
EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹

THE PRINCIPLE OF PRESUMPTION OF INNOCENCE IN THE JURISPRUDENCE OF THE SUPREME FEDERAL COURT

DANIELLE DA ROCHA CRUZ

Mestre em Direito pela Universidad de Salamanca. Professora de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Federal da Paraíba-UFPB.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9257-9694>
E-mail: rcrzdanielle@hotmail.com

RESUMEN: La Constitución Federal de 1988 garantiza a todos los ciudadanos el estado de inocencia hasta la sentencia condenatoria tornarse firme e inmutable. Pese el texto constitucional ser expreso cuanto a esta garantía, en Brasil, esto históricamente ha sido incumplido, existiendo, en la práctica, una anticipación en la ejecución de la pena. En 2009, el Supremo Tribunal Federal se posicionó sobre la ejecución provisional de la pena, considerándola inconstitucional por afrontar el principio de presunción de inocencia. Pero, en los últimos tres años, después de un proceso de espectacularización mediática en la persecución de delitos de cuello blanco, promovido por la ya conocida internacionalmente como operación Lava Jato, la discusión sobre la posibilidad de ejecución anticipada de la pena ha vuelto al plenario de la Corte. En 2016, el Supremo Tribunal Federal ha reformado la postura anterior, admitiendo la ejecución provisional de la pena, cambio de entendimiento que ha sido motivado por el momento histórico vivenciado en el país.

PALABRAS clave: Presunción de inocencia. Ejecución provisional de la pena. Encarcelamiento en masa. Constitución Federal de 1988. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988 guarantees all citizens the state of innocence until the condemnatory sentence becomes firm and immutable. Despite the constitutional text be express as to this guarantee, in Brazil, this has historically been breached, existing, in practice, an anticipation in the execution of the penalty. In 2009, the Supreme Federal Court established your opinion on the provisional execution of the sentence, which is considered unconstitutional for facing the principle of presumption of innocence. But, in the last three years, after a process of media spectacularization in the pursuit of white collar crimes, promoted by the internationally known as Lava Jato operation, the discussion on the possibility of early execution of the penalty has returned to the plenary of the Court. In 2016, the Supreme Federal Court has reformed the previous position, admitting the provisional execution of the sentence, change of understanding that has been motivated by the historical moment experienced in the country.

KEYWORDS: Presumption of innocence. Early execution of the penalty. Mass incarceration. Federal Constitution of 1988. Supreme Federal Court.

¹ O presente texto corresponde a uma conferência proferida no *Congresso Internacional Retos do Constitucionalismo Iberoamericano*, organizado pela Universidad de Salamanca, nos dias 20, 21 e 22 de março de 2018, dentro do calendário de eventos para a comemoração dos 800 anos da sua fundação. Por esse motivo, o texto não contém notas de rodapé, nem tópicos ou subtópicos, dispensando sumário.

SUMÁRIO: 1. Apresentação. 2. Introdução. 3. La ejecución provisional de la pena en el Supremo Tribunal Federal. 4. Influencias externas hacia el cambio de postura del STF sobre la ejecución provisional de la pena y la presunción de inocencia. 5. Consideraciones finales.

1 Apresentação

Buenas tardes a todas y a todos los que están aquí en la tarde de hoy. Antes de empezar me gustaría agradecer a la profesora Mercedes Iglesias y al profesor Luis Gerardo Samaniego Santamaría por la invitación para participar de este Congreso. Es una alegría estar aquí en esta tarde tan bonita, como suelen ser las tardes en Salamanca, entre amigos muy queridos, como Francisco Javier Martín Lucas, Lilián Galván Bautista y María Auxiliadora Castro e Camargo, que nos ha hablado hoy por la mañana. Aprovecho para darle la enhorabuena por su intervención. Es un honor tenerlos como amigos

No tengo palabras para agradecer a la profesora Angela Figueruelo, que es un ejemplo para todos nosotros, principalmente para las mujeres, no sólo por su éxito profesional pero también por su personalidad, por la forma como trata sus alumnos, incentivándoles siempre a explorar sus capacidades al máximo. Seguramente, la profesora Figueruelo ya ha dejado su huella en este mundo tan violento y represor contra las mujeres, abriendo el paso para nosotras. Por ello, tenemos el deber de seguir su ejemplo.

2 Introdução

El tema que voy a tratar ha sido algo que siempre ha conllevado muchas discusiones en el ámbito académico en Brasil: la ejecución provisional de la pena. Pese a afrontar el texto constitucional, la anticipación de la ejecución de la pena, aunque, muchas veces, disfrazada de prisión preventiva, es una realidad en la práctica del sistema penal. El Supremo Tribunal Federal, el cual, en Brasil, tiene también atribuciones de Tribunal Constitucional, se ha posicionado recientemente sobre el asunto, considerando posible el adelantamiento de la ejecución de la pena, antes de la sentencia condenatoria hacer tránsito a cosa juzgada. Esta decisión ha causado verdadero espanto en parte de la comunidad académica, no sólo por el contenido que conlleva, pero por haber dividido los juristas entre los que la apoyan y los que le son contrarios.

En virtud del tiempo que tenemos para exponer el tema, no voy a tratar de toda la jurisprudencia del Supremo Tribunal al respecto, limitándome a los dos fallos más recientes de la Corte.

En el año 2009, el Supremo Tribunal Federal ha sometido a discusión la posibilidad de ejecución provisional o adelantada de la pena de prisión en el ámbito del *habeas corpus* nº 84.078. El tema de la ejecución provisional de la pena no debería ser puesto en cuestión, por el hecho de la Constitución de Brasil, en su artículo 5º, inciso LVII, ser tajante al afirmar que “nadie será considerado culpable hasta la sentencia penal condenatoria hacer tránsito a cosa juzgada”. Pese a esto, algunos ministros sostenían la posibilidad de ejecución provisional de la pena de prisión desde que hubiera una condena en segunda instancia, todavía pendiente de recursos.

En aquella ocasión, por mayoría de votos, prevaleció el entendimiento de que la ejecución provisional de la pena sería inconstitucional por violar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, expresamente previsto en la Constitución. El Supremo Tribunal Federal entendió que la protección

advenida del principio de presunción de inocencia debería ser absoluta. Para ello, no sólo ha hecho una interpretación literal del artículo 5º, inciso LVII, de la Constitución, como también ha realizado una interpretación sistemática, teniendo en cuenta dos dispositivos infraconstitucionales, el artículo 637 del Código Procesal Penal y el artículo 105 de la Ley de Ejecución Penal.

Es importante destacar que, antes del año 2009, la Corte entendía que la ejecución provisional de la pena de prisión era posible, sin violar la presunción de inocencia por el hecho del recurso extraordinario no tener efecto suspensivo, recurso cuya apreciación es de su competencia. De acuerdo con este razonamiento, la sentencia de segunda instancia, pendiente de recurso extraordinario, podría tener cumplimiento inmediato.

3 La ejecución provisional de la pena en el Supremo Tribunal Federal

Como se puede observar, el primer obstáculo para la aplicación inmediata de la pena de prisión, consecuencia de la presunción de inocencia, lo encontramos en el propio texto constitucional. La ejecución de la pena sólo sería posible cuando impuesta por una sentencia firme, inmutable, es decir, con los efectos de la cosa juzgada.

Es cierto que el artículo 637 del Código Procesal Penal (Decreto-Ley nº 3.689 de 1941) dispone expresamente acerca de los efectos del recurso extraordinario, no atribuyéndole efecto suspensivo. Sin embargo, la Ley de Ejecución Penal (Ley nº 7.210 de 1984), con fecha posterior al Código Procesal, en su artículo 105, asegura que la ejecución de la pena sólo debe empezar después de la sentencia penal condenatoria hacer tránsito a cosa juzgada.

En el análisis de estos dispositivos legales, observase que el Código Procesal Penal es anterior a la Constitución y a la Ley de Ejecución Penal, con lo cual muchos de sus dispositivos no han sido incorporados a la Constitución. Así pues, al confrontar los dispositivos mencionados con el precepto constitucional, prevaleció, como hemos dicho, la decisión por la inconstitucionalidad de la ejecución provisional de la pena de prisión. Lo que ha supuesto un importante cambio en la jurisprudencia de la Corte.

Sin embargo, en el año 2016 (*habeas corpus* nº 126.292), el Supremo Tribunal ha cambiado una vez más su postura acerca de la ejecución provisional de la pena de prisión. Los principales argumentos del Supremo Tribunal Federal han sido los siguientes:

1. “La ejecución de la pena pendiente de recursos de naturaleza extraordinaria no compromete el núcleo esencial del presupuesto de la no-culpabilidad, puesto que el acusado ha sido tratado como inocente en el curso de todo proceso ordinario criminal”, siendo observados los derechos y garantías inherentes a éste, respetadas asimismo las reglas probatorias.

2. “Agotadas las instancias ordinarias (...) se tiene una declaración con considerable fuerza de que el acusado es culpable y su prisión necesaria”.

3. Garantizar de forma absoluta el principio de presunción de inocencia “tiene permitido e incentivado (...) la indebida y sucesiva interposición de recursos (...) con claros propósitos en postergar el proceso” hasta la prescripción extintiva. Así, la Corte argumenta que es necesario armonizar el principio de presunción de inocencia con el de efectividad de la función jurisdiccional del Estado.

4. La confirmación del fallo en segunda instancia “conlleva la exigencia de orden público, siendo necesario asegurar la credibilidad del Poder Judicial y el sistema penal”.

5. “El sacrificio que se impone al principio de no-culpabilidad (...) es compensado con lo que se gana en protección de la efectividad y la credibilidad de la justicia”.

6. La prueba de la culpabilidad no depende de la sentencia condenatoria firme, siendo atestada en la segunda instancia.

7. Es posible dividir la cosa juzgada en capítulos, de manera que ésta, en segunda instancia, ya ocurre en relación a la parte de la decisión relativa al mérito y a las pruebas, siendo inmutable e indiscutible a este respecto.

8. Es importante observar las necesidades sociales en este momento. “La sociedad no acepta la presunción de inocencia de una persona condenada que no para de hacer uso de los recursos” con el objetivo de que suceda la prescripción extintiva.

9. La Constitución determina la no-culpabilidad definitiva antes de la sentencia firme, pero no impide la condenación y la consecuente ejecución de la pena.

10. Es posible la ejecución provisional de la pena desde que presentes los requisitos de la prisión preventiva.

Las discusiones, por lo tanto, se vuelcan sobre la necesidad de flexibilizar el principio de presunción de inocencia para que se pueda hacer cumplir la sentencia condenatoria pendiente de recursos ante los Tribunales Superiores.

Para comprender mejor las motivaciones que han resultado en el cambio de postura de la Corte respecto a este tema, es importante tener en cuenta que, en Brasil, desde siempre ha habido una perversa cultura del encarcelamiento, presente no sólo en el ámbito de la sociedad como también en todo el sistema penal, dónde ubicamos la policía, la Fiscalía, el Poder Judicial, y también el Poder Legislativo en su función de criminalización primaria. Así pues, todo el aparato estatal que tiene atribución punitiva y persecutoria está vinculado a esta cultura, lo que ha resultado en una enorme población encarcelada, muchas veces, de manera ilegal y casi siempre en condiciones que atentan contra la dignidad de la persona.

El número de detenidos en Brasil está en plena ascensión, siendo considerado, junto a Estados Unidos, Rusia y China, como uno de los países que más encarcelan en el mundo. Según datos del INFOPEN (Levantamiento Nacional de Informaciones Penitenciarias de 2017), en el año 2016, la población carcelaria en Brasil era de 726.712 detenidos para 368.049 plazas. Son cerca de 20 personas en un lugar que sólo soporta 10. Estos datos alarmantes no han impedido el Supremo Tribunal Federal de cambiar su postura, comprendiendo la ejecución provisional de la pena compatible con la Constitución. Este entendimiento tiene el potencial de incrementar la crisis presente en los establecimientos penitenciarios, reafirmando la existencia de una cultura del encarcelamiento en el país.

4 Influencias externas hacia el cambio de postura del STF sobre la ejecución provisional de la pena y la presunción de inocencia

Además de la cultura del encarcelamiento, arraigada en la sociedad brasileña, es importante mencionar que el Supremo Tribunal Federal ha sufrido en los últimos años fuerte influencia de la opinión pública,

cuyo reflejo se puede observar en este caso. La Corte ha afirmado la constitucionalidad de la ejecución provisional de la pena bajo los influjos de una intensa crisis institucional, que se ha difundido en Brasil a partir de las últimas elecciones presidenciales del año 2014.

El análisis sobre el cambio de postura de la Corte sobre la ejecución provisional de la pena no puede prescindir de la coyuntura política de aquel momento. El partido del candidato vencido en las elecciones, el PSDB, no conformado con el resultado de los comicios, ha comenzado una campaña que terminó en el año 2016 con el *impeachment* de la Presidenta Dilma Rousseff, bajo débiles acusaciones de delitos de responsabilidad. Tan débiles que prefiero adherir a la opinión de los juristas que lo caracterizan como golpe, el Golpe de 2016, por la inexistencia completa de delitos de responsabilidad.

Conjuntamente a esto, una operación iniciada por la Policía Federal que empezó con una investigación sobre delitos contra el sistema financiero y blanqueo de capitales, y luego se convirtió en una gran operación, con la participación del Ministerio Fiscal y el Poder Judicial, ha ganado en importancia en el año 2014, es decir, en el mismo año de las elecciones y en el principio de la crisis política en Brasil. Dicha operación, internacionalmente conocida como “operación Lava Jato”, ha tenido como uno de sus principales aliados a los medios de comunicación.

Los miembros de la Fiscalía y Magistrados Federales que han actuado en los casos – y todavía actúan, porque la operación no ha sido aún concluida – han divulgado informaciones sobre las investigaciones, el contenido de escuchas telefónicas, el contenido de las audiencias de los acusados, con el claro propósito de manipular la opinión pública. Todo este material fue ampliamente utilizado por los medios de comunicación, incrementando la situación conflictiva presente en la sociedad brasileña en aquel momento, además de desconsiderar por completo la existencia del derecho fundamental a la presunción de inocencia, algo que es una práctica del sistema penal brasileño.

Sin lugar a dudas, la operación Lava Jato ha sido responsable por incrementar la crisis institucional en Brasil, además de haber causado graves violaciones de derechos y garantías fundamentales durante estos años. De la misma forma, ha sido responsable por el intenso retroceso en términos de garantías procesales, donde se pudo observar claramente que el ordenamiento jurídico-penal todavía tiene marcas del sistema inquisitivo y del autoritarismo estatal.

La democracia brasileña no ha logrado resistir a los medios de comunicación que se han hecho cargo de las informaciones para utilizarlas de acuerdo a sus intereses, manipulando la opinión pública, que se ha vuelto contra sus propios intereses – como también fueran los súbditos de la monarquía absoluta, analizada por Etienne de la Boétie –, permitiendo y aplaudiendo las arbitrariedades estatales, puesto que ellas tenían, en un primer momento, un objetivo noble y convincente – combatir la criminalidad organizada en los delitos de cuello blanco.

En este contexto, el Supremo Tribunal Federal tampoco ha soportado la presión de la sociedad y los medios de comunicación y, en una decisión sin claros fundamentos, como hemos visto, ha suplantado una de las más importantes garantías del ciudadano, la presunción de inocencia. Para que se pueda fundamentar la flexibilización de un derecho fundamental como la presunción de inocencia, admitiendo la ejecución provisional de la pena, es necesario que el riesgo al cual la sociedad está sometida, con la libertad del condenado, sea insoportable. Sin embargo, para esto existen las prisiones cautelares, como es la prisión preventiva. De todas formas, ésta no puede ser comprendida como ejecución provisional o adelantada de la pena, y esto es exactamente lo que ocurre en Brasil desde siempre, pero ahora mucho

más, principalmente después de la exposición mediática ilegal e inconstitucional que se ha hecho de los acusados por la Lava Jato.

La espectacularización mediática que se ha hecho con la Lava Jato ha motivado el aumento de las medidas arbitrarias por parte del Estado con el uso del poder punitivo. Una de las expresiones de esto ha sido la modificación de la postura del Supremo Tribunal Federal en relación a la presunción de inocencia.

Como se ha observado, los argumentos del Supremo Tribunal Federal no tienen ninguna sustentación teórica. Son el resultado de una equivocada política criminal que se impone en Brasil desde sus orígenes, consecuencia de su colonización de cuño esclavista y excluyente. El discurso político criminal promovido por la Lava Jato ha tomado nuevos contornos para inserir en el conjunto de los tradicionales enemigos (los pobres) del Derecho Penal otras figuras. El Poder Judicial ha hecho cargo del *lawfare* para encarcelar políticos y demonizar la política. Es exactamente por esto que los argumentos utilizados para flexibilizar la presunción de inocencia son extremadamente frágiles.

El sentido de la protección constitucional de la presunción de inocencia no puede ser reducido a una supuesta comprobación de la culpabilidad. Esta suposición, aunque basada en una decisión de un Tribunal de segunda instancia, invierte el orden de la presunción, atribuyéndose una presunción de culpabilidad y no de inocencia. Esa tendencia es demasiado peligrosa y la historia ya lo ha comprobado en diversos momentos. Como afirma Ferrajoli, pese a remontar al Derecho Romano, el principio de presunción de inocencia fue suplantado en la Baja Edad Media por semi-pruebas, semi-culpabilidad, semi-condena, es decir, por flexibilizaciones de garantías que enmascaran el real objetivo del sistema punitivo autoritario.

El estado de inocencia es preservado hasta la sentencia condenatoria firme e inmutable para evitar la violencia del poder punitivo contra los individuos, y la prisión es su máxima expresión en Brasil. Al contrario de lo que sostienen algunos Ministros del Supremo Tribunal Federal, la presunción de inocencia no es pasible de mitigación. Debe ser mantenida hasta el agotamiento de los recursos legalmente previstos, puesto que ésta es la garantía de la libertad, de la dignidad de la persona y de la seguridad de los ciudadanos. Existe una razón para la manutención del estado de inocencia del investigado, del acusado y del condenado. La razón es la protección del individuo y de la sociedad frente al autoritarismo estatal, que es fácilmente manipulable a través del Derecho Penal.

El Derecho Penal está cuñado en bases autoritarias, inherentes a su propia esencia, y el principio de presunción de inocencia es un mecanismo de protección contra el arbitrio del poder punitivo. Los procesos de la Lava Jato han sido conducidos por un completo autoritarismo, donde se ha visto la expresión máxima del sistema inquisitivo después de la redemocratización. Está claro que esto ha tenido sus reflejos en el cambio de postura del Supremo Tribunal Federal respecto al principio de presunción de inocencia.

5 Consideraciones finales

Los argumentos de la Corte para admitir la flexibilización de la presunción de inocencia no son en absoluto convincentes. Representan, en realidad, una afronta a la inteligencia de cualquiera que comprenda lo que representa el Estado Constitucional y el garantismo penal. El argumento de que se puede admitir la ejecución provisional de la pena de prisión en virtud de la necesidad de restablecer la credibilidad de la justicia y del sistema penal es inadmisibles, principalmente si se sabe que la responsabilidad por ello

está en la Administración de la Justicia y no en la cantidad de recursos utilizados por el condenado. Es importante resaltar que, aunque hubiese una cantidad expresiva de recursos que pudiesen ser manejados por el acusado, lo que no es el caso, este no sería un fundamento razonable para flexibilizar la presunción de inocencia. Este planteamiento contraría la propia idea de amplia defensa, de contradictorio, de duplo grado de jurisdicción y de debido proceso legal. Los recursos legalmente previstos deben ser manejados por el acusado en obediencia a estos preceptos.

Del mismo modo, no se puede aceptar el argumento de que la decisión en segunda instancia es suficiente para comprobar la culpabilidad, no siendo ésta pasible de alteración, con la división en capítulos de la cosa juzgada. Esto no tiene ningún sentido, puesto que a través del recurso extraordinario se puede alegar la violación de garantías constitucionales, como, por ejemplo, la obtención de pruebas por medios ilícitos, la mitigación de la amplia defensa y del contradictorio, lo que puede acarrear la nulidad del proceso. Esto, a su vez, comprometería el propio contenido de la culpabilidad, en tesis, confirmada en segunda instancia. Siendo así, es importante poner de relieve que la presunción de inocencia también guarda relación con otros principios fundamentales, como es principio del *favor rei* y del *in dubio pro reo*. Estos principios refuerzan el sentido de la manutención del estado de inocencia hasta la sentencia firme e inmutable, con los efectos de la cosa juzgada. La más mínima duda acerca de la culpabilidad del acusado debe ser interpretada a su favor. Además, lo que se busca con el proceso es la prueba de culpa y no de la inocencia.

El precepto constitucional es expreso en garantizar la no-culpabilidad hasta que la sentencia condenatoria sea firme e inmutable. Para cierto sector de la doctrina, el principio adoptado por la Constitución Federal ha sido el de no-culpabilidad y no el de presunción de inocencia, lo que resultaría en la mitigación de éste, haciendo con que el argumento de la prueba de la culpabilidad en segunda instancia pudiera dar firmeza a la decisión condenatoria. Sin embargo, esta postura es también fácilmente refutable, puesto que el sentido del dispositivo constitucional es muy claro al vincular la culpabilidad del acusado a la cosa juzgada y la seguridad jurídica que se impone a través de ella. Con esto se tiene el sentido garantista que conlleva la Constitución Federal de 1988, con lo cual deja a cargo de la Fiscalía el deber de demostrar la culpabilidad del acusado.

La propuesta de repartir la cosa juzgada en capítulos es otra afronta a la presunción de inocencia y la propia seguridad jurídica que se le atribuye. Repartir la cosa juzgada significa debilitarla e fragilizar la confianza de los individuos en el Estado. El efecto manifiesto buscado por el Supremo Tribunal Federal ha sido la efectividad de la justicia y restablecimiento de la confianza de la sociedad en su credibilidad. Pero, el efecto será exactamente lo contrario, puesto que, con esto, lo que ocurrirá es el miedo y la inseguridad. Como afirma Ferrajoli, la muestra de que la justicia ha perdido su legitimidad política es justo cuando ésta pasa a inspirar miedo a los ciudadanos. Es inadmisibles en un Estado de Derecho que el individuo tenga miedo de ser sometido al sistema de justicia. Esta es la máxima expresión de su pérdida de confianza.

Así pues, se puede concluir que el Supremo Tribunal Federal, aunque de entre sus argumentos haya reconocido que la sentencia condenatoria, pendiente de recursos extraordinarios, no hace tránsito a cosa juzgada, ha resuelto suplantar la presunción de inocencia en razón de la presión social, claramente influenciada por los medios de comunicación y por el movimiento político de la Lava Jato.

Los riesgos para la democracia con esta postura de la Corte brasileña son muy graves, pues amplían demasiado el poder punitivo, admitiendo su intervención antes de la cosa juzgada penal en la restricción de la libertad del individuo. Además de tener un sentido contrapuesto a toda la inspiración humanista que fundamenta el Derecho Penal y el Proceso Penal en el Estado Constitucional, es indispensable tener cautela a la hora de restringir derechos fundamentales en democracias no plenamente consolidadas, pues este es el camino para un poder punitivo todavía más arbitrario y violento.

Es necesario rescatar el discurso garantista para el ámbito de la dogmática penal para que ésta pueda influenciar la jurisprudencia, para que los vientos de la democracia no se alejen demasiado.

Referencias

- ALMEIDA FILHO, Agassiz. *Impeachment* e Democracia. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, Ano 25, Vol. 103, set-out, 2017.
- DE LA BOÉTIE, Etienne. *Discurso sobre a servidão voluntária*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo: Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.
- ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *El Derecho Penal Latinoamericano en la fase superior del colonialismo*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2015.
- _____. *O inimigo no Direito Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.

