



CRV-X-10-17

SERVICIOS DE INVESTIGACIÓN Y ANÁLISIS

DIRECCIÓN

CONGRESO REDIPAL VIRTUAL X
Red de Investigadores Parlamentarios en Línea
Marzo-mayo 2017

Ponencia presentada por

Plauto Cardoso

**“EL CONTROL DEL ACTO ADMINISTRATIVO
COMO FUNDAMENTO DE JUSTICIA SOCIAL
Y PILAR DEMOCRÁTICO”**

Mayo 2017

El contenido de la colaboración es responsabilidad exclusiva de su autor, quien ha autorizado su incorporación en este medio, con el fin exclusivo de difundir el conocimiento sobre temas de interés parlamentario.

Av. Congreso de la Unión No. 66, Colonia El Parque; Código Postal 15969,
México, DF. Teléfonos: 018001226272; (+52 ó 01) 55 50360000, Ext. 67032, 67034
e-mail: redipal@congreso.gob.mx

EL CONTROL DEL ACTO ADMINISTRATIVO COMO FUNDAMENTO DE JUSTICIA SOCIAL Y PILAR DEMOCRÁTICO

Plauto Cardoso ¹

RESUMEN

Este trabajo analiza los límites clásicos del control del acto administrativo *lato sensu* comúnmente envueltos en un debate anacrónico en plena era de la posverdad, fruto de lo que se argumenta es una obsesión Montesquiana, que sigue imponiendo un concepto de separación de poderes conveniente a una Francia revolucionaria, pero de poca utilidad en un contexto de Estados Constitucionales modernos. El control del acto administrativo es visto aquí como fundamento de justicia social y manutención de los pilares democráticos del Estado Constitucional de Derecho. Se argumenta, además, que el llamado activismo judicial es en verdad fruto en su génesis de un activismo ciudadano, consecuencia de nuestras elecciones constitucionales. Se concluye que el control judicial, administrativo o legislativo del acto administrativo debe tener como límite la proporción exacta de lo que afronta su exceso.

Palabras clave: acto administrativo, separación de poderes, control judicial, activismo judicial, activismo ciudadano, posverdad.

¹ Miembro de la Redipal. Alumno del Programa de Doctorado en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires – UBA, Argentina; master of Laws – LL.M en Litigation en la Fundación Getúlio Vargas-FGV Rio, Brasil; master en Literatura Inglesa en la Universidad de Sussex, Inglaterra y especialista en Lingüística Aplicada en la Universidad de Brasilia – UnB; graduado en Derecho en la Universidad Cândido Mendes – UCAM, Rio de Janeiro y en Letras en la Universidad Federal de Minas Gerais, UFMG. Profesor del posgrado de la Fundación Getúlio Vargas-RJ – red conveniada nacional; abogado, profesor y conferencista en las áreas de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho & Literatura. Miembro de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional – AAJC; investigador del Instituto de Estudios Políticos y del Estado de la AAJC. Miembro del Colégio de Profesores da la Academia Brasileña de Derecho Constitucional; Brasil. Correo electrónico: plauto.cardoso@freclaw.com.br

A mi amigo Pedro Anversa,
A quien le prometí que mi pena no
descansaría hasta mi último suspiro en
defensa de un orden social más justo, moral
y socialmente hablando.
El viento de la política se lo llevó. Que el de
la defensa comprometida de la vida colectiva
lo traiga de vuelta.

Plauto Cardoso

“Aun cuando frecuentemente se define
como una actividad dirigida a aplicar o a
ejecutar la ley, el ejercicio de la jurisdicción
no agota, por sí solo, este deber
fundamental en ninguno de los Estados
contemporáneos.”

Luca Mannori (1997)

1. INTRODUCCIÓN²

Vivimos un momento extraño. O tal vez sea solamente nuestro momento y todo aquel intelectual que observa y ausculta su contemporaneidad de manera crítica sea propenso a creer que existen hoy más desafíos y batallas a ser luchadas que antes. Tal vez Sartre pensaría lo mismo. Tal vez haya sido el caso de Stefan Zweig y sus antecesores.

Sea como sea, vivimos culturalmente profundas transformaciones. La propia palabra cultura, usada como adverbio en la frase anterior, ya no puede ser tomada de forma consensual o con el mismo sentido que tenía en el siglo que dejamos atrás hace poco tiempo. Cultura, que antes era una conciencia que nos impedía darle la espalda a la realidad, hoy es sinónimo de una cultura de la distracción³.

El Derecho, como un claro producto cultural, no pasa incólume por estos tiempos de posverdad, “la idea de que no hace falta someterse al chequeo de las informaciones y hechos que pretenden presentarse como verdaderos” (Sarlo, 2017). No es necesario ir muy lejos para ver cómo percibe el ejercicio del poder y su sumisión al derecho un presidente que gobierna una superpotencia a través de su cuenta en *twitter*, se enorgullece en decir que no lee libros hace un buen tiempo, elige como enemigos de la patria a periodistas y jueces que lo cuestionan y maneja el poder a través de Decretos Ejecutivos.

En este sentido, para un constitucionalista que viene de la crítica literaria la sumisión del ejercicio del poder al derecho es el tema del día. ¿Cómo controlar el poder y someterlo al derecho cuando hay dudas sobre cuál es el derecho al cual debe

² Traducido para el castellano por Florencia Bevacqua y revisado por Plauto Cardoso.

³ Para ver más sobre este asunto, hacemos referencia al lector al fundamental Llosa, Mario Vargas. *La civilización del espectáculo*. 1ª ed. Buenos Aries: Alfaguara, 2013.

someterse? Y cuando no hay grandes dudas, se recurre a límites anacrónicos para limitar el límite del control de los actos del poder.

¿Cómo pensar el derecho en este contexto? Se percibe una enorme mezcla de conceptos del presente y del pasado que vuelven los debates sombríos, desesperanzados y claramente infructuosos.

Se hace absolutamente relevante el debate sobre el control de los actos del poder y, en particular, del acto administrativo. Esto se vuelve especialmente importante en momentos extremos de abuso de poder bajo un aparente manto de legitimidad formal que intenta escamotear intereses de los más indignos como los que pretensiosamente intentaron sostener el nombramiento de un ex presidente de la república con el objetivo de tumultuar la persecución penal y evadir la jurisdicción tal como lo vamos a analizar aquí.

En este contexto, oír argumentos fundados en una separación de poderes, fruto de una obsesión Montesquiana que seguramente le fue útil a una Francia revolucionaria, pero que no nos ayuda en nada actualmente, nos deja en la boca un sabor de naftalina. ¿Qué poder queremos dividir, separar cuando el poder del Estado es uno solo? ¿Por qué nuestros nobles administradores y legisladores sacan esta carta de la manga solamente para esconderse por detrás de argumentos que escamotean omisiones reiteradas?

En este artículo analizamos un caso extremo de control del acto administrativo, aparentemente banal y fruto del tradicional abuso de lo público para proteger a apadrinados, pero con impactos sombríos y profundos en el enmarañado del tejido social y en la legitimidad del ejercicio del poder y sus instituciones. Se trata de la anulación por el Supremo Tribunal Federal – SFT, la Corte Constitucional Brasileña, de un acto administrativo aparentemente discrecional como la elección de un candidato para un cargo de libre nombramiento y exoneración, como es normalmente en el caso de un ministro de estado, por la entonces jefe del ejecutivo brasileño⁴. Sería de este modo si la presidente en cuestión no estuviese al borde de un proceso de *Impeachment* y el acto no estuviese envuelto en sospechas fundamentadas de protección a su nombrado, que con el cargo escaparía del alcance de los jueces de primer grado a través de la protección del Foro Privilegiado, pudiendo ser solamente juzgado por el STF en única instancia. Se levantarían menos sospechas si el candidato a ministro indicado no fuese un ex presidente, reo en procesos dentro del mayor escándalo de corrupción de la historia de la República Brasileña y en el que él es reiteradamente

⁴ Se trata de la ex presidente Dilma Rousseff, condenada a la pérdida del cargo en 2016 por crímenes de responsabilidad, en un convulsionado y cuestionable, pero constitucional proceso de *Impeachment*.

acusado de haber sido el mentor y en algunos momentos beneficiario directo junto con sus familiares más próximos, con pruebas contundentes adjuntas a los expedientes de los procesos.

La metodología utilizada tiene como base investigación de doctrina relevante tanto en Argentina como en Brasil, jurisprudencia sobre el tema del control del acto administrativo, análisis de entrevistas, de grabaciones e informes de sentencias de las Cortes Constitucionales Argentina y Brasileña, de la Corte de Cuentas Brasileña (TCU), además de artículos de periódicos de ambos países.

Intenta demostrarse que la única manera de hacerse justicia y someter el ejercicio del poder al derecho es vencer la barrera iuspositivista clásica de los límites impuestos al control del ejercicio del poder y sus actos, trayendo la moral y la ética siempre al debate, como fue hecho en el caso que llamamos “El Padrino”. Eso si pretendemos mantener nuestras democracias fundadas en valores mucho más profundos que los liberales de la igualdad, libertad y seguridad jurídica. Éstos eran suficientes para la Francia Revolucionaria, pero son insuficientes para los complejos estados modernos con sus gamas y camadas de derechos y excluidos de las más diversas formas.

Nuestras conclusiones son dos. Primero, y esto se argumenta aquí como tesis principal, deben repensarse los parámetros de lo que es que un poder se inmiscuya en otro. Hay solamente un parámetro principal y que no pasa necesariamente por los conceptos clásicos de los elementos del acto administrativo, y sí por los límites sociales y culturales de la ética, la moral y del fin y razón de ser de una propia constitución: someter el ejercicio del poder a lo que se establece como mínimamente aceptable⁵. Es decir, argumentamos que no hay reglas matemáticas claras y sí que el control del ejercicio del poder es político, sea hecho por el judicial sobre el ejecutivo o legislativo o de cualquier poder formal del estado – al fin de cuentas el poder es único – sobre cualquier otro formalmente y orgánicamente organizado por motivos de gestión y control. En el ámbito del control democrático de los principios constitucionales como normas de aplicación obligatoria, no debe haber límites para la intervención de un órgano en otro. El límite es el tamaño técnicamente comprobado de la enfermedad⁶.

⁵Para un debate más completo sobre el sometimiento del ejercicio del poder al derecho bajo un punto de vista del derecho procesal, ver Cardoso, Plauto. (2017) Precedentes Judiciais: o papel da hermenêutica e dos elementos não textuais da norma para a unidade do direito e a segurança jurídica”. In: Izolani, Franciele Lung; Oliveira, Jaqueline Sampaio (Coord.) *Latinoamérica Y Derecho en Exposición*. Vol. VI. Olinda: Editora Livro Rápido.

⁶ Ésta es incluso la lógica que valida la aplicación del instituto del derecho Colombiano del Estado de Cosas Inconstitucional de Brasil por primera vez por la Corte Constitucional brasileña. Para más sobre este asunto hacemos referencia al lector a Cardoso, Plauto. (2017) Estado de Coisas Inconstitucional e Violação a Direito Fundamental no Contexto do Sistema Carcerário Brasileiro. In: Izolani, Franciele Lung; Oliveira,

Afirmamos que la mala gestión de lo público está en la raíz de la injusticia penal, de los daños a los bienes transnacionales y transgeneracionales como el medio ambiente, de la injusticia social y de las agresiones irreparables a lo que entendemos como inviolable y protegido por nuestras Cartas Magnas, los Derechos Fundamentales, aquellos que creamos para protegernos de los Estados que nosotros mismos organizamos. El control del acto administrativo es fundamental para frenar las inevitables perversiones del régimen democrático al que Ferrajoli le temía como una bestia que precisaba ser contenida⁷.

Finalmente, concluimos que el control del poder, y en su esencia del acto administrativo, es fundamental para la observancia del mínimo moral y existencial humano. Al fin y al cabo, no vivimos sólo de pan y el dolor mayor no es siempre físico. El dolor de la injusticia y de la impotencia delante de una arbitrariedad estatal es uno de los más grandes que el ser humano puede sentir también en el alma. La protección a compadres bajo el manto del abrigo del estado insulta al alma, genera incredulidad y descrédito. La mujer del Cesar no debe ser solamente honesta. Debe parecer honesta también.

2. EL PADRINO

“En definitiva, igualar a la Administración y al particular ante el derecho, y dar a uno lo que le corresponde, constituye el objetivo del control jurisdiccional de la Administración.”

Tomás Hutchinson (2010).

¿Por qué los políticos brasileños quieren mantener el Foro Privilegiado? ¿Por qué quieren ser juzgado en una única instancia y sin derecho a recursos? ¿Y por qué un político que fue dos veces presidente de la República, reo en acciones penales extremadamente serias en un esquema de corrupción “nunca antes visto en este país”⁸ y que ya llevó a la cárcel a jefe de poder y ex gobernadores, que duerme y se despierta

Jaqueline Sampaio (Coord.) *Latinoamérica Y Derecho en Exposición*. Vol. VII. Olinda: Editora Livro Rápido. (en prensa).

⁷ Hacemos referencia al lector al excelente debate sobre la teoría jurídica de Ferrajoli en el reciente Gargarella, Roberto. (2016). *Castigar Al Próximo: por una refundación democrática del derecho penal*. 1 ed. Buenos Aires: Silgo Veintiuno Editores, p. 59-80.

⁸ Frase recurrente en los discursos del ex presidente brasileño Lula que creía haber refundado el país en 2003.

bajo el temor de la cárcel, de repente nota que el país lo necesita como Ministro de Estado?

El hecho es que, tomado de súbito deber cívico en la mañana soleada del 16 de marzo de 2016 en el *Planalto Central*, el ex presidente brasileño Luiz Inácio Lula da Silva es nombrado Jefe de Gabinete por la ex presidente Dilma, para quien los límites de los actos administrativos parecían ser un inconveniente, como sugiere su proceso de *Impeachment* y su manejo del presupuesto público en incumplimiento de una de las mayores victorias legales para la reducción de la discrecionalidad del uso político del dinero público y apadrinamiento por el administrador, la Ley de Responsabilidad Fiscal, que introdujo en el país en 2001 normas direccionadas para la responsabilidad en la gestión fiscal⁹.

El Proyecto Supremo en Números¹⁰, de la Fundación Getúlio Vargas (FGV) – Rio de Janeiro, nos explica el porqué de tal disposición cívica por parte del ex presidente cuando nos muestra que en el Supremo Tribunal Federal, de las 404 acciones penales concluidas entre 2011 y marzo de 2016, 276 (68%) prescribieron o fueron repasadas para instancias inferiores porque la autoridad dejó el cargo. La condena ocurrió apenas en el 0,74% de los casos. ¹¹

¿Es ésta la razón de existencia del Estado? ¿Proteger a los suyos y mantener el poder en el poder? ¿Es por esto que en aquel 17 de setiembre de 1787 en Filadelfia, Estados Unidos, se creó una constitución que influenció el cómo sometemos el poder al derecho en los últimos 229 años?

¿Y de qué condenas escapan los políticos brasileños que luchan para ser juzgados por la Corte Constitucional? De esas 404 acciones, 136 trataban crímenes contra el medio ambiente, 39 casos relativos a la ley de licitaciones, 30 sobre crímenes de responsabilidad, otras 26 eran referentes a asociación ilícita, 25 sobre peculado, 8 sobre corrupción pasiva y 5 sobre corrupción activa. Es decir, estamos hablando de actos que atentan contra la propia existencia del Estado, que convulsionan sociedades y perpetúan males e injusticias profundas. Seres humanos mueren diariamente en nuestros países como consecuencia de estos actos corrosivos. Personas son sometidas

⁹ Ley Complementar 101 de 4 de mayo de 2000. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm. Acceso en 09/03/17.

¹⁰ I Relatório Supremo em Números. Disponible en <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>. Acceso 20/12/2016.

¹¹ No en vano, la defensa del ex presidente insiste en requerir hasta hoy el reconocimiento por la Corte Constitucional brasileña de que él fue ministro y pide el desarchivamiento de la acción que analizamos a seguir y que fue archivada por el ministro relator después del alejamiento de la ex presidente Dilma por el Senado durante el proceso de *Impeachment*. <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/05/1774576-lula-pede-que-stf-reconheca-que-foi-ministro-de-dilma.shtml>. Acceso: 20/03/17.

a condiciones de vida nefastas, alejados de casi todas las dimensiones de derechos fundamentales por estos actos.

Consciente de esto, fue así que fundamentó su parecer al Supremo Tribunal Federal el Procurador General de la Nación, Rodrigo Janot, en el cual le requería al SFT la anulación del acto administrativo que le confería al ex presidente de la república la prerrogativa de escoger los jueces que lo juzgan, de tumultuar el proceso de las investigaciones criminales en el caso Lava Jato, con daños objetivos a la persecución penal¹²:

6. Nombramiento de ministro de estado consustancia acto administrativo de naturaleza política, pasible de control judicial para aferir desvío de finalidad, sin el embargo de la competencia constitucional del (la) Presidente de la República para designar sus auxiliares.

7. Ocorre desvío de finalidad cuando el agente público ejerce competencia determinada por ley para alcanzar propósito diverso al previsto por el ordenamiento jurídico.

8. El acervo probatorio pre constituido, hechos que se tornaron notorios desde el nombramiento y toma de posesión objeto de estas acciones y elementos de dominio público constituyen indicios convergentes de que el nombramiento y toma de posesión del ex presidente fueron practicados con la intención, sin perjuicio de otros potencialmente legítimos, de afectar la competencia del juicio de primer grado y tumultuar la marcha de las investigaciones criminales en el caso Lava Jato. Hubo daño objetivo a la persecución penal, por la necesidad de interrumpir investigaciones en curso, por el tiempo para remesa de las piezas de información y para su análisis por parte de los nuevos sujetos procesales y por los ritos más demorados de investigaciones y acciones relativas a personas con foro por prerrogativa de función.

9. Constatación de desvío de finalidad de acto administrativo por convergencia de prueba testimonial, documental e indiciaria impone su anulación. Transgresión al componente ético y jurídico de los principios constitucionales de la legalidad, de la impersonalidad y de la moralidad administrativa por acto del poder público impone declaración de nulidad, aunque converjan para su motivación finalidades legítimas. (Subrayado del autor)

Un año después de su nombramiento como Ministro, el expresidente Lula es reo en cinco procesos penales y se ve acusado por buena parte de los tipos penales topográficamente organizados bajo el título de Crímenes contra la Administración Pública del Código Penal Brasileño y legislaciones complementares, creados para proteger la sociedad y el propio estado de la delincuencia administrativa estructurada¹³: corrupción activa y lavado de dinero, tráfico de influencias, organización criminal y obstrucción a la justicia¹⁴.

¹² Disponible en: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2016/04/MS-34070.pdf>. Acceso 09/03/16.

¹³ Para más, ver http://brasil.elpais.com/brasil/2016/12/09/politica/1481319803_523591.html. Acceso: 10/03/17.

¹⁴ El término no existe en el Código Penal ni en el Código de Proceso Penal brasileños, a pesar de ser citado por la prensa y también por algunos profesionales del Derecho. Lo que sí existe, en el CP, son los llamados “Crímenes contra la Administración de la Justicia” (Art. 338 – Art. 359). “Lo que ha sido llamado de

3. CONTROL DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN LA ERA DE LA POSVERDAD

“Para ver, no es suficiente con mirar; hay que preparar la mirada y, antes, reconocer el objeto, atribuirle importancia.”

Beatriz Sarlo (2014, pp. 7-8)

Poca, si es que alguna, duda había en relación a los intereses nada republicanos que motivaron por lo menos en parte el nombramiento del ex presidente. Sin embargo, la anulación del acto administrativo de toma de posesión generó el ya desgastado debate sobre la separación de poderes, siempre dentro de la premisa de que un órgano o parte del estado está como un cáncer invadiendo otra parte. Luca Mannori (1997) nos explica bien por qué caminamos en círculos en este debate:

Aun así, a pesar de la riqueza y la precisión de la información, parece que el verdadero problema de la separación continúa sustrayéndose a una comprensión histórica realmente satisfactoria. Quien se asoma hoy sin prejuicios a este tema advierte enseguida cómo casi toda la investigación historiográfica en esta materia está fuertemente condicionada por la representación que el Estado contemporáneo ofrece de sí mismo, y más en concreto por las respuestas que la cultura jurídica ha dado desde el inicio al problema de las relaciones justicia-administración. En efecto, el constitucionalismo continental ha hipostasiado hasta tal punto la teoría de los «tres poderes del Estado» que legislación, jurisdicción y administración se presentan como las funciones necesarias y «naturales» de cada Estado digno de ese nombre, asignando al historiador mucho antes la misión de avalar este diseño teórico a través del propio bagaje erudito que la de explicar sus orígenes y su economía interna. De esta subordinación de la reflexión historiográfica con respecto a la jurídica nació un modelo explicativo en apariencia muy sólido, pero en realidad fundado, en gran medida, sobre premisas que poco tienen que ver con la investigación histórica. (Subrayado del autor)

Se intentó, en la defensa del acto administrativo contestado, lanzar al aire el ya también debilitado argumento de que se trataba una vez más de Activismo Judicial, a reinterpretar los límites del cabimiento del uso de mandato de seguridad colectivo por

obstrucción a la justicia es el crimen del artículo 2, párrafo primero, de la Ley 12.850/13”, según el procurador de la Nación Rodrigo de Grandis:

Art. 2º Promover, constituir, financiar o integrar, personalmente o por interpuesta persona, organización criminal:

Pena – reclusión, de 3 (tres) a 8 (ocho) años, multa, sin perjuicio de las penas correspondientes a las demás infracciones practicadas.

1º En las mismas penas incurre quien impide o, de cualquier forma, dificulta la investigación de infracción penal que envuelva organización criminal.

Disponibile en: <https://jota.info/justica/o-que-configura-obstrucao-de-justica-16062016>. Acceso: 10/03/17.

partido político para la defensa de intereses difusos y no restricto a los afiliados de los partidos impetradores.

Sin embargo, esto se desmorona por dos motivos. En primer lugar, el llamado activismo judicial es visto bajo una óptica limitada. Los jueces no se despiertan por la mañana y deciden que ese día van a tratar sobre los límites legales para la realización de abortos de fetos anencefálicos o de forma general hasta el tercer mes de gestación¹⁵, o sobre el permiso para que se inicie el cumplimiento de pena restrictiva de libertad después del fallo condenatorio de segundo grado y antes que la resolución haya adquirido fuerza de cosa juzgada¹⁶, para citar casos recientes y emblemáticos tanto en Brasil como en Argentina. Estamos, antes que nada, delante de un Activismo Ciudadano como explican Jorge Bercholz y Sebastián Sancari (2016, p. 7) en *Justicia y Política: insumos útiles para determinar el rol de Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales en el diseño jurídico e institucional del Estado*. Es la creciente demanda en las cortes por parte de los ciudadanos en Estados de creciente complejidad de derechos garantizados constitucionalmente que promueve la respuesta judicial como reacción esperada de la jurisdicción provocada. El fenómeno no parte de los jueces. La presión es ciudadana y tiene origen en nuestras elecciones constitucionales y en las omisiones a acciones ejecutivas y legislativas.

Segundo, una consulta con debida atención a los expedientes de los Mandados de Seguridad 34.070 y 34.071/DF aleja la tesis de innovación jurídica acerca del cabimiento del remedio constitucional del mandado de seguridad por partido político para la tutela de derechos difusos a pesar del silencio aparentemente elocuente del legislador en la redacción del artículo 21 Ley 12.096/09¹⁷, que regula la aplicación del Mandado de Seguridad en Brasil. Silencio limitador y que una interpretación literal genera entresacas que reputamos inconstitucionales a la protección de derechos fundamentales. Si no, veamos algunos argumentos presentes en el voto del Ministro Relator Gilmar Mendes (*subrayado del autor*)¹⁸:

Leonardo José Carneiro también apunta en el sentido del cabimiento de la impetración para la tutela de intereses difusos:

¹⁵ Hacemos referencia al lector a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) del 13 de marzo de 2012. Disponible en: <http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/jurisprudencia/Argentina/ANP-CSJ.pdf>. Acceso: 10/01/2017.

¹⁶ Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>. Acceso: 06/11/16.

¹⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112016.htm. Acceso: 12/03/17.

¹⁸ Acceso al documento en: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> bajo el número 10545232. Acceso: 11/03/16.

“Contrariamente a lo que sugiere el texto legal y no obstante la opinión de tales importantes doctrinadores, no debe haber limitaciones o restricciones al uso de acciones colectivas. Habiendo un derecho transindividual que merezca ser protegido, tutelado, prevenido, reparado, será admisible la acción colectiva, en ello incluido el mandato de seguridad.

Como manifestación de esta garantía de acceso a la justicia, es necesario admitir todas las especies de demandas capaces de propiciar la adecuada y efectiva tutela de los derechos transindividuales. Y es consecuencia del acceso a la justicia la efectividad de la tutela preventiva y represiva de cualquier daño provocado a derechos transindividuales mediante el uso de todos los medios adecuados. En razón del acceso a la justicia, no debe haber limitaciones o restricciones al uso de acciones colectivas. Siempre que un derecho transindividual sea amenazado o damnificado será admisible la acción colectiva. La garantía de acceso a la justicia marca el proceso colectivo, valiendo decir que el mandato de seguridad colectivo se configura admisible para la defensa de cualquier derecho colectivo, sea éste difuso, colectivo o individual homogéneo.

Se impone, en fin, conferirle al párrafo único del art. 21 de la Ley n° 12.016/2009 una interpretación conforme a la Constitución para entender que el mandato de seguridad colectivo también se destina a la protección de los derechos difusos. El art. 5°, LXX, de la Constitución Federal no hace ninguna limitación, debiendo extraerse de la norma su máxima efectividad, de manera de admitir que el mandato de seguridad colectivo no sirva no solamente a la protección de los derechos colectivos e individuales homogéneos, sino igualmente a los difusos.” (DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A fazenda pública em juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010. pp. 469 - 470). (Traducción propia)

Sigue el Ministro, trayendo al debate la opinión cultivada del miembro más reciente de la Corte Constitucional, Alexandre de Moraes, bastante enfático en la misma línea:

“Los partidos políticos, desde que son representados en el Congreso Nacional, tienen amplia legitimación, pudiendo proteger cualquier interés colectivo o difuso relacionado a la sociedad.

[...] Nótese, sin embargo, que no fue ese el entendimiento del legislador, al establecer en el art. 21 de la Ley n° 12.016/09, que el mandato de seguridad colectivo podrá ser impetrado por partido político con representación en el Congreso Nacional, en defensa de sus intereses legítimos relativos a (1) sus integrantes o (2) a la finalidad partidaria.

No nos parece la mejor solución, la refutamos, incluso, inconstitucional. Pues, si todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes elegidos o directamente, tenemos la Constitución (CF, art. 1°, párrafo único), siendo indispensable para el ejercicio de la capacidad electoral pasiva (elegibilidad) el alistamiento electoral (CF, art. 14, 3°, III), la razón de la existencia de los partidos políticos es la propia subsistencia del Estado Democrático de Derecho y de la preservación de los derechos y garantías fundamentales (CF, art. 1°, V – consagra el pluralismo político como uno de los fundamentos de la República Federativa de Brasil). En esta línea de raciocinio, el legislador constituyente pretende fortalecerlos concediéndoles legitimación para el mandato de seguridad colectivo, para la defensa de la propia sociedad contra actos ilegales o abusivos por parte de la autoridad pública. Cercenar esa legitimación solamente para sus propios intereses o los de sus afiliados es retirar de los partidos políticos la característica de esencialidad en un Estado Democrático de Derecho y transformarlo en mera asociación privada, lo que, ciertamente, no fue la intención del legislador constituyente”. (MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015. pp. 177). (Traducción propia)

Finalmente, concluye el Ministro Gilmar Mendes, “los partidos políticos tienen finalidades institucionales muy diferentes de las asociaciones y sindicatos. Representan intereses de la sociedad, no apenas de sus miembros. Representan incluso a aquellos que no les destinan el voto.”¹⁹ (*Traducción y subrayado propios*)

Estamos en total acuerdo con el Ministro Relator, así como con las lecciones de los doctrinadores que fueron traídas a colación. Se trata a nuestro parecer de garantía constitucional que el legislador ordinario no podría restringir sin toparse con los límites impuestos por las garantías expuestas en la Carta Constitucional de 1988.

Lo que puede observarse tanto en Argentina como en Brasil es que al forjar sus batallas políticas, los agentes del poder –en todos los poderes, y el judicial no es la excepción- secuestran el debate constitucional y lo colocan al servicio de la legitimación de los arreglos institucionales que le garantizan el poder político. No podría existir perversión mayor del sentido de la palabra constitucionalismo.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Este pataleo público y mediático llevado al extremo por administradores puede parecer nuevo con Trump, pero es bastante conocido en el contexto suramericano. “Un presidente es ante todo un hablador” (Diego Bercholc y Jorge Bercholc, 2016, p. 15). Gobiernan a través de discursos y crean sus realidades de manera discursiva. No tienen el poder que se imagina y se fantasea. El verdadero poder está en manos de una inmensa red de tecnócratas desparramados por los confines de la administración país adentro, nunca electos y normalmente de carácter más técnico, que llegaron a sus puestos por concurso público la mayoría de las veces.

La posverdad definida por Beatriz Sarlo (2017) funciona de manera extraordinaria en los medios sociales y en la vida en red en tiempo real. Presidentes digitales como Trump, Cristina, Macri, Lula, Dilma, Maduro – con su programa de TV - crean sus verdades instantáneas y se enfadan cuando son cuestionados. No es en vano que todos ellos le declararon la guerra a los medios de comunicación independientes en sus propios países sin excepción. Cualquier ente de control, estatal o no, es visto con animosidad.

El problema se hace aún mayor cuando la resistencia al enfrentamiento con la verdad se vuelve visceral cuando decretos y actos ejecutivos administrativos *lato sensu* son anulados en secuencia por estar plagados por todas las formas de vicios y

¹⁹ *Ibíd*em, p.6.

fulminados por sus propias nulidades en su origen. Así es con los decretos anti inmigración de Trump, así fue con la toma de posesión de Lula como ministro.

Cómo olvidar la guerra mediática abierta por Lula, cuando aún era presidente, para someter el Tribunal de Cuentas de la Nación a su a su estado de emergencia permanente²⁰. El ex presidente llegaba al punto de afirmar que la Corte de Cuentas era un entrabe al desarrollo del país y que tenía urgencia en sus pasos²¹, ese contexto del Estado de Emergencia permanente descrito por Bercholz (2008) que todo lo justifica. Y nos parece que Lula tenía sus razones. Fueron justamente los informes técnicos de la misma Corte de Cuentas que terminarían por retirar su sucesora política del poder por la contabilidad corrosiva que comandaba infringiendo la ley y sin la aprobación del Parlamento.

Caudillos modernos, nada más. Quedó claro por qué no querían ser investigados. Odebrecht hoy en día es un nombre común en los expedientes de los procesos que envuelven ex presidentes, sus ministros y apadrinados políticos tanto en Argentina como en Brasil. Lázaro Báez parece que solo no cruzó la frontera para Brasil probablemente porque no le dieron tiempo²².

Independientemente de sus reacciones en los medios de comunicación, lo que salta a la vista es la importancia del papel del control de los actos del poder, y en particular del acto administrativo *lato sensu*, como pilar de sustentación de nuestros Estados Democráticos o Constitucionales de Derecho. En Brasil, no es un hecho fortuito que los líderes de varios períodos no democráticos subyugaron la Corte de Cuentas e intentaron hacer lo mismo con el judicial de una forma u otra. Como didácticamente nos apunta Silvana Maria da Silva Telles (2014), la constitución de 1891, en su art. 89 establece que es instituido un Tribunal de Cuentas para liquidar las cuentas de los ingresos y gastos y verificar su legitimidad, antes de ser prestadas al Congreso.

Rui Barbosa (1913) decía con razón que “No es el Tribunal de Cuentas creación de orden legislativa; es una institución constitucional de la misma importancia que los otros órganos por los cuales nuestra Constitución buscó asegurar el ejercicio efectivo de las garantías de moralidad y justicia del sistema republicano.”
(Traducción propia)

²⁰ En 2008, 153 obras fueron analizadas por el TCU y 48 fueron incluidas en la lista de obras con problemas graves y tuvieron su paralización recomendada. Disponible en: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2009/09/630822-tcu-manda-parar-41-obras-dilma-diz-que-e-preciso-ter-cautela-com-suspensao.shtml>. Acceso: 13/03/17.

²¹ <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/lula-endurece-o-discurso-por-mudancas-no-tcu-byglcueqx11wp7e8vzqn462q6>. Acceso: 12/03/17.

²² Se trata de una figura pública que hoy frecuenta las páginas policiales de los principales diarios argentinos. Antes un empresario inventado por el deseo de los anteriores gobernantes y convertido en el “rey de la obra pública”, ahora se encuentra preso envuelto en acusaciones similares a las del escándalo Odebrecht en Brasil.

De manera que no nos sorprende, continua Telles, la Constitución Brasileña de 1937, en medio de un régimen dictatorial, transforma la Corte de Cuentas en un órgano de asesoramiento del presidente de la República, limitando su rol al de institución fiscalizadora presupuestaria y financiera. La Carta de 1946, pos régimen de excepción del Estado Nuevo, le restablece competencia para acompañar y fiscalizar directamente, o por delegaciones creadas en ley, la ejecución del presupuesto, juzgar las cuentas de los responsables por el dinero y otros bienes públicos.

La Constitución de 1967, un mal presagio de lo que vendría más adelante en los Años de Plomo en Brasil, en los artículos 71 a 77, redujo la autonomía del Tribunal de Cuentas, dividiendo el control externo por el Congreso Nacional y control interno del propio Ejecutivo, que pasó al presidente de la República de fiscalizado a fiscalizador, siendo fiscal de sí mismo. El Tribunal servía solo como simple instrumento de auditoría, sin ningún tipo de autoridad de decisión, concluye la investigadora de la Casa Rui Barbosa.

Las amplias competencias fiscalizadoras dadas a la Corte de Cuentas por la Constitución Brasileña de 1998²³ y la posibilidad del control judicial no solo de la legalidad del acto administrativo, sino de su adecuación a los principios constitucionales que orientan la Administración Pública y su moralidad y finalidad, evidentemente molestan a los administradores poco habituados al legítimo proceso democrático austero²⁴.

Creemos que no se puede esperar que la enfermedad de la corrupción, desvíos y abusos de poder entre en metástasis como fue el caso de Brasil y aparenta ser el de la Argentina, donde incluso los gobiernos de la izquierda clásica parecen haber sido consumidos por desvíos corrosivos al sistema político y a las instituciones democráticas al punto de generar una crisis de legitimidad e institucional profunda.

En el ámbito del control democrático de los principios constitucionales como normas de aplicación obligatoria, no debe haber límites estrictos para la intervención de un órgano sobre otro. El límite debe ser la proporción exacta de lo que afronta su exceso.

Deróganse las disposiciones contrarias.

²³ Artículos 33, §2º, 70, 71, 72, §1º, 74, §2º y 161, párrafo único, de la Constitución Federal de 1988. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acceso: 14/03/17.

²⁴ Art. 37. La administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Nación, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia [...]. (Redacción dada por la Emenda Constitucional nº 19, de 1998). (Traducción propia)

6. BIBLIOGRAFIA

- Arguelli, Diego Wernek; Cerdeira, Pablo de Camargo; Falcão, Joaquim (Coord.). (2012). *Novas Ideias em Direito: resultado de pesquisas. I elatório Supremo em Números: o Múltiplo Supremo*. FGV. Disponible en <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>. Acceso en 20/12/2017.
- Barbosa, Rui (1913). *Obras Completas de Rui Barbosa* (OCRB), vol. 40, tomo 5.
- Bercholz, Diego; Bercholz, Jorge O, (2016). *Los discursos presidenciales en la Argentina democrática: 1883-2011*. Buenos Aires: Lajouane.
- Bercholz Jorge O., Editor-Director, (2008). *El Estado y la emergencia permanente*. Buenos Aires: Editorial Lajouane.
- Bercholz, Jorge O; sancari, Sebastián. (2016) *Justicia y Política: insumos útiles para determinar el rol de Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales en el diseño jurídico e institucional del Estado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Aldina Editorial Digital.
- Brasil. *Constituição Federal de 1988*. Acceso: 14/03/17. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
- Brasil. *Lei Complementar 101 de 04 de maio de 2000. Lei de Responsabilidade Fiscal*. Acceso: 09/03/17. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp101.htm.
- Brasil. *Lei 12.016 de 07 de agosto de 2009*. Acceso: 12/03/17. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/12016.htm.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN), Argentina. 13 de marzo de 2012. Acceso: 10/01/2017. Disponible en: <http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/jurisprudencia/Argentina/ANP-CSJ.pdf>.
- Englemann, Fabiano; penna, Luciana Rodriguez. (2016 mayo-agosto). *Constitucionalismo e Batalhas Políticas na Argentina. Estudos Históricos*: vl. 29, n. 58, p. 505-524.
- Gargarella, Roberto. (2016). *Castigar Al Próximo: por una refundación democrática del derecho penal*. 1 ed. Buenos Aires: Silgo Veintinuno Editores.
- Cardoso, Plauto. (2017) *Precedentes Judiciais: o papel da hermenêutica e dos elementos não textuais da norma para a unidade do direito e a segurança jurídica*. In Izolani, Franciele Lung; Oliveira, Jaqueline Sampaio (Coord.) *Latinoamerica Y Derecho en Exposición*. Vol. VI (pp. 233-256). Olinda, Editora Livro Rápido.
- (2017) *Estado de Coisas Inconstitucional e Violação a Direito Fundamental no Contexto do Sistema Carcerário Brasileiro*. In: Izolani, Franciele Lung; Oliveira, Jaqueline Sampaio (Coord.) *Latinoamérica Y Derecho en Exposición*. Vol. VII. Olinda: Editora Livro Rápido. (En prensa)
- Hutchinson, Tomás. (2010). *El sistema argentino de control judicial de la Administración*. In *Anales*, N°40.
- Llosa, Mário Vargas. (2013). *La civilización del espectáculo*. 1ª ed. Buenos Aries: Alfaguara.
- Mannori, Luca. (1997). In romanelli, R. (Ed.). *Magistrati e potere nella storia europea*, Bologna, pp. 39-65.
- Sarlo, Beatriz. (2014). *Escenas de la Vida Posmoderna: intelectuales, arte y videocultura en la Argentina*. Buenos Aries: Siglo Veintiuno.
- Buenos Aries, 26/02/17. [Entrevista concedida al periodista Alejandro Czerwacki del diario Clarín]. Disponible en: http://www.clarin.com/opinion/disgusta-uso-familia-feliz-herramienta-propagandistica_0_ryHPH8Rug.html. Acceso: 10/03/17.
- Supremo Tribunal Federal, Brasil I. *Medida cautelar em mandado de segurança 34.070 distrito federal*. Acceso: 11/03/16. Disponible en Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> bajo el número 10545232.

Supremo Tribunal Federal, Brasil. *STF admite execução da pena após condenação em segunda instância*. Acesso: 06/11/16. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=32675>.
Telles, Silvana Maria da Silva. (2014) “Tribunal de Contas: evolução e importância para o Estado democrático”. Disponível em:
<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI8846,41046Tribunal+de+Contas+evolucao+e+importancia+para+o+Estado+democratico>. Acesso: 11/03/17.