

# EL DERECHO ¿REGENERARÁ A LA REPÚBLICA? NOTAS E INDAGACIONES SOBRE LA POLÍTICA Y LA RACIONALIDAD JURÍDICA DE LA ACTUAL OFENSIVA CONSERVADORA EN CURSO EN BRASIL

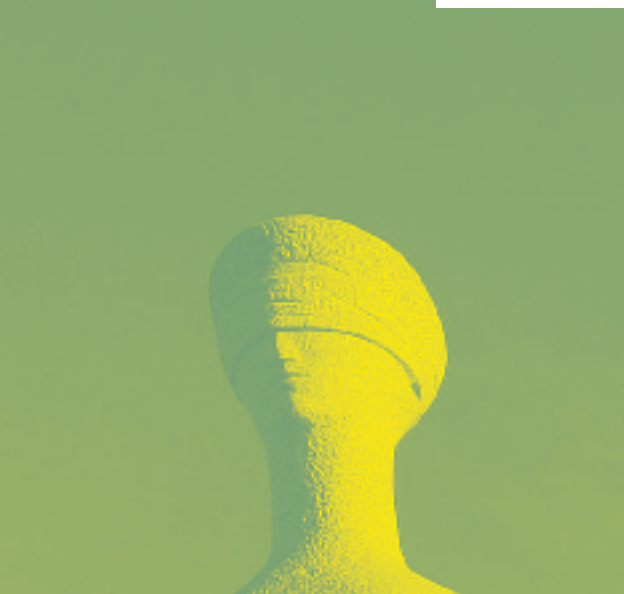
EN EL PAÍS VECINO, LAS FUERZAS DERECHISTAS IMPULSAN EL ACTIVISMO JUDICIAL CONTRA DETERMINADOS REPRESENTANTES ELECTOS EN NOMBRE DEL COMBATE CONTRA LA CORRUPCIÓN. DADO EL CARÁCTER SESGADO DE ESTAS INTERVENCIONES, EL PODER JUDICIAL ADQUIERE ASÍ UN PAPEL RELEVANTE EN LA COMPETICIÓN POLÍTICA, PRIVILEGIANDO DETERMINADOS PROYECTOS POR SOBRE OTROS Y, EN ÚLTIMA INSTANCIA, PROMOViendo LA DESCONFIANZA EN LAS INSTITUCIONES DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

**por ANDREI KOERNER.** *Profesor asociado del Departamento de Ciencia Política del Instituto de Filosofía y Ciencias Humanas de la Universidad de Campinas. Jurista por la Universidad Federal de Santa Catarina, maestro y doctor en Ciencia Política por la Facultad de Filosofía, Letras y Ciencias Humanas. Es investigador del Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, el Centro de Estudios de la Cultura Contemporánea y del Instituto Nacional de Ciencia y Tecnología para Estudios sobre Estados Unidos. Es coordinador del Centro de Estudios Internacionales y Política Contemporánea de la Universidad de Campinas*

**por FLAVIA SCHILLING.** *Profesora asociada del Departamento de Filosofía de la Educación y Ciencias de la Educación de la Facultad de Educación de la Universidad de San Pablo. Maestra en Educación por la Universidad de Campinas y Doctora en Sociología por la Facultad de Filosofía y Ciencias Humanas de la Universidad de San Pablo. Es investigadora del Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico y participa en la coordinación de grupos de investigación sobre Derechos Humanos, Memoria, Política y Democracia del Instituto de Estudios Avanzados de la Universidad de San Pablo*



Traducción de  
Mariana Vázquez



#### Nota

El texto que sigue fue escrito y publicado en agosto de 2015, cuando aún no estaban claras para el público las motivaciones de la activación de las instituciones judiciales y policiales para la moralización de la política y sus impactos sobre la democracia en Brasil. Desde entonces, hubo un impeachment a la presidenta Dilma Rousseff, y la prisión y condena selectiva de líderes de la coalición gubernamental liderada por el Partido de los Trabajadores, por medio de decisiones judiciales contradictorias pero con objetivos precisos. En el mes de abril de 2018, el Supremo Tribunal Federal (STF) negó un habeas corpus al ex presidente Lula, autorizando su prisión, sin pruebas. Esto fue posibilitado por la manipulación de la agenda del tribunal, realizada por una maniobra digitada por su presidenta. El discurso de la moralización de la política por parte del derecho y de los tribunales fue instrumental para destruir una coalición popular. Pero los tribunales están divididos, las reglas fueron manipuladas y los derechos, violados. Criminalizada la política y fragmentado el derecho, la democracia es colocada en jaque. Alejado el principal candidato popular para las elecciones de octubre, se acentúan la polarización ideológica, la violencia política, la intimidación y la manipulación de la población para bloquear la voluntad popular. Al campo popular cabrá reorganizar sus fuerzas para, en el filo de la navaja, luchar por la reconstrucción de la democracia.

## Introducción

La utilización del discurso del derecho para combatir la corrupción y regenerar la república ha sido uno de los rasgos principales de la política brasileña en los últimos años. Como conjunto de prácticas heterogéneas, agrupadas bajo una denominación que comporta una fuerte apelación moral, el tema de la corrupción ha sido usado como arma en las disputas políticas.

La constitución de la corrupción como un problema social y central, y su uso como arma en la lucha política, tienen una larga historia en nuestro país. Usada reiteradamente desde los inicios de la república, la denuncia de corrupción reaparece en momentos clave: en el segundo mandato de Getúlio Vargas, en el golpe de Estado contra João Goulart, en el inicio de la democratización, develando prácticas corruptas en la dictadura militar y, desde la redemocratización, contra representantes electos. En esas ocasiones, parece que hay un guion con papeles y actores definidos: la denuncia, alimentada por informaciones de opositores, disidentes, arrepentidos; el escándalo, vocalizado y amplificado por la prensa; la condena moral y política, formulada por los líderes “responsables”, y la condena purificadora que, si bien rara, sería realizada por jueces imparciales que vendrían a restaurar el orden. La prensa desempeñó un papel central, dado que cabe a ella construir el clima en el cual los agentes parecen inmersos en una crisis sin fin. Hoy, los medios promueven la sistemática difusión de noticias que generan un clima que refuerza la desconfianza sobre la posibilidad de las instituciones del Estado democrático de derecho de presentar respuestas a la crisis producida.

Se crea, en este escenario, una demanda creciente por la condena penal, y el Poder Judicial entra en escena para responder a las cuestiones que la política sería incapaz de resolver. El derecho, representado por los tribunales, ¿regenerará a la república? Cercados por los focos, los tribunales son colocados como salvadores de la patria “en peligro”.

El proceso actual de movilización del prejuicio por el derecho se asienta en cambios generales de la racionalidad jurídica y de la organización del Estado en las democracias contemporáneas. En Brasil, la derecha promueve un discurso moral sobre el derecho y defiende la actuación ampliada de las instituciones judiciales.

Ese discurso jurídico difiere de la práctica legalista y prudente que la derecha adoptó desde el inicio de la transición. A partir de mediados de los años 2000, pasó a elogiar el activismo judicial, proponiéndose realizar el programa de la Constitución, contra determinados representantes electos. Sin embargo, si el discurso regenerador se coloca en un discurso general, el espectro de las acciones policiales y judiciales se muestra alineado con los objetivos y tiempos de la política de la derecha. Eso provoca diversas indagaciones sobre los desdoblamientos del actual movimiento: en relación con el Estado de derecho, con la continuidad del combate a la corrupción y, en último análisis, con la propia estabilidad de la democracia.

## El derecho como racionalidad política

La reciente inflexión principista del discurso jurídico de la derecha en Brasil debe ser entendida como una de las posibilidades abiertas por la racionalidad jurídica de las democracias actuales. El constitucionalismo democrático defiende que, más allá de las reglas y procedimientos constitucionales, los principios materiales y objetivos comunes tienen fuerza normativa, que pueden ser reconocidos no solo por los representantes electos sino también por instancias tales como las instituciones judiciales.

Las alteraciones en la estructura del Estado, de la economía y de las relaciones sociales modificaron las formas y las prácticas del derecho. El Estado combina organización burocrática y espacios politizados, con la participación de representantes políticos y grupos sociales. Los burócratas estatales controlan espacios de decisión y utilizan su experticia para promover objetivos propios, fragmentando la dirección política del Estado. Ellos se organizan y actúan en alianza con otros grupos sociales y políticos para alcanzar sus fines particulares. Se abre un campo fecundo para lo que se denominaría intercambios corruptos, es decir, un intercambio de una decisión favorable a algún determinado grupo de intereses por algún tipo de beneficio personal o partidario.

Lo que viene siendo llamado judicialización de la política y de las relaciones sociales puede ser considerado un aspecto particular de estos cambios. Los actores sociales se valen de las posibilidades del derecho material y de las oportunidades abiertas por los tribunales para promover sus intereses en nombre de derechos. Los tribunales tienen instrumentos incongruentes y con objetivos amplios e indeterminados, que les dan capacidad de tomar decisiones de amplio alcance. Las legislaturas delegan a instancias no electas la atribución de decidir sobre conflictos insolubles de valores, materias respecto de las cuales su electorado está dividido o, incluso, temas en los cuales los propios legisladores son incapaces de reglar, por no alcanzar el consenso.

Los tribunales pasan a decidir sobre las grandes cuestiones políticas, responden a demandas y amplían su espectro de acción, en lo que viene siendo llamado "activismo judicial". Aumentan las tensiones en relación con las instituciones de representación política y se crea un espacio para que se amplifique la desconfianza en relación con ellas y con la propia idea de política.

## Del conservadurismo constitucional al elogio del activismo judicial

Desde la transición democrática, la derecha procuró bloquear que se haga efectivo el sentido normativo y social de la Constitución de 1988 (Koerner, 2005). Pero recientemente pasó a usar un discurso principista, asumiendo una postura militante de lucha contra la corrupción, pero indulgente con violaciones de derechos. Los juristas alineados con la derecha combinaron legalismo y prudencia al interpretar los dispositivos progresistas de la Constitución, restringiendo las posibilidades de participación política, y el que se hagan efectivos los derechos. Los principios del derecho puestos en la Constitución y en las leyes serían ineficaces, dado que habría instrumentos y mecanismos de poder que neutralizarían leyes y decisiones judiciales que contrarían a personas con dinero, poder político o influencia. Adoptaban una actitud "realista", anticipándose a esas reacciones. O una actitud legalista, aparentemente indiferente a las resistencias, con la cual apostaban a que los mecanismos de poder mantendrían las cosas en su debido lugar. Otros agentes garantizarían la preservación del orden y restituirían el equilibrio en caso de que la configuración de las relaciones sociales fuera eventualmente alcanzada por sus decisiones. Esa combinación está presente en las decisiones del STF sobre la estabilización de la economía y la reforma del Estado en los años noventa. Combinando acciones y omisiones, los ministros apoyaron las reformas neoliberales y promovieron una visión neutra del Estado e individualista de los derechos.

El derecho de la derecha es la manera a través de la cual una porción importante de los juristas pone en práctica la Constitución y las leyes, teniendo en vista el mantenimiento del orden. Encuentra en la tradición jurídica y política recursos para reorganizarse y renovarse en las nuevas condiciones económicas. La combinación de dos concepciones aparentemente contradictorias del derecho aparece como un juego sutil de la técnica jurídica, en el cual es puesta en acción una misma racionalidad mitigadora de los derechos sociales y bloqueadora del potencial transformador del derecho. Las dos concepciones y su combinación perversa coinciden en lo que a ellas falta: el compromiso con los principios del derecho social y democrático, con los instrumentos y los objetivos de transformación social, incorporados en la Constitución de 1988 y la legislación.

En el gobierno de Lula hubo una convergencia inicial con los intereses de jueces y otros juristas, lo que resultó en el amplio programa de reformas jurídicas del Poder Judicial iniciado en 2004. Sin embargo, la alianza tenía muchos aspectos tácticos, dado que no se compartían afinidades políticas, intereses y posiciones sobre cuestiones sustantivas. Los juristas y jueces podrían promover su propia agenda, apropiándose del neoconstitucionalismo, adoptado por los progresistas desde la transición, para reorientar la jurisprudencia. Las denuncias de corrupción que involucraron al gobierno federal en 2005 se tornaron el punto de mayor tensión y moralidad política, y permitieron que la oposición tomara la iniciativa en



ese campo. Movimientos progresistas se alejaron del gobierno de Lula y se aproximaron a grupos conservadores. La nueva alianza contra la corrupción pasó a invertir en espacios institucionales del Poder Judicial, y los tribunales se mostraron receptivos con sus demandas, así como con respecto a la polarización del campo político. Pasaron a elogiar el activismo judicial, según el cual las instituciones judiciales podrían (y hasta incluso deberían) utilizar interpretaciones libres de las normas jurídicas, con base en principios u objetivos de la Constitución, para sanear la política y la sociedad.

*La derecha usa el discurso principista para su postura militante y de lucha contra la corrupción. Sin embargo, la acción de las instituciones judiciales hasta el momento tiene como objetivo, sobre todo, gobiernos de centroizquierda, principalmente los del poder ejecutivo (tanto federal como estadual o municipal) liderados por el PT.*

## De la denuncia de la corrupción y su combate como armas políticas

La cuestión de la corrupción ha sido tema central del debate público brasileño desde la transición. El combate a la corrupción tiene fuerte connotación positiva, dado que se basa en un consenso genérico y difuso por la moralidad política, de ahí su uso como movilizador de la opinión pública. La denuncia, quien denuncia, lo que se denuncia y, principalmente, lo que tendrá acogida en las investigaciones policiales y judiciales en el Poder Judicial, no comportan ninguna neutralidad. Tema controvertido, nunca unívoco, parece contener, cuando busca una sociedad con mayor participación democrática, la crítica a la discrecionalidad, al secreto y a la mentira en la gestión política, vehiculizando reivindicaciones de nuevos arreglos en las relaciones entre gobernantes y gobernados, así como la tentativa de una nueva definición de lo que puede ser el “bien común”, y el significado de la “vida justa en común”. Tiene un potencial en relación con la búsqueda de un nuevo modo de gobernar, que critica el ar-



bitrio, la ineffectividad de las leyes y la impunidad, cuestiona la distribución desigual de poder y demanda la participación democrática en la definición del bien público. Involucra, como en el actual momento, menos la búsqueda por el fin de la discrecionalidad y de las indefiniciones de las relaciones entre la política, la administración y el poder económico, como nuevos arreglos político-partidarios en función de intereses económicos. Es un arma en la disputa por poder y por la distribución de la riqueza entre grupos de intereses (Schilling, 1998a, 1998b y 2010).

Pero la crítica a la corrupción produce adhesión inmediata en los interlocutores, que se ven compelidos a manifestarse favorablemente frente a iniciativas que tengan como objetivo combatirla. Se adoptan metáforas que remiten a la lucha y a la urgencia, como el combate contra una enfermedad, el asalto, la invasión, la catástrofe. Acusaciones de corrupción, abuso y desvío de poder son armas políticas de alto calibre que producen efectos certeros sobre la reputación y perspectivas de carrera política, y tienden a limitar los apoyos a los que de ellas son objeto.

En los últimos años, fueron adoptadas innumerables iniciativas para cohibir prácticas de corrupción, como la ley para el financiamiento de campañas políticas, el control del lavado de dinero, la controladuría general y la reciente ley de acceso a la información. La ley anticorrupción (ley 12.846, de 7/2013) prevé la responsabilización objetiva (que dispensa comprobación de dolo o culpa), la delación premiada, y la consagración de un entendimiento débil del concepto de dominio del hecho.

El Poder Judicial tuvo participación significativa en las iniciativas contra la corrupción, como se ve en el caso de la “Ley de la Ficha Limpia”. Asociaciones de juristas y magistrados, coaligados a otros movimientos sociales, se comprometieron con la promoción de la moralidad política, lo que encontró resonancia entre los ministros del Tribunal Superior Electoral (TSE) y del STF. La cuestión de la aplicación de la ley produjo fuertes incertidumbres sobre el proceso electoral de 2010 y, si bien la decisión final ha sido aceptada y considerada correcta por los liderazgos políticos, es significativo que cinco ministros votasen sobre bases principistas, queriendo hacer prevalecer el principio de moralidad sobre el de anualidad, uno de los puntos fundamentales de los pactos de la Revolución del Treinta para eliminar la casuística electoral y la violencia política. Los ministros se involucraron con la moralización de la política, distanciándose de la tradición que hace consolidar la estabilidad de las normas y procedimientos electorales, garantizados por el Poder Judicial, como un imperativo del orden político electoralmente competitivo en Brasil.

Así, se abrió un espacio para una redefinición del papel del Poder Judicial en la competición política, y la movilización pasó a tener como objetivo la promoción de valores sustantivos a través de las decisiones judiciales.

¿El Poder Judicial como arena de moralización de la política?

Otro punto son los impactos institucionales provocados por la Acción Penal N° 470, acción que investigó la compra de votos de parlamentarios, conocida como “*mensalão*”.

Este caso evidenció no tanto una alianza de los ministros del STF con la oposición política, sino su permeabilidad a las demandas de moralidad en la opinión pública. Para alcanzar condenas “ejemplares”, los ministros asumieron de forma abierta la adaptación de técnicas jurídicas al caso, basados en principios, innovaciones doctrinarias y de objetivos de reforma moral. Eso a pesar del caso de situarse en un campo estricto de técnica formal-racional, como es el derecho penal y el proceso penal.

El STF permanecerá saturado de movilizaciones y expectativas, y se muestra incapaz de adoptar orientaciones consistentes en el combate a la corrupción, como se vio en el llamado “*mensalão mineiro*”: al contrario de lo que hizo la AP N° 470, el STF dejó de juzgar el caso y lo transfirió a la justicia de primera instancia, donde aún aguarda juicio hace varios años. El principal acusado del caso es el ex gobernador de Minas Gerais, Eduardo Azevedo, del Partido de la Social Democracia brasileña (PSDB). A fines de abril de 2018, aún no hay decisión definitiva del Poder Judicial en aquel estado.

Los propios procedimientos son inadecuados dado que padecen, entre otros, de dos problemas contrarios: la insuficiencia y el exceso de publicidad. No se adoptan procedimientos de producción pública de pruebas, tal como nuestros *juris de common law* en tribunales internacionales. Eso es esencial para que las partes y el público puedan certificarse de la calidad y de la validez de las evidencias producidas y para restringir las posibilidades de su uso tópico y selectivo por las partes y por los jugadores. En la AP N° 470, las decisiones sobre procedimientos y las propias sesiones de juicio fueran divulgadas en vivo por la TV Justicia y reproducidas por las redes de televisión. Eso teatralizó las sesiones y, en vez de un espacio de argumentación y de convencimiento racional, el tribunal se tornó una arena polarizada, colocando en primer plano los enfrentamientos entre ministros, su relación y liderazgo institucional.

La concentración de poderes del STF se torna un espacio privilegiado para la polarización de los conflictos políticos. Esto tiene implicancias relevantes, dado que es difícil que se acepte la imparcialidad y objetividad de un tribunal que es, al mismo tiempo, órgano de la cúpula del Poder Judicial, corte constitucional y alta corte que juzga acusaciones penales contra los representantes electos. Las relaciones entre ministros del STF, parlamentarios y la presidencia de la república tienden a permanecer en tensión. La relación del Tribunal con el público se modifica, en la medida en que decide en función de las presiones de la opinión pública y adopta estrategias de comunicación para preservar el apoyo de la población. Es poco probable que esa vía sea suficiente y adecuada para alcanzar los objetivos virtuosos de reforma de los hábitos políticos, proclamados por jueces y juristas, movimientos cívicos y liderazgos políticos.

## El derecho y sus efectos en la política y la democracia

La derecha usa el discurso principista para su postura militante y de lucha contra la corrupción. Sin embargo, la acción de las instituciones judiciales hasta el momento tiene como objetivo, sobre todo, gobiernos de centroizquierda, principalmente los del poder ejecutivo (tanto federal como estadual o municipal) liderados por el PT. El proceso asume un carácter (neo) conservador en cuanto disemina la desconfianza en relación con la política y la acción del poder público en el ámbito económico.

Es evidente el contraste entre el registro moral del discurso regenerador, que propone objetivos globales y objetos indeterminados, y las acciones focalizadas, selectivas, estratégicamente planeadas, que están en sintonía fina con los tiempos de la política. La campaña actual de combate a la corrupción combina el foco único de las investigaciones, la concentración de las acciones en un único grupo de operaciones y en las fallas de los controles sobre sus actos. La selectividad de los objetivos es expresión del carácter abierto y fragmentado del derecho, los cambios en las técnicas de trabajo de los juristas y la ampliación de las atribuciones de los tribunales. La concentración de las operaciones deja la impresión de que las fuerzas del orden, la policía, el Ministerio Público y el Poder Judicial no tienen cuadros, o capacidad técnica, para dedicarse a otros casos o a ampliar el espectro de las investigaciones en curso, centrados en la Operación Lava-Jato. Delante de las acciones de los últimos meses, los tribunales superiores han sido silenciosos o pasivos, no acogieron cuestionamientos de los recursos usados para mantener las investigaciones en Paraná, no bloquearon los excesos contra los derechos de los acusados y no anularon las maniobras arbitrarias realizadas por la Cámara de Diputados.

Otra constatación es la de que las fuerzas políticas que apoyan esa movilización son las mismas cuya prioridad es obstaculizar la continuidad y extensión de las investigaciones, dada la implicación de sus principales líderes, o de sus aliados, en otros casos conocidos, que involucran el uso de recursos públicos, relaciones con contratistas u otras empresas, etc. Al final, el *impeachment* a la presidenta Dilma Rousseff es promovido por líderes acusados de corrupción y que tienen su base de apoyo en parlamentarios que son acusados y sospechosos de prácticas corruptas. Fueron recurrentes las presiones de los presidentes de la Cámara y del Senado para que la presidencia de la república “encuadrarse” a la policía y al Ministerio Público Federal para bloquear las investigaciones, en una explícita alusión al control político de la administración pública para objetivos particularistas o facciosos, que remiten a la Primera República o al encajonamiento de procesos investigativos durante los mandatos de Fernando Henrique Cardoso.

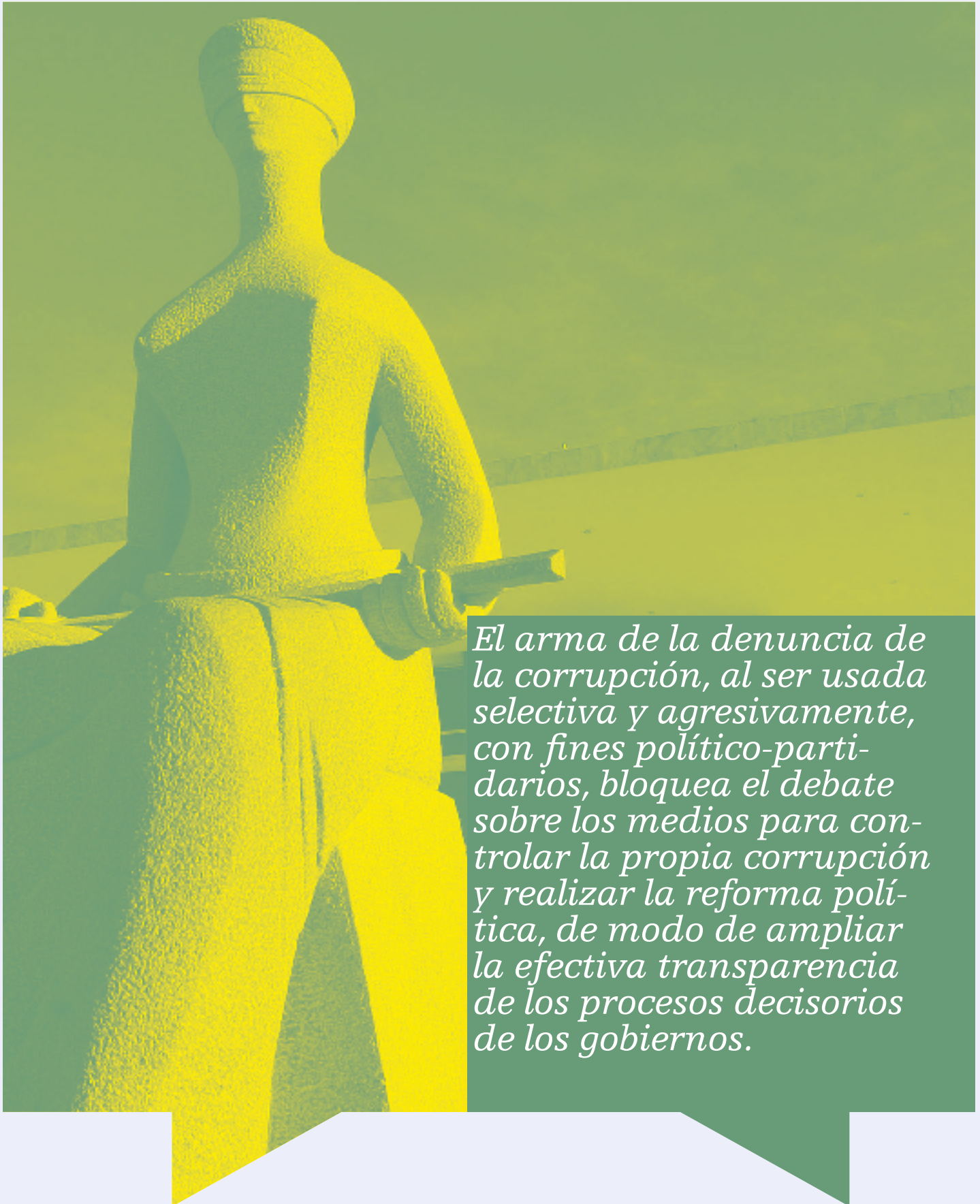
La cuestión es, pues, la de que, a pesar del apoyo de la movilización del prejuicio en la opinión pública y la población, la Operación Lava-Jato encuentra apoyos políticos en fuerzas que son las mismas que, si fuesen victoriosas, promoverían que se desmantele. El arma de la denuncia de la corrupción, al ser usada selectiva y agresivamente, con fines político-partidarios, bloquea el debate sobre los medios para controlar la propia corrupción y realizar la reforma política, de modo de ampliar la efectiva transparencia de los procesos decisivos de los gobiernos. Así, se coloca la cuestión de las relaciones entre el combate a la corrupción, el Estado democrático de derecho y la democracia.

La movilización actual del combate a la corrupción incita los sentimientos de indignación de la población, se sustenta y es sustentada por los medios anti-gobierno y un espectro amplio de partidos, desde los conservadores hasta algunas agrupaciones de izquierda. Ella disemina la desconfianza en relación con la política, las formas de representación instituidas, las instituciones del Estado democrático de derecho, la acción del poder público en el ámbito económico y se contrapone fuertemente a las políticas sociales implementadas en los últimos años.

La criminalización de la política impugna la moral y el refuerzo de los controles jurídicos sobre las prácticas políticas, y promueve una concepción despolitizada del bien público. Tiene como objetivo fundamentalmente el proyecto instituido en torno a Lula y al PT, con nuevos arreglos político-económicos ultraneoliberales y ultraconservadores, pero alcanza el núcleo de la formación de coaliciones estables, de alianzas partidarias y de apoyos electorales de la política brasileña. Incide sobre las formas de articulación entre Estado y sociedad, tanto en las relaciones con el empresariado como en los programas sociales y organizaciones de la sociedad, bloqueando la acción social y desarrollista del Estado, difundiendo una concepción “neutra” de gobierno que tiene como modelo el Estado mínimo. En nombre del bien público, viola reglas y principios de defensa y actúa centralmente en los procesos de formación de opinión pública, viola la propia democracia.

Hay que indagar cuáles son las perspectivas de esta movilización del prejuicio, desde el punto de vista de sus efectos sobre las instituciones y procedimientos del Estado democrático de derecho, precaria y estrechamente implantado entre nosotros, pues es apenas en el Estado democrático de derecho que esta lucha contra la apropiación privada del bien público puede acontecer. Es en la democracia en que se torna concreta la posibilidad de una denuncia de lo que está mal hecho, en la que hay garantías de que esa denuncia sea investigada y exista alguna posibilidad de pensarse en una nueva relación entre gobernantes y gobernados.





*El arma de la denuncia de la corrupción, al ser usada selectiva y agresivamente, con fines político-partidarios, bloquea el debate sobre los medios para controlar la propia corrupción y realizar la reforma política, de modo de ampliar la efectiva transparencia de los procesos decisorios de los gobiernos.*