrategia, como —en cambio, según la opinión del autor— ocurre con China.²¹

¹⁷ DUNLAP JR., Charles J. “Lawfare Today and Tomorrow”, en *International Law and Changing Character of War*. Raul A. Pete Pedrozo y Daría P. Wollschlaeger (eds.), p. 315. Disponible en http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3090&context=faculty_scholarship. Visitado el 06 de mayo de 2017.

¹⁸ RIVKIN, David B. y CASEY, Lee A., “The Rocky Shoals of International Law”, en *National Interest on International Law and Order*, WOOLSEY, James (org.), Nueva Jersey: Transaction Publisher, 2003, pp. 3/15.

¹⁹ DUNLAP JR., Charles J. “Lawfare Today and Tomorrow”, *op. cit.* (traducción libre).

²⁰ KITTRIE, Orde F., *Lawfare: law as a weapon of war*. Nueva York: Oxford University Press, 2016, p. 1 (traducción libre).

²¹ Idem, p. 3.

Sus ejemplos de casos recientes de *lawfare* son: 1) las acciones de la Autoridad Palestina en el sentido de internacionalizar el conflicto con Israel como un problema legal, iniciando procesos judiciales e investigaciones en Europa contra empresas acusadas de proporcionar material para crímenes de guerra israelíes; 2) el Reino Unido que, en lugar de interceptar un barco ruso que transportaba helicópteros de guerra para el régimen de Assad en Siria en junio de 2012, persuadió a la compañía de seguros británica —Standard Club de Londres— para que retirara el seguro del barco; 3) según los abogados de la marina estadounidense, China ha comenzado una batalla legal para negar el acceso a la costa marítima de barcos y aeronaves de Estados Unidos, Japón y otros países de la región con el objetivo de no aplicar las normas internacionales y acomodar su estrategia para impedirles el acceso —la cual lentamente viene siendo exitosa—; 4) Los talibanes asentaron sus bases militares cerca de escuelas, templos y hospitales con la esperanza de que los ataques estadounidenses fueran acusados de atacar objetivos civiles.²²

Kittrie argumenta que la estrategia de *lawfare* es normalmente menos mortal que los combates de guerra tradicionales, menos costosa financieramente y, a veces, más efectiva. Con un tono presuntuoso, el autor afirma que si bien la ventaja de los Estados Unidos en la guerra tradicional es grande porque tiene las armas letales más sofisticadas, en el ámbito legal esa ventaja tiende a ser potencialmente aún mayor, porque la sociedad estadounidense está más orientada al Derecho y posee el mayor porcentaje de mentes brillantes en este campo, por lo que resulta usado de manera más creativa que en China.

Esta defensa del uso del Derecho como arma de guerra²³ no fue la concepción inicial de Dunlap. La primera definición ya descrita —acuñada en 2001—, así como las otras dos definiciones formuladas por él,²⁴ tienen la pretensión de ser neutras,

158

²² *Op. cit.*, pp. 1 y 2.

²³ Es importante notar que Kittrie no concibe estar defendiendo el *lawfare*, sino que entiende adoptar una postura neutra (KITTRIE, *op. cit.*, p. 7).

²⁴ Comparativamente:

1ª definición: *Lawfare* es “la estrategia de usar —o no usar— el Derecho como un sustituto de los medios militares tradicionales para lograr un objetivo de combate bélico” (DUNLAP JR., Charles J. “Lawfare Today and Tomorrow”, *op. cit.*);

2ª definición: “*Lawfare* describe un método de combate bélico en el cual el Derecho es usado como un medio para la realización de un objetivo militar” (DUNLAP JR., Charles J., “Lawfare. Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts”. *Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference*, Kennedy School of Government, Washington D.C., 29 de noviembre de 2001. Disponible en <http://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>. Visitado el 06 de mayo de 2017);

3ª definición: “En términos militares, *Lawfare* representa una forma de operación basada en efectos. De una forma general, una operación basada en efectos no está preocupada en métodos particulares, sino en acciones proyectadas para alcanzar efectos específicos que contribuyen directamente a los resultados militares o políticos deseados” (DUNLAP JR., Charles J., “Does Lawfare need an apologia?”, en *Case Western Reserve Journal of*

ya que dependen del propósito con que la estrategia sea usada. Esta comprensión neutra de Dunlap se muestra en la realidad utilitarista, lo cual queda claro cuando señala que en las estrategias de *lawfare* el Derecho resulta utilizado en detrimento de valores humanitarios,²⁵ mientras que —a la vez— visualiza beneficios en su uso para la seguridad nacional estadounidense.²⁶

No obstante, Kittrrie advierte que la definición ofrecida por Dunlap, que fue adoptada por él en su libro, no es la única. El autor menciona a un grupo de abogados que mantienen el sitio en internet bajo el nombre “*The Lawfare Project*” y que entienden al *lawfare* con una connotación negativa.

En ese sitio web es posible verificar que se trata de una organización no gubernamental que tiene por misión defender los derechos de personas de la comunidad judía y pro-Israel contra la discriminación. Este proyecto actúa en varias áreas, especialmente produciendo investigaciones dirigidas a instruir a los políticos sobre la amenaza del *lawfare*, entendido como el abuso del Derecho a modo de arma de guerra contra las democracias occidentales.²⁷ Tiempo atrás podía encontrarse allí otra definición acerca del *lawfare* —que actualmente ha sido retirada del sitio—, de donde surgían dos notas características: 1) se trataba de una forma negativa de uso del Derecho; y 2) incluía no solo finalidades estratégicas militares sino también políticas. Tal comprensión afirmaba básicamente lo siguiente:

Lawfare significa el uso del Derecho como una arma de guerra. Denota el abuso de las leyes y de los sistemas judiciales occidentales para alcanzar fines estratégicos militares o políticos. *Lawfare* es inherentemente negativo. No es una práctica buena. Es lo opuesto a buscar justicia. Es usar procesos frívolos y abusar de procesos legales para intimidar y frustrar a los oponentes en el teatro de guerra. *Lawfare* es el nuevo campo de batalla legal (...)

Los impulsores del *lawfare* manipulan las leyes internacionales y nacionales de derechos humanos para realizar otros fines que son contrarios a aquellos para los cuáles ellos fueron originalmente promulgados. Por ejemplo, el asfixio de la libertad de expresión.²⁸

International Law, n° 43, 2010, pp. 121-143, Disponible en https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2347. Visitado el 30 de octubre de 2019).

²⁵ DUNLAP JR., Charles J., “Lawfare. Law and Military Interventions...”, *op. cit.*

²⁶ Un ejemplo dado por Dunlap es la criminalización del financiamiento de grupos terroristas, como los Talibanes, como forma de dar protección legal contra ataques terroristas y contribuir a la seguridad nacional de los Estados Unidos (DUNLAP JR., Charles J., “Does Lawfare need an apologia?”, *op. cit.*).

²⁷ Cf. <https://www.thelawfareproject.org/issues>. Visitado el 29 de octubre de 2019.

²⁸ Cf. “O que é Lawfare?” Disponible en <http://thelawfareproject.org/lawfare/what-is-lawfare-1/>. Visitado el 06 de mayo de 2017. Actualmente el contenido fue retirado de la página web (29 de octubre de 2019).

El autor citado, sin embargo, rechaza la concepción negativa y, aunque reconoce que algunos usos —pero no todos— del *lawfare* pueden ser peyorativos, prefiere un concepto neutral en la estela de Dunlap.

Según Kittrie, para que una acción sea calificada como *lawfare* debe pasar dos tests: 1) el ejecutor debe usar el Derecho para crear efectos iguales o similares a aquéllos tradicionalmente buscados por la guerra militar convencional y 2) la motivación del ejecutor de la acción debe ser debilitar o destruir a un adversario contra quien se dirige el *lawfare*.²⁹

No es difícil concebir que, así como el Derecho puede ser usado como un arma de guerra cinética³⁰ militar tradicional, también es posible verificar su uso práctico en batallas políticas internas entre grupos políticos de diversos Estados soberanos o en el ámbito interno de los Estados. Este propósito estratégico fue incluso identificado por la ONG “*The Lawfare Project*” cuando afirmó que el *lawfare* “(d)enota el abuso de las leyes y de los sistemas judiciales occidentales para alcanzar fines estratégicos militares o políticos”, introduciendo expresamente la opción política al final de su definición.³¹

Las disputas por espacios de poder, antes restringidos a la arena política —especialmente en el ámbito del Parlamento—, se expanden cada día más a la arena jurídica, con enfrentamientos en el plano judicial, no solo por el acceso de los políticos y los partidos al Poder Judicial con demandas sobre cuestiones que incluso están en el día a día de la vida cotidiana parlamentaria —como es el caso de la discusión sobre la legalidad o constitucionalidad de la tramitación de los proyectos de ley que todavía se encuentran siendo discutidos en el Congreso Nacional—, sino también con la incidencia de la justicia penal sobre los agentes políticos, afectando directamente las cuestiones políticas.

Así, inspirados por el abordaje de Kittrie, podemos señalar dos tests para

²⁹ KITTRIE, *op. cit.*, p. 8. Es importante decir que él reconoce que la intención del autor de la acción, aunque sea particularmente difícil de discernir, es normalmente un elemento típico de un delito según el derecho interno de los países y, por lo tanto, lo adopta como un elemento de identificación de una acción para que pueda ser calificada como *lawfare*.

³⁰ Término constantemente usado por Kittrie (*op. cit.*, p. 11, entre otras).

³¹ No son pocas las comprensiones que se refieren al *lawfare* político, como se puede observar en el libro de reciente aparición titulado “*Lawfare. Judging politics in South Africa*”, en el cual los autores Dennis Davis y Michelle Le Roux hacen un análisis de la migración hacia la política de los tribunales de Sudáfrica después del *apartheid*, especialmente durante el gobierno del presidente Jacob Zuma; como así también la creación de cursos específicos sobre el tema como “*Lawfare: Law as a political strategy*” de la Universidad de Bergen, Noruega (cf. <https://www.uib.no/en/course/SAMPOL328>. Visitado el 29 de octubre de 2019). El mismo Charles Dunlap Jr., en su texto “*Does Lawfare need an apology?*”, alude a la búsqueda de los efectos políticos deseados (*op. cit.*). En ese mismo sentido, en el libro titulado “*Lawfare Brasileiro*”, escrito por los autores de este artículo, se plantea que la “*Operação Lava Jato*” y el “*Impeachment*” (juicio político) de 2016 se imbrican en un claro caso de *lawfare*.

identificar si una acción jurídica puede ser calificada como *lawfare* político: 1) el ejecutor —ya sea una persona o un grupo político— de la acción³² debe usar el Derecho para crear efectos iguales o similares a aquéllos tradicionalmente buscados por la acción política y 2) la motivación del ejecutor de la acción o de las personas o grupos políticos que utilizan la acción debe ser debilitar o destruir a un adversario político contra quien se dirige el *lawfare*. Cabe señalar que este segundo test, que se refiere a la motivación, no se limita al análisis de la motivación del ejecutor de la acción, sino al análisis de la persona o grupo político que se vale de esa acción para fines políticos de debilitamiento o destrucción de un adversario, aun cuando la acción jurídica del ejecutor haya sido dirigida con una motivación jurídica.

Seguidamente, se realiza un análisis de las formas de *lawfare* político, a partir de la presentación de las tipologías y usos de los instrumentos jurídicos expuestos por Kittrie.

III. Tipología del *lawfare* y uso de instrumentos jurídicos del *lawfare* político

Según Kittrie, hay dos tipos de *lawfare*: 1) *lawfare* instrumental, que es el uso de instrumentos legales para alcanzar efectos iguales o similares a la acción cinética militar convencional y 2) *lawfare* por la disparidad en el nivel de cumplimiento de las leyes, concebido para obtener ventajas en el campo de batalla en razón de la gran influencia que el Derecho y sus procesos, especialmente en el Derecho de los conflictos armados, tienen sobre los adversarios³³. Así como el primer tipo de *lawfare* fue el que interesó al citado autor, también en este trabajo interesa el *lawfare* instrumental, pero entendido como el uso de instrumentos legales para lograr objetivos políticos.

Para Kittrie, el *lawfare* instrumental puede ser ejecutado mediante el uso de instrumentos legales en ámbitos internacionales, nacionales y subnacionales³⁴.

³² Para aclarar la expresión, se debe indicar que el término “acción” no es utilizada en sentido técnico procesal como sinónimo de “acción judicial”, sino en el sentido de cualquier acción o actividad jurídicamente fundamentada.

³³ Un ejemplo, que ya ha sido mencionado cuando se hizo mención a los recientes ejemplos de *lawfare*, pero que aquí se reitera para dejarlo en claro, fue la actitud de los talibanes de situar bases militares próximas a escuelas, hospitales, templos, para acusar a los Estados Unidos de violar a legislación de guerra armada por el ataque a objetivos civiles (KITTRIE, *op. cit.*, p. 17).

³⁴ Kittrie (*op. cit.*, pp. 12 a 17) clasifica el uso de los instrumentos legales en los foros internacionales, nacionales y subnacionales, a saber:

- En el ámbito internacional, Kittrie presenta los siguientes instrumentos: 1) creación de nuevas leyes internacionales diseñadas para causar desventajas a un adversario; 2) reinterpretación de la legislación internacional existente también en perjuicio de un adversario; 3) generación de persecuciones criminales en tribunales penales internacionales; 4) uso del Derecho Internacionales para generar una incómoda y prolongada investigación por organizaciones internacionales; 5) generación de votos de organizaciones internacionales para causar un perjuicio a un adversario; 6) generación de opiniones de juristas sobre Derecho Internacional en foros internacionales.

En este documento se expondrá lo que se entiende por instrumentos legales del *lawfare* político, como una estrategia de embate entre grupos políticos internos de Estados soberanos que, en consecuencia, será comprendido en el ámbito nacional. De antemano cabe indicar que en todos los casos existe, como se ha señalado, una fuerte influencia en la agenda de los intereses de los medios hegemónicos. Estos son los principales instrumentos del *lawfare* político, con ejemplos que los ilustran:

a) Iniciativa de creación de nuevas leyes que permitan la reducción de las garantías en el ámbito de las persecuciones penales

Las propuestas legislativas que permiten la reducción de las garantías en el ámbito de la persecución penal no tienen necesariamente la finalidad de crear efectos similares a las acciones políticas, pero permiten su utilización práctica en ese sentido porque no confieren protección la protección de las garantías constitucional al ciudadano.

Por ejemplo, el Ministerio Público Fiscal federal, en una agresiva campaña de marketing que involucraba a medios de comunicación poderosos como el periódico “*O Globo*” y la “*Rádío CBN*”³⁵ —ambos de las organizaciones Globo—, obtuvo

162

- Instrumentos legales de derecho internacional en los foros nacionales: 1) uso del derecho internacional como fundamento para la persecución por “jurisdicción universal” de agentes de terceros países en cortes nacionales por atribución de crímenes de guerra; 2) uso del derecho internacional como fundamento para persecución de empresas nacionales en cortes nacionales por atribución de crímenes de guerra; 3) uso del derecho internacional como defensa para la persecución de criminales en cortes nacionales.

- Instrumentos legales nacionales en los foros nacionales: 1) creación de nuevas leyes nacionales concebidas para colocar a los proveedores extranjeros de productos estratégicos delante en la elección entre el mercado interno y el mercado del adversario; 2) creación de nuevas leyes nacionales que permitan procesos contra grupos terroristas, sus financiadores y sus Estados responsables; 3) otras acciones legislativas además de crear nuevas leyes; 4) persecución gubernamental criminal nacional a organizaciones que financian actividades terroristas; 5) cumplimiento de acciones gubernamentales criminales o civiles contra bancos que proveen servicios financieros a Estados rebeldes o grupos terroristas; 6) permisión de procesos nacionales; 7) procesos civiles contra Estados terroristas responsables por actos terroristas contra la civilización; 8) procesos civiles contra Estados terroristas responsables de la muerte de personas que están en servicio; 9) procesos civiles contra organizaciones e individuos que financian grupos terroristas responsables de actos terroristas; 10) procesos civiles contra bancos que proveen servicios financieros a grupos terroristas responsables de actos terroristas; 11) procesos civiles que tienen por objetivo empresas multinacionales por sus actividades en países diversos; 12) organizaciones no gubernamentales que “clasifican y difaman” empresas por ir contra el derecho nacional.

- Instrumentos legales subnacionales en los foros subnacionales: 1) legislación subnacional; 2) ejecución de acciones de supresión (de empresas) subnacional; 3) ejecución de acciones civiles subnacionales contra bancos que proveen servicios financieros a Estados rebeldes o grupos terroristas.

³⁵ Cf. Lista de adherentes por categoría. Disponible en <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/apoiadores/apoiadores/Lista-de-Apoiamento-por-Categoria.pdf>. Visitado el 13 de mayo de 2017.

más de dos millones de firmas para un proyecto de iniciativa popular legislativa que llamó “10 medidas contra la corrupción”. La naturaleza política del embate que subyacía a la iniciativa del Ministerio Público Fiscal quedó en evidencia con la discusión de medidas en la Cámara de Representantes.

El paquete, que contenía mucho más que diez medidas, no se prestaba necesariamente a combatir la corrupción, ya que presumía la deshonestidad del investigado y socavaba sus garantías individuales³⁶.

Varias medidas contenidas en la propuesta creaban mecanismos para la eliminación de derechos fundamentales, tales como: la simulación de situaciones, sin el conocimiento del agente público o empleado, con el objetivo de poner a prueba su conducta moral y su predisposición para cometer delitos contra la administración pública, creando un absurdo registro de posibles corruptos; otra hipótesis violatoria de la presunción de inocencia era la posibilidad de la prisión preventiva para asegurar la devolución del dinero, yendo en contra de las medidas democráticas de sustitución de la prisión por medidas cautelares no carcelarias para asegurar los resultados que interesen al proceso; incluso también la creación de un sistema de nulidades que privilegiaría la validación de actos violatorios de la Constitución y de la ley.

Sin embargo, las medidas fueron modificadas en las discusiones ocurridas en la Cámara de Representantes, luego del debate en la comisión especialmente constituida para ese fin y la votación en el plenario de la Cámara del Congreso. En sentido diverso a lo planteado, la Cámara aprobó algunas de las medidas presentadas originalmente en la propuesta y, también, otro contenido muy diferente, que preveía la sanción a magistrados y fiscales por abuso de autoridad.

Este cambio implementado por el Congreso expuso el verdadero tono de la disputa política institucional que envolvía la propuesta de las “diez medidas”. Por un lado, el Ministerio Público Fiscal proponiendo reformas en la legislación penal y procesal penal y, de tal modo, asumiendo institucionalmente un poder político mayor en detrimento de las garantías fundamentales y, por otro lado, el Congreso Nacional aprobando una medida que controlaba el poder del Ministerio Público Fiscal y los magistrados. Tal división terminó por abrir una disputa entre instituciones vinculadas a la actividad judicial (la magistratura y el Ministerio Público Fiscal) y el Legislativo.

Además de este ejemplo, es posible señalar otras medidas que fueron efectivamente creadas en el ámbito del Parlamento, como ocurrió con la sanción de la Ley n° 12.850/2013 que, especialmente en relación con las *organizações criminosas*, creó y amplió los métodos investigativos violatorios de garantías fundamentales con la previsión de medios de obtención de pruebas como la

³⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, “MPF: as dez medidas contra a corrupção são só ousadas”, *Boletim IBCCRIM*, vol. 277, diciembre 2015.

colaboração premiada, que resulta el más relevante en el actual escenario nacional.

La importación de esta estructura de acuerdo y negociación usualmente utilizada en el modelo de justicia penal estadounidense³⁷ terminó por cambiar considerablemente la perspectiva del proceso penal brasileño hacia una justicia penal negociada. Esto, sumado con la próxima estrategia que se describirá, ha impulsado una actuación política de los órganos de persecución penal.

b) Iniciativa de creación de nuevas leyes con una tipificación abierta que permitan la adecuación de conductas con el fin de cohibir acciones políticas consideradas criminales o que inviertan la carga de la prueba

La Ley n° 12.850/2013 creó el tipo criminal de *organização criminosa*. Su configuración es tan abierta que no hay ninguna dificultad en encuadrar situaciones sencillas bajo tal concepto legal. Esto se verifica por el hecho de que la *colaboração premiada* solo debería ser aplicada a casos de *organização criminosa*, pero ha venido siendo utilizada ampliamente, dada la maleabilidad conceptual del tipo que precede a su admisión como un medio de prueba.

Así, de forma quizás inusitada, la aplicación de la *colaboração premiada* en la práctica ha involucrado el encuadramiento, sobre todo, de asociaciones, partidos o coaliciones políticas en el concepto de *organização criminosa*, avalando —o al menos permitiendo— el uso político de sus conceptos e instrumentos jurídicos.

Otro ejemplo de tipificación abierta se encuentra entre las medidas antes mencionadas propuestas por el Ministerio Público Fiscal (llamadas “diez medidas contra la corrupción”), más específicamente, en aquella que tipifica la conducta de enriquecimiento ilícito. La cuestión que se plantea es que esta actividad legislativa no pretende cohibir una conducta que no estuviera tipificada, sino utilizar una nueva tipificación para invertir la carga de la prueba sobre el delito de corrupción pasiva, hecho éste reconocido expresamente por el Ministerio Público Fiscal federal al afirmar que la iniciativa surge de la “dificultad para probar la corrupción” garantizando que “el agente no quede impune cuando no fuera posible descubrir o comprobar qué actos específicos de corrupción fueron cometidos”. Se trata de un tipo que representa una inversión de la carga de la prueba en relación con la corrupción e ignora la presunción de inocencia pues desdeña la posibilidad de que el aumento patrimonial se deba a actividades lícitas, que resultan criminalizadas

³⁷ A los fines de este trabajo, se hace oportuno resaltar que la importación de este instituto típico de la estructura procesal penal estadounidense que es la “*colaboração premiada*” se operó sin el debido cuidado de adecuación a la estructura procesal brasileña. A la luz de los derechos y garantías fundamentales consagrados por el derecho brasileño, tal modalidad de medio de investigación de prueba debe reputarse excesivamente violador del ordenamiento vigente e incompatible con él, respondiendo solo a los anhelos persecutorios de celeridad.

por la inversión de la carga probatoria y no por su demostración.

Aunque no es posible analizar los efectos prácticos de esta medida, que no fue aprobada, sí es posible verificar la posibilidad de su utilización para criminalizar al agente político como “corrupto”, en cuanto posea un patrimonio que —aunque declarado al fisco— no sea justificado por los ingresos resultantes de la actividad política ejercida.

c) Judicialización de discusiones que con anterioridad quedaban reservadas esencialmente al campo político

Hay ciertas actividades que, aunque tradicionalmente estaban reservadas al ámbito de la discusión política, vienen siendo judicializadas. Un claro ejemplo son las discusiones respecto de la creación de leyes en el ámbito del Parlamento, que siempre han sido asuntos esencialmente políticos, pero se están sometiendo a apreciación de los tribunales.

Un caso claro de judicialización de cuestiones esencialmente políticas es la medida cautelar dictada en el *mandado de segurança* (“acción de amparo”) n° 34.530, donde el diputado federal Eduardo Bolsonaro cuestionó la validez del proceso legislativo por el cual tramitó el proyecto de ley n° 4850/2016.

El Ministro Luiz Fux concedió la medida cautelar y determinó que el proyecto de ley n° 4850/2016 debía retornar del Senado a la Cámara de Representantes y ser evaluado como un proyecto de iniciativa popular, bajo el argumento de que el proyecto de ley no podía haber sido evaluado como una iniciativa parlamentaria, ya que obtuvo más de dos millones de firmas de ciudadanos brasileños y, por lo tanto, no podía haber recibido enmiendas en su texto que lo desfiguraran en tanto iniciativa popular³⁸.

En el contexto de este trabajo, no es posible ignorar la existencia de otra cuestión de suma importancia: la adhesión al texto aprobado en la materia que penaliza el abuso de autoridad por parte de magistrados y miembros del Ministerio Público Fiscal que, según la decisión, era materia cuya iniciativa estaba reservada al Supremo Tribunal Federal (STF). Esto revela una disputa política entre el Parlamento y el Judicial.

Por otro lado, está claro que el STF decidió, respecto del proceso legislativo parlamentario, exactamente lo contrario de lo que declaró el entonces presidente de la Cámara de Representantes, cuando —en 2015— afirmó públicamente que “el STF no interfiere con el proceso legislativo”³⁹ en ocasión de su maniobra de poner en

³⁸ BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*, “Medida Cautelar em Mandado de Segurança n° 34.530”, Relator Ministro Luiz Fux, Disponible en <http://s.conjur.com.br/dl/liminar-fux-dez-medidas-corruptcao.pdf>. Visitado el 13 de mayo de 2017.

³⁹ PITELLA JÚNIOR, João, “STF não interfere no processo legislativo, diz Eduardo Cunha”, *Agência Câmara Notícias*, 03 de julio de 2015. Disponible en <http://www2.camara.leg.br/>

votación el día 1° de julio de 2015 la enmienda constitucional destinada a reducir la edad de imputabilidad penal y, al perder la votación, colocar en la agenda del día 2° de julio de 2015 (o sea, al día siguiente), un nuevo proyecto con el mismo propósito.

De hecho, más de cien diputados presentaron el *mandado de segurança* n° 33.697, pero en esa ocasión aquél fue denegado por el Ministro Celso de Mello⁴⁰, a diferencia de lo que sucedió con el *mandado de segurança* n° 34.530, al que hizo lugar el Ministro Luiz Fux. Esta situación ambigua puede revelar una motivación para la lucha por el poder político y el control del poder.

d) Reinterpretación creativa de las leyes existentes reduciendo la importancia de los derechos humanos y fundamentales

Es posible verificar que las leyes procesales ya existentes hace mucho tiempo y que conferían alguna protección a los derechos fundamentales —incluso antes del nuevo orden constitucional de 1988— fueron reinterpretadas de manera creativa, es decir, con la creación de reglas no contenidas en la ley escrita, como es el caso de la *condução coercitiva*.

La *condução coercitiva* es una medida utilizable en tres casos: 1) de acuerdo con el artículo 260 del *Código de Processo Penal Brasileiro* (CPP), en caso de que el acusado no responda a la intimación para el interrogatorio o el reconocimiento de personas, puede ser conducido en presencia de la autoridad; 2) si un testigo citado regularmente no comparece puede ser conducido por la autoridad policial por orden judicial, de conformidad con el artículo 218 y §1 del artículo 461, ambos del CPP; 3) el perito convocado regularmente que no concurre al acto puede ser conducido por orden de la autoridad judicial, de conformidad con el artículo 278 del CPP.

El primer caso, en que se trata de la intimación para el interrogatorio, parece claro que no resiste una lectura de artículo 5, inciso LXIII, de la Constitución y del artículo 8, número 2, punto “g” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴¹. Más aun, en cualquier escenario, incluso en una interpretación

camaranoticias/noticias/politica/491620-stf-nao-interfere-no-processo-legislativo,-diz-eduardo-cunha.html. Visitado el 14 de mayo de 2017.

⁴⁰ BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*, “Medida Cautelar em Mandado de Segurança n° 33.697”, Relator Ministro Gilmar Mendes, Relator de la liminar de la medida cautelar Ministro Celso de Mello. Disponible en <http://s.conjur.com.br/dl/liminar-celso-mello-mayoridade.pdf>. Visitado el 14 de mayo de 2017.

⁴¹ Constitución de la República Federativa del Brasil (1988): “Artículo 5. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier 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: (...) LXIII: El detenido será informado de sus derechos, entre cuáles, el de permanecer callado, asegurándosele la asistencia de la familia y de abogado”. Convención Americana de Derechos Humanos: “Artículo 8. Garantías Judiciales. (...) 2. Toda

meramente literal de la ley, los requisitos para que sea adecuada una *condução coercitiva* son la intimación regular del acusado, testigo o perito y su no comparecencia injustificada.

Lo que viene aconteciendo en el ámbito de la operación “*Lava Jato*” es el uso indiscriminado de la *condução coercitiva*. Como se puede verificar en el propio sitio de internet creado por el Ministerio Público Fiscal federal para divulgar la operación⁴², hasta el momento en que este trabajo fue escrito, fueron ejecutadas 207 *conduções coercitivas*, entre las cuales, la de mayor repercusión fue la del ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Aunque se pudiera afirmar que la decisión que determinó la *condução coercitiva* del ex presidente no tuvo un contenido político —porque si bien fue creativa (en el sentido de crear reglas diversas de aquellas expresadas en la ley) atendió al mismo criterio que el juez utilizó para autorizar las otras 206 medidas (esto es, determinarla sin haber sido previamente intimados para el acto)—, lo cierto es que hay un dato que pone en duda su independencia en el contexto político-mediático.

Es que el juez Sergio Moro afirmó que no autorizó a la revista “*Veja*” y la producción de la película “*Policía Federal - la ley es para todos*” para filmar tal *condução coercitiva*, pero tampoco impidió su divulgación bajo el argumento de que impedir la filmación y su utilización sería un acto de censura. Sin embargo, la cuestión que se plantea es ¿cómo los productores de una película y un medio de prensa tenían conocimiento previo de una acción de carácter reservado?

167

Hay una conjunción de factores que convergen para el uso político del Derecho: aunque tal uso no provenga de aquellos que practican la acción, es claro que la realización de ciertas acciones posibilita —al menos— su uso político por parte de otros agentes.

e) Impulso de persecuciones penales para alcanzar objetivos políticos

La estrategia de impulsar persecuciones penales para fines de persecución personal no es nueva, pero aquí no estamos tratando con persecución personal sino con un acto de control político.

Esto es lo que sucedió, por ejemplo, cuando —para contener las grandes manifestaciones populares de junio de 2013— el entonces gobernador de Río de Janeiro, Sérgio Cabral, utilizó el sistema penal para desplazar las garantías en

persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable...”.

⁴² “A Lava Jato em números”, Disponible en <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>. Visitado el 23 de mayo de 2017.

contra de las reglas constitucionales. Después de las protestas en Leblon, donde vivía el entonces gobernador, Sérgio Cabral convocó una reunión de emergencia con la “cúpula de seguridad” del Estado⁴³ y al día siguiente emitió el Decreto n° 44.302 del 19 de julio de 2013.

El Decreto evidencia claramente el deseo de manipular el sistema penal contra las voces de la protesta política que resonaban en las calles al usar en el preámbulo que el acto se dirigía a los “grupos organizados” que perpetraban “actos de vandalismo”. Para ello, creó una “Comisión especial de investigación de actos de vandalismo en manifestaciones públicas” (CEIV), compuesta por el Ministerio Público Fiscal, la Secretaría de Seguridad Pública, la Policía Civil y la Policía Militar (sin ninguna participación de los sectores de la sociedad que se manifestaban en las calles), con poderes incluso para quebrantar reservas que la Constitución Federal considera inviolables.

Este Decreto vilipendió los derechos fundamentales, desplazó las garantías constitucionales y confirió a esta Comisión el poder de obtener información directamente de las operadoras telefónicas, sin orden judicial y con prioridad, para investigar los actos de “vandalismo” con el claro objetivo de contener las manifestaciones políticas que entonces lo asolaban.

168

f) Divulgación de persecuciones penales que afectan la imagen personal para alcanzar objetivos políticos

Naturalmente, la prensa tiene una agenda de cobertura de eventos relacionados con el Derecho que no es de hoy. Basta con ver que las páginas de noticias policiales siempre han ocupado los tabloides de noticias. Sin embargo, es posible observar que las noticias sobre procesos judiciales y acciones policiales pasaron a tener una importante función política.

Más grave que la actuación prensa, es que agentes que antes no tenían una función política (al menos no macropolítica) pasaron a ejercer actividades que exceden la función que legalmente les corresponde y actúan como agentes políticos, con consecuencias prácticas no convencionales en sus acciones. Se pueden dar dos ejemplos sobre esta situación.

El primero es la famosa presentación pública de “*Powerpoint*” dada en una conferencia concedida en un hotel de Curitiba —en septiembre de 2016— por Deltan Dallagnol, uno de los fiscales de la República integrantes del equipo del Ministerio

⁴³ “Após quebra-quebra no Leblon, Cabral convoca reunião de emergência com cúpula de segurança”. *R7*, 18 de julio de 2013. Disponible en <http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/apos-quebra-quebra-no-leblon-cabral-convoca-reuniao-de-emergencia-com-cupula-de-seguranca-18072013>. Visitado el 23 de mayo de 2017.

Público Fiscal federal que actuó investigando y acusando en la “Operación *Lava Jato*” y responsable de denunciar al ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

La presentación consistía en la exposición de un círculo en el centro de la diapositiva con la palabra “*Lula*” en mayúscula y 14 círculos que lo rodeaban y lo señalaban, indicando que era él el vértice de un esquema de corrupción. Además de la evidente exposición pública de un caso que debería ser una formal acusación en la sede judicial, expuso entre los 14 círculos que señalaban a “*Lula*” varias expresiones con connotación política como “poder de decisión”, “gobierno corrupto” y “perpetuación criminal en el poder”, denotando una confusión entre la actuación jurídica y la perspectiva política.

Aunque los fiscales nieguen la actuación política, cuando Teori Zavascki — entonces Ministro del STF y relator de los procesos de la “Operación *Lava Jato*” en ese órgano— desestimó la reclamación de la defensa del ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva para desplazar al juez Sérgio Moro del ejercicio de la jurisdicción en los procesos del ex presidente (porque había dicho en cierta decisión que él era sospechado de ser el “arquitecto del esquema criminal que damnificó a Petrobras”), afirmó que la exposición en la conferencia realizada por el equipo de los fiscales colocó al “presidente Lula como líder de la organización criminal, dando la impresión de que esta organización criminal estaba siendo investigada, pero el objeto de la denuncia no era nada de eso” y concluyó que “esta dramatización del episodio no es compatible con objeto de la denuncia, ni con la seriedad que se exige”⁴⁴.

169

Resulta claro que, al margen de que no se condice con la función del Ministerio Público Fiscal en el proceso penal, una exposición pública de la acusación podría denotar tan solo un excesivo culto del propio ego y no una acción política. Pero la utilización de la técnica de centralizar la exposición en la persona del ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva con expresiones excesivamente políticas que no tenían relaciones reconocidas con el objeto de la denuncia, permiten concluir que ha habido una actuación política de los fiscales de la República que participaron en la conferencia de prensa.

El otro caso en el que la divulgación de actos procesales pudo estar relacionada con objetivos políticos fue la publicación, por parte del juez Sérgio Moro, de las conversaciones entre el ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva y la entonces presidenta Dilma Rousseff, grabada en el marco de una interceptación telefónica legalmente autorizada por el propio magistrado.

El asunto es muy complejo y merece tratamiento mediante un específico más profundo, pero es perfectamente posible observar que el juez Sérgio Moro divulgó

⁴⁴ MASCARENHAS, Gabriel, “STF nega recurso de Lula e Teori critica ‘espetacularização’ na Lava Jato”, *Folha de São Paulo* (on line), 04 de octubre de 2016. Disponible en <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/10/1819758-stf-nega-recurso-de-lula-e-teori-critica-espetacularizacao-na-lava-jato.shtml>. Visitado el 23 de mayo de 2017.

las conversaciones mantenidas entre el ex presidente y la entonces presidente con el argumento de que así propiciaría “una amplia defensa y publicidad”⁴⁵, aunque sabía que estaría decidiendo respecto de una autoridad que en aquél momento estaba sometida a la jurisdicción del STF.

Por otro lado, ese mismo día el ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva estaba asumiendo el cargo de *Chefe da Casa Civil* (“Jefe de Gabinete”) del gobierno de Dilma Rousseff y, con la divulgación de esas conversaciones, su nombramiento fue suspendido por decisión del Ministro Gilmar Mendes mediante una resolución judicial derivada de dos *mandados de segurança* impetrados por el Partido Socialista Popular y el Partido Socialdemócrata de Brasil que se basaban precisamente en el contenido de las conversaciones divulgadas⁴⁶.

De tal manera, aunque se admita que el juez Sérgio Moro no actuó con finalidades políticas, lo cierto es que permitió la utilización con fines políticos de acciones jurídicas por parte de grupos políticos de matiz diverso de la persona que estaba siendo investigada.

IV. Conclusión

El problema que se propuso en este artículo, en cuanto a si es posible utilizar el proceso penal como un instrumento de manejo político, no solo merece una respuesta afirmativa conforme se verificó el desarrollo del trabajo sino que, incluso la cuestión secundaria también se muestra confirmada, es decir, que ello viene aconteciendo en Brasil, donde la agenda política-mediática ha venido afectando las acciones jurídicas.

Este análisis puede hacerse a partir de la teoría estadounidense del *lawfare*, que analiza el uso práctico del Derecho como arma de guerra. Conforme el enunciado dado por Charles Dunlap Jr. en 2001, el *lawfare* se define como “la estrategia de usar —o no usar— el Derecho como un sustituto de los medios militares tradicionales para lograr un objetivo de combate bélico”.

Las disputas por espacios de poder, antes restringidas a la arena política —especialmente en el ámbito del Parlamento—, se expanden cada día más a la arena jurídica, lo que permite comprender que el Derecho viene siendo utilizado como un instrumento de embate político.

⁴⁵ BRASIL, 13ª Vara Federal Criminal de Curitiba, “Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônica nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR”, Juez Sérgio Moro, Disponible en <http://s.conjur.com.br/dl/decisao-levantamento-sigilo.pdf>. Visitado el 23 de mayo de 2017.

⁴⁶ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*, “Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.070”, Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponible en <http://s.conjur.com.br/dl/gilmar-suspende-lula-casa-civil.pdf>. Visitado el 23 de mayo 2017 y “Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.071”, relator Ministro Gilmar Mendes, <http://s.conjur.com.br/dl/medida-cautelar-mandado-seguranca-34071.pdf>. Visitado el 23 de mayo 2017.

Dos tests para identificar el *lawfare* político son: 1) el ejecutor (ya sea una persona o un grupo político) de la acción debe usar el Derecho para crear efectos iguales o similares a aquéllos tradicionalmente buscados por las acciones políticas y 2) la motivación del ejecutor de la acción o de las personas o grupos políticos que utilizan la acción debe ser debilitar o destruir a un adversario político contra quien se dirige el *lawfare*.

Según Kittrie, hay dos tipos de *lawfare*: 1) *lawfare* instrumental, que es el uso de instrumentos legales para alcanzar efectos iguales o similares a la acción cinética militar convencional y 2) *lawfare* por diversidad de influencia, concebido para obtener una ventaja en el campo de batalla en razón de la gran influencia que el Derecho y sus procesos, especialmente en el Derecho de los conflictos armados, tienen sobre los adversarios.

En el ámbito del *lawfare* instrumental, es importante identificar algunos instrumentos legales que son usados para alcanzar objetivos políticos: a) Iniciativa de creación de nuevas leyes que permitan la reducción de las garantías en el ámbito de las persecuciones penales; b) Iniciativa de creación de nuevas leyes con una tipificación abierta que permitan la adecuación de conductas con el fin de cohibir acciones políticas consideradas criminales o que inviertan la carga de la prueba; c) Judicialización de discusiones que con anterioridad quedaban reservadas esencialmente al campo político; d) Reinterpretación creativa de las leyes existentes reduciendo la importancia de los derechos humanos y fundamentales; e) Impulso de persecuciones penales para alcanzar objetivos políticos; f) Divulgación de persecuciones penales que afectan la imagen personal para alcanzar objetivos políticos.

171

Este manejo bélico de los instrumentos judiciales acaba por enmascarar, total o parcialmente, la práctica de ataques políticos, recubriéndolos por un velo de legalidad estricta. En este contexto, la manipulación del ideario social opera de manera más sutil y propicia una mayor protección a el/los ejecutor/es contra las críticas del individuo o del grupo objeto de las tácticas de *lawfare* político.

Al combinar el uso político del ordenamiento y de la maquinaria legal con la agenda panfletaria mediática, el *lawfare* político demuestra ser un arma poderosa, siendo posible afirmar que tal recurso viene siendo empleado sistemáticamente en el escenario brasileño, como bien lo demuestran las editoriales y publicaciones periódicas (casi) monotemáticas, centradas en el eje de la persecución/procesamiento de figuras políticas.

Referencias

ÁVILA, Gustavo Noronha de, “Política não criminal e processo penal: a intersecção a partir das falsas memórias das testemunhas e seu possível impacto carcerário”, *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal*, UFRGS. vol. 2, nº 1, 2014, pp. 15 a 27.

BRASIL, “A Lava Jato em números”, Disponible en <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>. Visitado el 23 de mayo de 2017.

_____, “Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias”, INFOPEN, diciembre de 2014, Ministério da Justiça, Brasília, 2016. Disponible en <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Visitado el 23 de mayo de 2017.

_____, Lista de adherentes por categoria. Disponible en <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/apoiadores/apoiadores/Lista-de-Apoiamento-por-Categoria.pdf>. Visitado el 13 de mayo de 2017.

172

_____, *Supremo Tribunal Federal*, “Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.530”, Relator Ministro Luiz Fux, Disponible en <http://s.conjur.com.br/dl/liminar-fux-dez-medidas-corrupcao.pdf>. Visitado el 13 de mayo de 2017.

_____, *Supremo Tribunal Federal*, “Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 33.697”, Relator Ministro Gilmar Mendes, Relator de la liminar de la medida cautelar Ministro Celso de Mello. Disponible en <http://s.conjur.com.br/dl/liminar-celso-mello-mayoridade.pdf>. Visitado el 14 de mayo de 2017.

_____, *Supremo Tribunal Federal*, “Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.070”, Relator Ministro Gilmar Mendes. Disponible en <http://s.conjur.com.br/dl/gilmar-suspende-lula-casa-civil.pdf>. Visitado el 23 de mayo 2017.

_____, *Supremo Tribunal Federal*, “Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.071”, relator Ministro Gilmar Mendes, <http://s.conjur.com.br/dl/medida-cautelar-mandado-seguranca-34071.pdf>. Visitado el 23 de mayo 2017.

_____, *13ª Vara Federal Criminal de Curitiba*, “Pedido de quebra de sigilo de dados e/ou telefônica nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR”, Juez Sérgio Moro, Disponible en <http://s.conjur.com.br/dl/decisao-levantamento-sigilo.pdf>. Visitado el 23 de mayo de 2017.

CASARA, Rubens, *Processo Penal do Espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*, Curitiba: Emporio do Direito, 2016.

COLON, Leandro, *et al.*, “Condução coercitiva de Lula foi decidida para evitar tumulto, diz Moro”, *Folha de São Paulo (on line)*. 04 de marzo de 2016. Disponible en <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1746437-conducao-coercitiva-de-lula-foi-decidida-para-evitar-tumulto-diz-moro.shtml>. Visitado el 24 de mayo de 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda, “MPF: as dez medidas contra a corrupção são só ousadas”, *Boletim IBCCRIM*, vol. 277, diciembre 2015.

DAVIS, Dennis y LE ROUX, Michelle, *Lawfare. Judging politics in South Africa*, Johannesburg: Jonathan Ball Publishers, 2019.

DIONÍSIO, Bibiana, *et al.*, “Eduardo Cunha é preso em Brasília por decisão de Sérgio Moro”, *GI*, 19 de octubre de 2016. Disponible en <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/10/juiz-federal-sergio-moro-determina-prisao-de-eduardo-cunha.html>. Visitado el 24 de mayo de 2017.

DUNLAP JR., Charles J., “Lawfare Today and Tomorrow”, en *International Law and Changing Character of War*. Raul A. Pete Pedrozo y Daria P. Wollsschlaeger (eds.), p. 315. Disponible en http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3090&context=faculty_scholarship. Visitado el 06 de mayo de 2017.

_____, “Lawfare. Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts”. *Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference*, Kennedy School of Government, Washington D.C., 29 de noviembre de 2001. Disponible en <http://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>. Visitado el 06 de mayo de 2017.

_____, “Does Lawfare need an apologia?”, en *Case Western Reserve Journal of International Law*, n° 43, 2010, pp. 121-143, Disponible en https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2347. Visitado el 30 de octubre de 2019.

FALCONE, Pietro, “I processi per le stragi di capaci e via d’amelio: le questioni processuali in tema di valutazione delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia, e di incompatibilitav dei giudici dopo le sentenze della corte costituzionale”, en *Fenomenologia del maxiprocesso: venti anni di esperienze*, TINEBRA, Giovanni, ALFONSO, Roberto y CENTONE, Alessandro (dirs.), Milán: Giuffrè, 2011.

JARDIM, Lauro, “Não havia nada de concreto mas agora há” (entrevistador: Milton Jung), *CBN*, 18 de mayo de 2017. Disponible en <http://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/87989/nao-havia-nada-concreto-mas-agora-ha-diz-lauro-jar.htm>. Visitado el 23 de mayo de 2017.

JESUS, Francisco Marcolino de, *Os meios de obtenção de prova em processo penal*. Coimbra: Almedina, 2015.

KITTRIE, Orde F., *Lawfare: law as a weapon of war*. Nueva York: Oxford University Press, 2016.

MASCARENHAS, Gabriel, “STF nega recurso de Lula e Teori critica ‘espetacularização’ na Lava Jato”, *Folha de São Paulo* (on line), 04 de octubre de 2016. Disponible en <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/10/1819758-stf-nega-recurso-de-lula-e-teori-critica-espetacularizacao-na-lava-jato.shtml>. Visitado el 23 de mayo de 2017.

PIGNATONE, Giuseppe, “La valutazione delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia: evoluzione normativa e giurisprudenziale”, en *Fenomenologia del maxiprocesso: venti anni di esperienze*, TINEBRA, Giovanni, ALFONSO, Roberto y CENTONE, Alessandro (dirs.), Milán: Giuffré, 2011.

174

PITELLA JÚNIOR, João, “STF não interfere no processo legislativo, diz Eduardo Cunha”, *Agência Câmara Notícias*, 03 de julio de 2015. Disponible en <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/politica/491620-stf-nao-interfere-no-processo-legislativo,-diz-eduardo-cunha.html>. Visitado el 14 de mayo de 2017.

PRADO, Geraldo, *Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos*, San Pablo: Marcial Pons, 2014.

R7, “Após quebra-quebra no Leblon, Cabral convoca reunião de emergência com cúpula de segurança”. 18 de julio de 2013. Disponible en <http://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/apos-quebra-quebra-no-leblon-cabral-convoca-reuniao-de-emergencia-com-cupula-de-seguranca-18072013>. Visitado el 23 de mayo de 2017.

RAMIRES SANTORO, Antonio Eduardo y FRIAS TAVARES, Natalia Lucero, *Lawfare Brasileiro*, Belo Horizonte: D’ Placido ed., 2019.

RIVKIN, David B. y CASEY, Lee A., “The Rocky Shoals of International Law”, en *National Interest on International Law and Order*, WOOLSEY, James (org.), Nueva Jersey: Transaction Publisher, 2003.

SCHREIBER, Simone, *A publicidade opressiva de julgamentos criminais*, Río de Janeiro: Renovar, 2008.

SUTHERLAND, Edwin, *Crime de colarinho branco*, Clécio Lemos (trad.), Río de Janeiro: Revan, 2015.

THE LAWFARE PROJECT, <https://www.thelawfareproject.org>.

ZANIN, Cristiano, “Lawfare” (entrevistador: Brenno Tardelli), *Justificando*, 17 de noviembre de 2016. Disponible en <http://justificando.cartacapital.com.br/2016/11/17/lawfare-representa-o-uso-indevido-dos-recursos-juridicos-para-fins-de-perseguiacao-politica/>. Visitado el 24 de mayo de 2017.

