



La Corte Constitucional brasileña y el control del acto administrativo como fundamento de justicia social y pilar democrático

PLAUTO CARDOSO



- Profesor invitado del posgrado de Derecho Constitucional y Metodología de la Investigación - Fundación Getúlio Vargas - Red conveniada nacional;
- Profesor del posgrado de la Universidade de Bolonia en Argentina;
- Profesor invitado visitante de la Facultad de Derecho de la UBA.
- Investigador Parlamentário del Congreso de México (REDIPAL) e Investigador Invitado del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (CISJC) de la Universidad Católica de Bogotá, Colombia.
- Especialista evaluador externo del comité evaluador de proyectos de investigación de la Universidad de Buenos Aires (UBA)
- Director del Instituto de Derecho de Integración de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional – AAJC.

PLAUTO CARDOSO



UNIVERSIDAD
Gastón Dachary



- Abogado y miembro de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Minas Gerais y miembro de la Comisión de Derecho Constitucional del Instituto de los Abogados Brasileños (IAB), entre otros.
- 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.
- 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.

LA OBSECIÓN MONTESQUIANA

➤ La Obsesión Montesquiana

- 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?
- El sistema de frenos y contrapesos no es un fin en si mismo!
- ¿Por qué nuestros nobles administradores y legisladores sacan esta carta de la manga solamente para esconderse por detrás de argumentos que escamotean omisiones reiteradas?

LA OBSECIÓN MONTESQUIANA



UNIVERSIDAD
Gastón Dachary



ASOCIACIÓN
ARGENTINA
DE JUSTICIA
CONSTITUCIONAL



ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITATIS STUDII AUGUSTINI

- 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 enfermedad
- el control del poder, y en su esencia del acto administrativo, es esencial 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 camaradas 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.

ATAQUE A LAS CORTES DE CUENTAS



UNIVERSIDAD
Gastón Dachary



ASOCIACIÓN
ARGENTINA
DE JUSTICIA
CONSTITUCIONAL



- Cómo olvidar la guerra mediática abierta por Lula, cuando aún era presidente, para someter el Tribunal de Cuentas de la Nación a su Tribunal de Contas da União a su estado de emergencia permanente.
- Lula llegaba al punto de afirmar que la Corte de Cuentas era un entrabe al desarrollo del país y que tenía urgencia en sus pasos, ese contexto del Estado de Emergencia permanente descrito por Bercholc 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 criminosa y corrosiva que comandaba infringiendo la ley y sin la aprobación del Parlamento.

ATAQUE A LAS CORTES DE CUENTAS



UNIVERSIDAD
Gastón Dachary



ASOCIACIÓN
ARGENTINA
DE JUSTICIA
CONSTITUCIONAL



ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITATIS THRONICAE

- 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.
- 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.
- 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.

ATAQUE A LAS CORTES DE CUENTAS



UNIVERSIDAD
Gastón Dachary



ASOCIACIÓN
ARGENTINA
DE JUSTICIA
CONSTITUCIONAL



ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITATIS THAURINENSIS

- 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 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.

ATAQUE A LAS CORTES DE CUENTAS

- Las amplias competencias fiscalizadoras dadas a la Corte de Cuentas por la Constitución Brasileña de 1998 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 austero
- Art. 37, CF/88. 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 n° 19, de 1998). (Traducción propia)

MORALIDAD Y FINALIDAD

- 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 su cría política, la ex presidente Dilma
- ¿Y de qué condenas escapan los políticos brasileños que luchan para ser juzgados por la Corte Constitucional? Crímenes contra el medio ambiente, casos relativos a la ley de licitaciones, crímenes de responsabilidad, asociación ilícita, peculado, corrupción pasiva y activa.
- Es decir, estamos hablando de actos que atentan contra la propia existencia del Estado, que convulsionan sociedades y perpetúan males e injusticias profundas. Personas mueren diariamente en nuestros países como consecuencia de estos actos corrosivos. Personas son sometidas a condiciones de vida nefastas, alejados de casi todas las dimensiones de derechos fundamentales por estos actos.

MORALIDAD Y FINALIDAD

- 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 perversamente 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 penal:
 - 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.

MORALIDAD Y FINALIDAD



UNIVERSIDAD
Gastón Dachary



ASOCIACIÓN
ARGENTINA
DE JUSTICIA
CONSTITUCIONAL



ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITATIS STUDII BOLONIENSIS

- 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 procesuales 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)*

ACTIVISMO JUDICIAL O ACTIVISMO CIUDADANO



UNIVERSIDAD
Gastón Dachary



- Poca, si es que alguna, duda había en relación a los intereses nada republicanos que motivaron 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.

ACTIVISMO JUDICIAL O ACTIVISMO CIUDADANO



UNIVERSIDAD
Gastón Dachary



- **Activismo judicial x Activismo ciudadano**
- 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 gestación, 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 juzgada.
- Estamos, antes que nada, delante de un Activismo Ciudadano como explican Jorge Bercholc y Sebastián Sancari en “Justicia y Política: insumos útiles para determinar el rol de Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales en el diseño jurídico e institucional del Estado” .

ACTIVISMO JUDICIAL O ACTIVISMO CIUDADANO



UNIVERSIDAD
Gastón Dachary



- **Activismo judicial x Activismo ciudadano**
- 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.

ACTIVISMO JUDICIAL O ACTIVISMO CIUDADANO



UNIVERSIDAD
Gastón Dachary



- Una consulta con debida atención a los expedientes de los Mandatos de Seguridad 34.070 y 34.071/DF aleja la tesis de innovación jurídica acerca del cabimiento del remedio constitucional del mandato 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 de la Ley 12.096/09, que regula la aplicación del Mandato de Seguridad en Brasil.
- [...] 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.

ACTIVISMO JUDICIAL O ACTIVISMO CIUDADANO



UNIVERSIDAD
Gastón Dachary



-
- **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. 1º, párrafo único), siendo indispensable para el ejercicio de la capacidad electoral pasiva (elegibilidad) el alistamiento electoral (CF, art. 14, 3º, 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. 1º, 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)

ACTIVISMO JUDICIAL O ACTIVISMO CIUDADANO



UNIVERSIDAD
Gastón Dachary



- 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.” (*Traducción y subrayado propios*)
- 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.

EL LÍMITE PARA EL CONTROL DEL ACTO ADMINISTRATIVO

- 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.
- 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.