

*El enfrentamiento de la corrupción debe realizarse dentro de los límites del Estado de Derecho<sup>1</sup>.*

Por **Rafael Valim y Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono<sup>2</sup>**

***Sumario: 1.Introducción 2. Estado de Derecho: una breve aproximación teórica. 3. Corrupción: fenómeno, disimulación y enfrentamiento 4. El caso brasilero: selectividad persecutoria y vulneración de los derechos fundamentales 5. Conclusión***

## 1.Introducción

Este es un texto de intervención. Es este un momento complejo para la historia brasilera, y latinoamericana en parte, en que parece el autoritarismo, la intolerancia, el odio, el egoísmo y la insensatez resurgir nuevamente. Ello impone al jurista, inevitablemente, el compromiso, abierto y declarado, en la resistencia democrática.

En este contexto, la defensa de los derechos fundamentales del ex Presidente Lula da Silva no traduce un interés individual o partidario, sino, que representa una de las principales banderas a favor del Estado Democrático de Derecho en Brasil. La temeraria persecución de que es víctima Lula, confirma, de manera irrefutable, la transcendencia de su defensa para la preservación del orden democrático brasilero.

Nunca es sobreabundante reforzar una y otra vez que los derechos fundamentales constituyen un patrimonio común de la sociedad, no pudiendo estar jamás al servicio de las ideologías dominantes. La presunción de inocencia, la inviolabilidad de la intimidad y de la vida privada, el secreto de las comunicaciones, entre otros derechos fundamentales, no pertenecen a la izquierda o a la derecha. Son ellos conquistas sociales innegociables y de titularidad de cada una de las personas.

## 2. Estado de Derecho: una breve aproximación teórica

Antes de ingresar en el tema de la corrupción, brevemente algunas notas sobre el concepto de Estado de Derecho.

La categoría histórico jurídica del Estado de Derecho constituye la consagración de un proyecto ideológico que tuvo como objetivo asegurar la libertad y, sobretudo la

---

<sup>1</sup> Este artículo de nuestra autoría integra la obra “El caso Lula: la lucha por la afirmación de los derechos fundamentales en Brasil: San Pablo: Editora Contracorrente, 2017”, coordinada por Cristiano Zanin Martins, Valeska Teixeira Zanin Martins y Rafael Valim.

<sup>2</sup> Profesores y Especialistas en Derecho Administrativo

seguridad de los individuos, mediante la demarcación de los límites entre el poder y la prepotencia, la discrecionalidad y la arbitrariedad. [1]

El Estado se torna mero instrumento de los individuos, cuyas decisiones han de ser la consecuencia del sometimiento al orden constitucional. Hay, por lo tanto, una limitación jurídica del Estado y de los titulares del poder a favor de la garantía de los derechos fundamentales de los individuos. En la lección de Jorge Reis Novais, “Estado de Derecho será, entonces, el Estado vinculado y limitado jurídicamente en orden a la protección, garantía y realización efectiva de los derechos fundamentales, que surgen como indisponibles frente a los detentores del poder y del propio Estado”. [2]

Los derechos fundamentales son límites al “poder”. Nacieron con la clara finalidad de impedir que una mayoría coyuntural pueda, con base en una “legitimidad de origen”, violar los derechos humanos. Son, en síntesis, indisponibles, transformándose en un límite al propio sistema democrático. En rigor, representan más que un límite, ya que son el propio fundamento del sistema democrático y constitucional. La protección transnacional refuerza esta perspectiva al presentarse como instancia internacional de protección de los derechos fundamentales, dada la real posibilidad de que los Estados incumplan los compromisos internacionales asumidos en los tratados regionales y universales de derechos humanos.

Por eso se afirma que los derechos fundamentales son un límite a la propia discrecionalidad y a los poderes de todo tipo y naturaleza, sean ellos económicos, políticos, sociales o mediáticos, entre otros.

Cabe recordar que el Pacto de San José de Costa Rica expresamente impone deberes a los Estados y también a todas las personas, con vistas a la concreción de los mandamientos convencionales y éticos de los derechos humanos.

Dentro de esta perspectiva pesa sobre todos y cada uno de los departamentos estatales indistintamente el deber de observar los fines y, sobretudo, los medios previstos en el orden jurídico para concretarlos. Desde la sistemática constitucional y estatal los fines jamás podrían justificar los medios.

### 3. Corrupción: fenómeno, disimulación y enfrentamiento

Es de toda obviedad afirmar que la corrupción ocupa el centro de las reflexiones políticas desde la Antigüedad. [3]

A pesar del especial interés que el tema siempre ha despertado, sigue siendo a veces mal comprendido. Es utilizado de manera estratégica por medio de falsas lecturas de la realidad con vistas a la consecución de determinados fines contrarios a aquello que se pregona.

Ilustran este uso estratégico las afirmaciones, lamentablemente frecuentes, de que la corrupción sería mayor en Estados intervencionistas que en Estados reguladores, que ella sería un fenómeno propio de los Estados subdesarrollados o incluso que la iniciativa privada sería un reino virtuoso de la no corrupción.

Todos estos ejemplos [4] sirven frecuentemente al propósito de legitimar, bajo una apariencia de neutralidad, el proyecto neoliberal de desmonte del Estado Social de Derecho en pro de la cruel dominación de una elite financiera internacional que se muestra muchas veces corrupta.

El “uso estratégico de la corrupción” también se puede observar en el tratamiento del llamado “combate a la corrupción”. Por más que pueda parecer absurdo o incluso contradictorio, esta expresión está revelando a veces una amenaza a los derechos fundamentales, convirtiéndose en un verdadero Caballo de Troya del estado de Derecho moderno.

Es de todo obvio que la corrupción destruye la confianza que torna posible el sistema representativo y socava las bases del Estado Democrático de Derecho, en la medida en que quita medios financieros indispensables a la realización de los derechos fundamentales. [5]

Sin embargo, la gravedad del acto de corrupción – a la similitud de otros comportamientos odiosos, que merecen el más vehemente repudio de la sociedad – no puede jamás justificar el desprecio al Derecho, la ruptura de sus reglas básicas de los derechos fundamentales.

Estado y por ende sus agentes públicos son responsables de la persecución de los actos de corrupción sin transgredir las normas jurídicas. No hay alternativa válida a la legalidad democrática. Trátase de una disyuntiva imposible. En otras palabras, sólo puede haber enfrentamiento de la corrupción dentro de los límites del Estado de Derecho.

#### 4. El caso brasilero: selectividad persecutoria y vulneración de los derechos fundamentales

En el actual momento brasilero, bajo los aplausos interesados de algunos medios de comunicación y el éxtasis moralista de parte clase media, se asiste, a título de “combatir la corrupción”, a un combate a la Constitución Federal y a los derechos fundamentales.

Hay dos movimientos simultáneos, ambos presididos desde el Estado: una evidente selectividad persecutoria y una amenaza muy clara contra los derechos fundamentales.

La selectividad en el enfrentamiento de la corrupción es una forma suprema de corrupción. No solo subvierte y enmascara el proceso político – separa, engañosamente, los “buenos” de los “malos” -, sino que también contribuye a la sensación de desencanto de los individuos con el régimen democrático.

En materia de vulneración de derechos fundamentales, comparece, de un lado, el Poder Judicial como fuente de excepción [6] y, por otro, un explícito movimiento de ataque a las clausulas pétreas de la Constitución Federal capitaneado por el Ministerio Público Federal.

El revisionismo parcial del Poder Judicial es la prueba irrefutable del colapso del Estado de Derecho brasileiro y la instalación, entre nosotros, de un insolente Estado de Excepción.

Con el vaciamiento de la Constitución Federal, se asalta, sin armas, la soberanía popular. En rigor, algunos miembros del Poder Judicial se transformaron en la encarnación del soberano schmittiano (“est souverain celui qui décide de l’état d’exception”). [7]

Es sabido que el aludido Estado de Excepción no es un “delirio” de los “críticos de la Operación Lava Jato”, ya que fue proclamado por el Juez Federal Rômulo Pizzollatti, al decidir por el archivo de la presentación contra el Juez Federal Sérgio Moro. [8] He aquí los términos de la histórica decisión[9]:

“Así, es sabido que los procesos e investigaciones criminales con relación a la llamada “Operación Lava Jato”, bajo la dirección del magistrado representado, constituyen un caso inédito (único, excepcional) en el derecho brasileiro. En tales condiciones, en ellos habrá situaciones inéditas, que escaparan al reglamento genérico, destinado a los casos comunes. De este modo, habiendo levantado el secreto de las comunicaciones telefónicas de los investigados en la referida operación, ello ha servido para preservar de los sucesivos y notorios intentos de obstrucción, por parte de aquellos, de forma tal de garantizarse la futura aplicación de la ley penal, siendo correcto entender que el secreto de las comunicaciones telefónicas (Constitución, art. 5º, XII) puede, en casos excepcionales, ser suplantado por el interés general en la administración de la justicia y en la aplicación de la ley penal. La amenaza permanente a la continuidad de las investigaciones de la Operación Lava Jato, incluso mediante sugerencias de alteraciones en la legislación, constituye, sin duda, una situación inédita merecedora de un tratamiento excepcional.

He aquí el alcance central de esta decisión: dependiendo de las circunstancias, un juez puede simplemente rechazar la aplicación de la Constitución Federal. La vigencia de las garantías como la del juez natural, presunción de inocencia, amplia defensa y privacidad de las comunicaciones pasan a estar “a disposición de los gustos” de algunos integrantes de la función jurisdiccional.

En este punto debemos ser claros: en el sistema moderno del Estado Constitucional y Convencional de Derecho, los jueces son los garantes fundamentales y últimos de, por lo menos, dos garantías esenciales: el debido proceso legal y el principio de la presunción de inocencia. Está terminantemente prohibido no respetarlas. Si el juez las vulnera, pierde independencia e imparcialidad, condiciones imprescindibles para el ejercicio de la función jurisdiccional. Las “alegaciones” de “luchas morales” con la finalidad de justificar la debilidad de las mencionadas garantías fundamentales resultan, invariablemente, en el fracaso del Estado de Derecho.

Como si no fuera ello suficiente, el Ministerio Público Federal instaló, bajo el rotulo “10 Medidas Contra la Corrupción”, una insólita cruzada contra las cláusulas pétreas de la Constitución Federal. El Ministerio Público, al cual la Constitución Federal confirió la elevada misión de “defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles”, promueve una intensa campaña política y mediática contra el núcleo inmodificable de la Constitución.

Es bueno recordar que es justamente contra mayorías ocasionales o delirios mesiánicos que el constitucionalismo ha avanzado hacia la consagración de materias que son indisponibles en el campo de las fuerzas mayoritarias y minoritarias democráticas. La Constitución Federal, en su art. 60, § 4º, es enfática: “no será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir la forma federativa de Estado; el voto directo, secreto, universal y periódico; la separación de los Poderes; y los derechos y garantías individuales”. Es decir: la Constitución prohíbe la propia deliberación sobre propuestas destinadas a abolir las cláusulas pétreas, de allí la crítica a las “10 Medidas Contra la Corrupción”.

A penas a título ejemplificativo: el Ministerio Público Federal propone la limitación al uso del habeas corpus, la relativización del principio de la prohibición de la prueba ilícita, el debilitamiento del principio de la presunción de inocencia y la creación de tipos penales que, en la práctica, invierten la carga probatoria.

## 5. Conclusión

Al cabo de estas reflexiones, se concluye que, a diferencia de aquello que debería ser el enfrentamiento real de la corrupción en Brasil, estamos caminando hacia el Estado de excepción.

En vez de lograr una lucha estructural contra la corrupción, con la eliminación de las “raíces legales” [10] de este fenómeno y la profundización de los instrumentos de transparencia administrativa en todos los Poderes – percibida en el Poder Judicial [11] –, se prefiere la afectación de los derechos fundamentales cuyo resultado será, como siempre, la exponencial ampliación de las arbitrariedades cometidas contra las minorías y los vulnerables.

Nuestra Latinoamérica ya ha pagado con sangre la ruptura del Estado de Derecho. Pero fue exactamente por medio de la garantía del debido proceso legal que gran parte de la misma ha demostrado al mundo la posibilidad de realizar la justicia y la verdad en los juicios de lesa humanidad desde la fuerza estructural del debido proceso y la presunción de inocencia, de entre otras garantías.

Exceptuar las reglas generales del debido proceso legal en una persecución criminal por considerar el caso “grave”, “especial”, “complejo” o cualquier otro calificativo, es manifiestamente inconstitucional y violatorio de los tratados de derechos humanos. Al no respetarse el debido proceso legal fracasamos todos como sociedad. No es, reiteramos, un tema que solo interesa a la persona cuya esfera jurídica es seriamente afectada. Se trata de la pérdida de nuestra propia humanidad.

## Referencias Bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 33a ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

CARBONELL, Miguel; VÁSQUEZ, Rodolfo (Coord.). Poder, derecho y corrupción. Cidade do México: Siglo Veintiuno, 2003.

COLANTUONO, Pablo Ángel Gutiérrez. Administración Pública, juridicidad y derechos humanos. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

MAIRAL, Héctor A. Las raíces legales de la corrupción: o de como el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla. Buenos Aires: RAP, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado Social e Democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 2006.

ROSANVALLON, Pierre. Le bon gouvernement. Paris: Seuil, 2015. SCHMITT, Carl. Théologie politique. Paris: Gallimard, 1988.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016.

VALIM, Rafael. “O voluntarismo à brasileira e a corrosão da República”, 2016. Disponible en:<<http://www.cartacapital.com.br/politica/o-voluntarismo-a-brasileira-e-a-corrosao-da-republica>>. Acceso en 24 de oct. 2016.

SOUZA, Jessé. A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: LeYa, 2015.

VALDÉS, Ernesto Garzón. “Acerca del concepto de corrupción”. In: CARBONELL, Miguel; VÁSQUEZ, Rodolfo (Coord.). Poder, derecho y corrupción. Cidade do México: Siglo Veintiuno, 2003.

VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2010.

“Panorama do controle da Administração Pública”. In: DALLARI, Adilson Abreu; VALDER DO NASCIMENTO; SILVA MARTINS, Ives Gandra (Coord.). Tratado de Direito Administrativo. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 2013.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. “O voluntarismo à brasileira e a corrosão da República”, 2016. Disponible en:< <http://www.cartacapital.com.br/politica/o-voluntarismo-a-brasileira-e-a-corrosao-da-republica>>. Acceso en 24 de oct. 2016.

[1] VALIM, Rafael. O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 31.

[2] NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado Social e Democrático de Direito. Coimbra: Almedina, 2006, p. 26.

[3] ROSANVALLON, Pierre. Le bon gouvernement. Paris: Seuil, 2015, p. 353.

[4] MAIRAL, Héctor A. Las raíces legales de la corrupción: o de como el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla. Buenos Aires: RAP, 2007, pp. 16-18; VALDÉS, Ernesto Garzón. Acerca del concepto de corrupción. In: CARBONELL, Miguel; VÁSQUEZ, Rodolfo (Coord.). Poder, derecho y corrupción. Cidade do México: Siglo Veintiuno, 2003, pp. 19/20; SOUZA, Jessé. A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: LeYa, 2015, p. 91.

[5] Sobre este aspecto, recomendamos la lectura del documento intitulado “The human rights case against corruption”, de autoría del Escritorio del Alto Comisario de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos – EACDH.

[6] SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016.

[7] SCHMITT, Carl. Théologie politique. Paris: Gallimard, 1988, p. 15.

[8] A este respecto, no se puede dejar de destacar la actitud adoptada por el Juez Federal Rogério Favreto, quién fue el único miembro de la Corte Especial del Tribunal Regional Federal de la 4ª Región en votar a favor de la apertura del proceso disciplinar contra el Juez Federal Sergio Moro.

[9] P.A. N. 0003021-32.2016.4.04.8000/RS – Corte Especial

[10] La expresión es del Profesor argentino Héctor Mairal (Las raíces legales de la corrupción: o de como el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla. Buenos Aires: RAP, 2007).

[11] Reciente informe del Artículo 19 sobre los Tribunales de Justicia Estaduales, por ocasión del aniversario de cuatro años de vigencia de la Ley de Acceso a la Información (Ley n.12.527/2011), revela que el Poder Judicial con mayor opacidad de los tres poderes.