

## EL PROBLEMA DE LA FUNCION JURISDICCIONAL EN EL BRASIL

**SUMARIO:** CAPITULO I: LA EXPERIENCIA DE LA DUALIDAD DE JURISDICCION.—CAPITULO II: LA EXPERIENCIA DE LA UNIDAD DE JURISDICCION.—CAPITULO III: EL PROBLEMA DE LA INADAPTACION DE LA FUNCION JURISDICCIONAL.—*Sección I. Observaciones sobre el régimen jurisdiccional actual:* 1. Bajo la primera República. 2. A partir de 1930.—*Sección II. La inadaptación de la función jurisdiccional:* 1. Los testimonios de los juristas. 2. Los testimonios de la Autoridad administrativa.—*Sección III. Las pasadas tentativas:* 1. La tentativa de 1934. 2. La tentativa de 1941-1945.—*Sección IV. La solución actual:* 1. La adaptación de los órganos de su función jurisdiccional. 2. La adaptación de los recursos administrativos.

El Estado, en el Brasil, cuenta con dos experiencias jurisdiccionales: de una parte, la de la dualidad de jurisdicción, basada en la separación de las autoridades administrativas y judiciales; de otra parte, la de la unidad de jurisdicción, que consiste en conceder al Poder judicial únicamente el ejercicio de la función jurisdiccional. Cada una recuerda, por su parte, un sistema político definido, un tipo propio del Estado, una forma determinada del ejercicio de la justicia.

La dualidad de jurisdicción, basada en la separación de las autoridades administrativas y judiciales, evoca el Imperio constitucional y representativo, el Estado anterior, la existencia de una sola justicia común (1), mientras que la unidad de jurisdicción, consistente en otorgar al Poder Judicial una cierta exclusividad de la función jurisdiccional, es el signo de la República y del Estado Federal. Ella recuerda, además, la coexistencia de dos regímenes de justicia, uno en el plano de los Estados Federales; otro en el plano de la unión federal (2).

La dualidad de jurisdicción del Imperio se asienta sobre el problema de lo contencioso-administrativo, y en el orden constitucional en que se sitúa, lo contencioso-administrativo procede de dos fuentes distintas, que son: El derecho colonial de origen portugués y el derecho público francés.

---

(1) A lo largo de nuestro estudio, designaremos por la palabra «Justicia» la realización de la función jurisdiccional del Estado.

(2) Es a esta dualidad de regímenes de la justicia común a lo que nuestros autores han dado el nombre de «dualidad de justicia». Esta expresión será, pues, empleada en lo que sigue, en este sentido bien definido.

El Derecho colonial llevaba ya en sí un contencioso-administrativo, adaptado a los intereses de la Corona. Su fin principal era el buen funcionamiento de la Administración fiscal y de la Administración del Tesoro real. Aparte de esto, se manifestaba por la existencia de algunos órganos jurisdiccionales específicos del Estado portugués y de la Iglesia (ésta, ocupando una posición de derecho público). Estos órganos eran el Consejo del Tesoro y las Juntas de comercio, para el primero; el Tribunal de Conciencia y de las Ordenes para el segundo.

En lo que concierne a lo contencioso laico, las atribuciones del Consejo del Tesoro han pasado, primeramente, a la Administración del Reino Unido del Brasil, Portugal y Algarves. Luego, en 1822, han sido restablecidas cuando la Independencia y han desaparecido por fin en 1832. Pero este Consejo ha dejado a lo contencioso fiscal del Imperio rasgos bien marcados, en lo que concierne tanto al procedimiento como a la competencia de estos tribunales. A las Juntas de Comercio han sucedido los Tribunales de Comercio, cuyo origen era semejante, y que, a su vez, dieron nacimiento a nuevas Juntas de Comercio.

Es así —reconocía el consejero Marqués de Abrantes en 1857— que el juicio contencioso-administrativo ha sido claramente instituido por la antigua Ley que creó el Consejo del Tesoro del Portugal, por la Ley que lo estableció en el Brasil y por el Decreto con fuerza de Ley que organizó nuestro actual Tribunal del Tesoro Nacional con sus Tesorerías. Este último se convirtió en el órgano más poderoso de lo contencioso-administrativo del Imperio. «Ha sido —observó uno de los publicistas más autorizados del Imperio, Tavares Bastos— la única vía por la que ha respirado nuestro contencioso.»

Por su parte, la jurisdicción eclesiástica (antes de la Independencia, en 1822), como consecuencia del régimen de unión entre la Iglesia y el Estado portugués, ha tenido también su influencia sobre lo contencioso-administrativo imperial. Sucede lo mismo con el Reino Unido del Brasil, Portugal y Algarves con su Tribunal de Conciencia y Ordenes (Mesa de Consciência e Ordens).

La Constitución de 1824, al adoptar el principio de unión entre estos dos Poderes —la Iglesia y el Estado—, hizo ejercer un control sobre las autoridades eclesiásticas por lo contencioso-administrativo; este hecho es la causa del más serio conflicto llevado ante el Consejo de Estado, a saber: la cuestión religiosa de 1873, que provocó el envío de una misión diplomática a la Santa Sede y acabó por condenar a dos preladados brasileños, el Obispo de Olinda y el de Pará.

Además, el derecho real portugués, por sí mismo, constituía una fuente para lo contencioso-administrativo. Las opiniones del Consejo de Estado se inspiraban, en efecto, en muchas ocasiones, en las disposiciones de las ordenanzas portuguesas relativas a los asuntos que implicaban la aplicación del derecho privado. (Se sabe que todo el Derecho Civil Imperial y

el de las tres primeras décadas de la República se derivan de ellas.) Nuestro Código Civil data de 1916.

Por último, las leyes «extravagantes» (3) del reino portugués, según la costumbre portuguesa, se fijaron en lo contencioso, y eso tanto más, cuanto que muchos de nuestros juristas formados en la Universidad de Coimbra adoptaron las ideas portuguesas.

Si el Derecho Colonial ha aportado a lo contencioso elementos estáticos y conservadores, el derecho público francés le ha proporcionado una poderosa contribución doctrinal. Su influencia es tal que el Consejo de Estado brasileño ha tomado y aceptado muy ampliamente las doctrinas y las opiniones de los autores franceses de Derecho Administrativo de la época y de los consejeros del Estado.

Los publicistas y los consejeros de Estado del Imperio han rendido homenajes entusiastas a su autoridad.

Esto es lo que se comprueba al hojear el repertorio de opiniones reunidas por Enrique de Rego Barros en sus *Apontamentos sôbre o Contencioso-administrativo*. Rio, 1874 (4).

Es extraño que nuestros publicistas y nuestros hombres de Estado no hayan sacado una lección de los progresos de lo contencioso francés para mejorar el nuestro. Es así que, hasta el nacimiento de la República, el Consejo de Estado brasileño funcionaba como una especie de Consejo de Estado napoleónico.

El reglamento de 1842 siguió los pasos, en varios aspectos, de la legislación francesa de la Revolución y del Directorio. Sin embargo, permaneció casi inalterado hasta 1889. Durante cerca de medio siglo, nuestro contencioso-administrativo se inclinó hacia los asuntos de conflictos y no rebasó la etapa primaria de la justicia retenida y del Ministro-Juez. Convertido en un anacronismo, fué rechazado por los revolucionarios de 1889, como si fuera un espectro en medio de los Poderes del Estado.

Hecho curioso: lo contencioso-administrativo, que en Francia había aparecido en virtud de la separación de poderes, fué suprimido, en el Brasil, en nombre de esta misma separación de poderes. Es de esta paradoja de donde nace la unidad de jurisdicción en el Brasil.

Pero la obra revolucionaria de los republicanos de 1889 alteró totalmente el orden imperial establecido. Al Gobierno parlamentario sucedió el Gobierno presidencial; al Imperio unitario, la República Federal; a la institución de una justicia común, la dualidad de justicia que tuvo un

---

(3) Así son denominadas, en el derecho portugués, las leyes que están al lado de los cuerpos de las Ordenanzas, pero que son relativas a una materia que les pertenece en principio.

(4) Nosotros volvemos a encontrar allí a: Macarel, Dallos Odolin Barrot, Daresté, Vivien, Laferrière, Cormenin, Dufour, Bathie, le Duc de Broglie, Tocqueville, de Larcy, Dethmont, Adolphe Chaveau, Foucard, Charles Durand, Roëder, Gerando, Boulatignier, Cabartous, etc.

lugar especial para los asuntos hasta allí adscritos a lo contencioso-administrativo ya periclitado.

A semejanza del doble derecho anglo-americano, el nuevo Estado devolvió a la justicia local de los Estados Federales las cuestiones de Derecho Privado y de Derecho Penal, y reservó, en la justicia federal, llamada especial, un lugar para los asuntos concernientes a las diferencias entre el Estado y los particulares. Así el control judicial condujo a los actos administrativos, y esto fué el comienzo de nuestra segunda experiencia jurisdiccional.

La unidad de jurisdicción y la dualidad de justicia, han evolucionado en nuestro régimen republicano en sentido opuesto, es decir, que la unidad de jurisdicción tendió hacia la dualidad de jurisdicción, mientras que la dualidad de justicia se encaminó hacia la unidad de justicia. Si esto último es, actualmente, un hecho consumado, no se puede decir lo mismo de la dualidad de jurisdicción. La administración, desarrollándose cada vez más, ha tenido que crear organismos de decisión, de los cuales varios pretenden que sus decisiones tengan la autoridad de cosa juzgada. Se esbozó en estos organismos la tendencia hacia la dualidad jurisdiccional, pero el control judicial les resistió y se afirmó. Este es el instante en que surge la constitución de 1946, actualmente en vigor.

## CAPITULO I.—LA EXPERIENCIA DE LA DUALIDAD DE JURISDICCION

La experiencia de la dualidad de jurisdicción se hizo por intermedio del Consejo de Estado. Pero había, igualmente, por debajo del Consejo de Estado jurisdicciones de carácter más claramente contencioso, competentes para resolver asuntos con la autoridad de cosa juzgada y provistos de normas procesales más precisas que las de la jurisdicción de último grado. Este era el caso del Tribunal del Tesoro y de las Tesorerías provinciales. Se observa igualmente que lo contencioso-administrativo presentaba rasgos más claros y definidos en las materias referentes a lo contencioso colonial, a saber, los asuntos tocantes a la fiscalización y a la administración financiera del Tesoro.

En otros términos, el Tribunal del Tesoro y Tesorerías provinciales eran competentes para decidir con autoridad de cosa juzgada, mientras que siempre se ha discutido sobre la cuestión de saber si el Consejo de Estado tendría simplemente atribuciones consultivas o jurisdiccionales. Aquéllos suscitaban, además, verdaderas diferencias entre la administración y los particulares.

Pero el Consejo de Estado brasileño, a imitación del Consejo de Estado francés, apareció como organismo de consulta cerca de la suprema autoridad gubernamental y de la suprema dirección de los asuntos públi-

cos. Para el Brasil se convirtió en un instrumento moderador del cuarto Poder, ejercido por el Emperador entre los tres clásicos Poderes del Estado.

En suma, nuestro Consejo de Estado no fué más que un órgano del Poder Moderador, funcionando cerca del Emperador, y en calidad de tal ha sido, sobre todo, un órgano consultivo. Sus atribuciones jurisdiccionales se deducían por vía de consecuencia, y al ejercerlas, el Consejo de Estado se convirtió en el organismo central de lo contencioso-administrativo, competente para resolver los conflictos suscitados por las autoridades administrativas o judiciales y para juzgar, en recurso, los asuntos fallados por jurisdicciones y autoridades jurisdiccionales inferiores.

Pero el mal más grave de lo contencioso del Imperio fué el no salir del reglamento número 142, del 5 de febrero de 1842, como indica Tavares Bastos (5). Todos nuestros grandes autores, desde Urugai (6) hasta el profesor Bilac Pinto (7) y M. Seabra Fagundes (8), lo señalan.

Falto de organización, parece bajo los golpes de los revolucionarios de 1889. Como Tribunal administrativo, en sentido moderno, nuestro Consejo de Estado no ha existido jamás, proclaman los dos últimos autores. La República lo ha recibido. La República lo ha imbuído del espíritu de sus instituciones, dice Seabra Fagundes.

Pero es un hecho incontestable que el Consejo de Estado, a pesar de estas opiniones ilustres, estaba a la cabeza de un régimen de jurisdicción administrativa de tipo «retenido», que suponía, no sólo el ejercicio del régimen del ministro-juez, sino también el del administrador-juez, ligándose tanto uno como otro a un estadio retrasado de lo contencioso-administrativo. Dentro de este cuadro hemos expuesto principios de competencia administrativa, pero extendiéndolo al máximo en la dirección de

(5) «Ya sea como consecuencia de la desigualdad del particular frente al Estado en un asunto contencioso, ya sea en razón de las largas y complicadas formalidades puramente judiciales mencionadas en el capítulo III del Reglamento núm. 124 del 5-2-1842, los asuntos de lo contencioso administrativo —preciso es confesarlo— no se han multiplicado desde 1842.» TAVARES BASTOS. Op. cit., pág. 33.

(6) «La institución (del Consejo de Estado) debía aparecer en un marco estrecho y con importantes omisiones que provienen del temor de suscitar una oposición política. URUGAI, op. cit., pág. 23.

(7) El Imperio no tuvo, en efecto, su tribunal para lo contencioso administrativo, una vez que el Consejo de Estado, al que le fueron conferidas funciones jurisdiccionales, no ha llegado a ejercer, realmente, atribuciones con un carácter contencioso. La inexistencia de órganos capaces de ejercer la jurisdicción administrativa, no solamente llevaba consigo, en la práctica, la deformación del sistema francés, sino que también conducía a elevar los derechos de los administrados frente a la Administración.» Profesor BILAC PINTO. «Separação dos Poderes». Contrôlê jurisdiccional». Revista de «Direito Administrativo». Vol. VI, oct. 1946, pág. 253.

(8) El Consejo de Estado, ha sido una «organización incompleta que la República ha recibido y borrado del cuadro de sus instituciones». SEABRA FAGUNDES: «O contrôlê dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário 2.<sup>a</sup> ed., Río, 1950, pág. 162.

la competencia judicial. Hemos ensayado, una vez más, poner en marcha un régimen estrecho de recursos administrativos.

Al no estar razonablemente aclarada la justicia administrativa y al ejercer el Consejo de Estado, en razón de sus atribuciones consultivas, una función política que emanaba de un Poder del Emperador (el Poder moderador), lo contencioso-administrativo no pudo resistir a los republicanos de 1889.

Es por lo que Rui Barbosa, rechazando la idea de un contencioso-administrativo bajo la República, recuerda desdeñosamente: «Es cierto que ha existido bajo el régimen imperial.» Entonces, condenándole, añade: «La Constitución republicana (del 24 de febrero de 1891) ha eliminado positivamente los elementos de lo contencioso-administrativo que existían bajo la monarquía, cerrando la puerta a una tentativa ulterior para restaurarlos.»

Y bajo el signo de esta aversión, frente a lo contencioso-administrativo, hemos pasado a nuestra segunda experiencia jurisdiccional de la unidad de jurisdicción.

## CAPITULO II.— LA EXPERIENCIA DE LA UNIDAD DE JURISDICCION

Una vez establecida la unidad de jurisdicción por la Constitución de 1891, los actos administrativos sufrieron un control judicial. El Poder Judicial, por otra parte, según la primera Constitución republicana, constituía un organismo de control tanto de los actos del Poder ejecutivo como de los del Poder legislativo.

Rui Barbosa funda sobre este dualismo su doctrina de la inconstitucionalidad de los actos del Poder legislativo y de la ilegalidad de los actos del Poder ejecutivo (9).

En lo que concierne a los actos practicados por el Poder ejecutivo, y en sentido más restringido, a los actos de la Administración, el control judicial ha sido tanto ejercido estrictamente por los tribunales como acogido con respecto para con las autoridades administrativas. Este acuerdo no fué más que aparente, como se verá más adelante. Pero el hecho es que, desde el Gobierno Prudente de Morais, la administración tomó por norma

(9) Con respecto al Congreso, RUI BARBOSA enseña en su obra *Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo Ante a Justiça Federal*, Río, 1898, pág. 49: «Que los tribunales son competentes para declarar la nulidad de los actos legislativos que infringen las reglas de la Constitución Federal.» Esta declaración, dictada de manera regular, corresponde al entender de la Justicia de la Unión, no solamente a un derecho legal, sino también a un deber inevitable. Con relación a los actos del Poder Ejecutivo, sostiene que «La violación de las garantías individuales, cometida incluso a la sombra de las funciones públicas, no se sustrae a la acción de los Tribunales». *Op. cit.*, pág. 125.

extender hasta el porvenir los efectos de las decisiones judiciales contidas «ut singuli» a aquellos que se encontrasen en las condiciones álogas a aquellas en las que se hallaba el beneficiario. El Tribunal premo Federal, habiendo considerado que un cierto acto administrativo podía subsistir para un cierto empleado público, el Presidente de la pública, Prudente de Morais, extendió los efectos de esta decisión judicial a todos los casos semejantes.

Rodrigo Otávio, tomando esta iniciativa como ejemplo, ha tenido e formular, como «consultor» general de la primera República, la regla uiente: «La decisión judicial es única y sencillamente «ut singuli». Sin embargo, la administración puede colocar bajo los efectos de esta decisión casos análogos que, en el porvenir, puedan sufrir las mismas consecuencias judiciales (10).

La regla era, por lo tanto, la de la prioridad y la de la generalidad sobre actos administrativos cualesquiera que sean los autores de ellos.

En razón de esta generalidad, ningún acto administrativo escapa a la ción del juez ordinario. Ninguna decisión administrativa, de orden judicial, goza de la autoridad de cosa juzgada; nadie puede evitar que sea llevada ante los tribunales judiciales.

### APITULO III.—EL PROBLEMA DE LA INADAPTACION DE LA FUNCION JURISDICCIONAL

En nuestro antiguo régimen jurisdiccional, la jurisdicción administrativa se impuso a la jurisdicción judicial. Se erigió en guardiana de la competencia de las autoridades judiciales, llegando hasta ejercer un control disciplinario sobre los magistrados, en razón de sus funciones (11). Bajo presión de la jurisdicción administrativa, el papel de la jurisdicción judicial sufrió un eclipse durante el Imperio.

#### SECCION I.—OBSERVACIONES SOBRE EL REGIMEN JURISDICCIONAL ACTUAL

En el régimen actual, la jurisdicción judicial se atribuye funciones jurisdiccionales de la administración y acaba por intervenir en las acciones administrativas.

(10) RODRIGO OCTAVIO: *Parececes do Consultor Geral da República*. Tomo I, nombre 1911 a abril 1912, Río de Janeiro, 1913, pág. 105. Por nuestra parte, comprobamos actitudes similares de la autoridad administrativa con respecto en las decisiones judiciales.

(11) En los términos del artículo 154 de la Constitución de 1824, el Emperador día aplicar sanciones disciplinarias a los magistrados en razón de sus funciones, «pués de haber oído al Consejo de Estado».

## § 1.—BAJO LA PRIMERA REPÚBLICA.

Es así que en los albores de la República, Amaro Cavalcante señala lo grande que era la tendencia de los tribunales a querer usurpar los poderes de la Administración, imponiéndole indemnizaciones, y obligándole a anular decisiones y reglamentos administrativos (12).

Al aceptar, en principio, el control judicial, la Administración no deja de poner obstáculos a ciertas decisiones: Es lo que resulta de los litigios entre jueces y tribunales de una parte, y el director de la Caja de Amortizaciones del Tesoro, de otra, según las decisiones referidas y anotadas por José Tavares Bastos en su *Repertorio das Decisões do Supremo Tribunal de 1896 a 1910* (13).

El Poder Ejecutivo ha llegado a hacer un acto especial para impedir la ejecución de una decisión del Tribunal Supremo Federal, bajo el pretexto de que se habían excedido las atribuciones que la Constitución y la Ley le habían conferido, observa Rui Barbosa con amargura (14). En el fondo,

---

(12) En varias ocasiones, la acción de los tribunales judiciales puso obstáculos a la competencia exclusiva de los otros dos Poderes. En numerosos casos, lo que es más grave, no han observado un criterio justo para tomar sus decisiones sobre materias concernientes a las disposiciones constitucionales más importantes. Entre los actos practicados por las autoridades judiciales federales, en primera instancia, se cuentan mensajes a las autoridades administrativas, prohibiéndoles practicar ciertos actos y anular otros, y órdenes contra las opiniones y los reglamentos administrativos, una vez que estos procedimientos se presentan como injustificados en la mayor parte de los cargos. AMARO CALVACANTE: *Régimen Federativo y República Brasileña*, Río, 1900, págs. 360-361.

(13) JOSÉ TAVARES BASTOS: *Repertório das Decisões do Supremo Tribunal Federal, de 1896 à 1910*. Vol. II, 1911. Nosotros encontramos allí, entre otras muchas, las siguientes decisiones:

- a) «La falta a la Caja de Amortización del Tesoro, la competencia para rechazar los decretos de la autoridad judicial, sobre todo si se trata de sentencias falladas por el Juez competente». Accord. del T. S. E., del 28-1-1909. TAVARES BASTOS, op. cit., vol. I, pág. 140.
- b) «La C. A. no puede rechazar el cumplimiento de la orden del Juez competente sin procedimiento regular». Acuerdo del 8-8-1910, ídem, pág. 140.
- c) «La C. A. no tiene la facultad de apreciar el fundamento legal de una decisión judicial; no le está permitido presentar conclusiones.» Acuerdo del T. S. F. del 20-6-1910, ídem, pág. 140.
- d) «A la C. A., como a todos los agentes de la Administración, le falta la autoridad necesaria para apreciar el fundamento legal de los decretos que emanan del Poder judicial en razón de su competencia, y para rehusar su ejecución cuando estos decretos no presentan vicios de forma.» Acuerdo del T. S. F., del 31-5-1909, ídem, pág. 141.

(14) «Otro cataclismo fué el que barrió de nuestras instituciones, al Poder Judicial. Esto es lo que significa el acto del Gobierno (del Poder Ejecutivo) que, en términos categóricos, se negó a ejecutar una decisión de nuestro Tribunal de Justicia (el más alto)



la organización de la justicia federal, creada para reemplazar a lo contencioso-administrativo, no se ha realizado completamente en razón al desacuerdo existente entre los dos Poderes: Esto es lo que se descubre al leer el estudio del juez J. T. da Cunha Vasconcelos Filho sobre los orígenes remotos del actual Tribunal Federal de Recurso (15).

§ 2. A PARTIR DE 1930.

La Revolución de 1930 no hizo más que agravar este desacuerdo, por una razón nueva: Ella es la de que la República, al orientarse en lo sucesivo hacia un tipo de democracia social, tuvo que elaborar los grandes códigos actuales de Derecho Público (Código de Minas, de Trabajo, de Aguas, de Propiedad Industrial, Estatuto de Funcionarios, etc.), cuya aplicación fué conferida a jurisdicciones administrativas especiales.

Ahora bien: en la ejecución de la Ley, estas entidades van a ejercer su función jurisdiccional frecuentemente «por vía normativa», mientras que los Tribunales judiciales no ejercen la suya más que «por vía contradictoria». Aquéllas tienen, como primer objetivo, el interés público, la igualdad ante la ley, para toda una categoría de administrados; éstas, limitan su juicio a la discusión de un derecho entre partes.

Se llega a una oposición entre dos órdenes de autoridades, dos procedimientos de la elaboración del derecho, así como a una oposición entre publicistas y privatistas (16). Los primeros, ligados a los principios del Derecho Público, de la autoridad del Estado; los otros, a los principios del Derecho Privado, del procedimiento civil y a la única defensa de los derechos individuales.

Dado que la jurisdicción administrativa (normativa), está sujeta a la jurisdicción judicial (contradictoria), se ha visto que asuntos de interés personal se sitúan sobre asuntos de interés público. Se ha sometido la Administración a reglas de Derecho Privado, lo que constituye una de las faltas propias del régimen del control judicial de los actos administrativos (17).

sobre la cuestión del Consejo Municipal.» RUI BARROSA: *Comentarios*. IV vol., 1933, página 47.

(15) J. T. da CUNHA VASCONCELOS FILHO: *O Tribunal Federal de Recursos*. R. D. A. Vol XI, Janeiro, Março 1948, pág. 5 y sigs.

(16) La gran discusión doctrinal que se estableció entre estas dos actitudes jurídicas fué la que se ha producido entre Waldemar Ferreira (tendencia privatista) y Oliveira Viana (tendencia publicista), con respecto al carácter de las decisiones de la Justicia del Trabajo. (Véase más arriba la sección sobre la Justicia del trabajo.)

(17) A este respecto, Waline había observado, ya, que «el sistema anglo-sajón merece varias críticas graves:

1) desconoce las necesidades de la Administración:

a) En primer lugar, al someterla a las órdenes de las preces, lo que es la negación o el desconocimiento de la autonomía de la administración;

Se asistió, desde 1930, al fenómeno siguiente: Mientras que la Administración, bajo las tendencias ya conocidas, se esforzaba en afirmar un poder de decisión, se ha visto a la autoridad judicial reaccionar más fuertemente y esforzarse en no aplicar, en la jurisprudencia y en la doctrina (incluso basándose en la tradición de nuestro Derecho), las disposiciones legales que trataban de convertir en autónomas las jurisdicciones administrativas.

Por el contrario, en el momento del refuerzo de la función jurisdiccional de la administración, el control judicial ha tomado una extensión mayor. Alcanzó no solamente a la función de las nuevas jurisdicciones creadas, sino, incluso, a ciertas materias que le habían estado prohibidas hasta entonces. La autoridad judicial (Ley número 221 de 1894) no podía pronunciarse sobre el mérito del acto administrativo; pero bien entendido que el examen de fondo sería de rigor en materia fiscal; la ley sustrae al control judicial el acto disciplinario. Pero se quiso que el control judicial no exceptuase nada más que las decisiones militares en materia de disciplina. Por último, se ha sustraído al control judicial el acto administrativo de expropiación. Pero el reglamento judicial de la expropiación costó indemnizaciones tan gravosas que, según afirma uno de nuestros autores, muy al corriente de este problema jurisdiccional —Carlos Medeiros Silva—, «Se llegó a otorgar beneficios a los particulares; una especie de enriquecimiento sin causa» (18).

## SECCION II.—LA INADAPTACION DE LA FUNCION JURISDICCIONAL

Llegamos, pues, a comprobar una inadaptación de la función jurisdiccional del Estado. Esto es lo que afirma el testimonio de nuestros juristas y autoridades administrativas actuales.

### § 1.—LOS TESTIMONIOS DE LOS JURISTAS.

Entre ellos nos es preciso mencionar a Rubens Gomes de Sousa y más particularmente a Medeiros Silva. Al sostener la urgencia de una reorganización de nuestra jurisdicción fiscal, el primero observó que esta jurisdicción funciona actualmente en dos fases, una administrativa y la otra judicial, pero ésta funciona no solamente como un duplicado de la precedente, sino más bien en conflicto con ella.

Mucho más importante nos parece el testimonio de Carlos Medeiros Silva como consultor general de la República. El precisa: «Mientras que

b) En segundo lugar, al someter la Administración a todas las reglas de Derecho Privado. MARCEL WALINE: *El control jurisdiccional de la Administración*. El Cairo, 1949, pág. 36.

(18) CARLOS MEDEIROS SILVA: *Desapropiação por interêsse social*. Loc. cit., pág. 6.

la Constitución asigna al Poder legislativo y al Poder ejecutivo una alta misión cuyo cumplimiento exige el sacrificio de los intereses individuales, la jurisprudencia de los Tribunales tiende a crearles obstáculos, al condenar a la Administración al pago de gravosas indemnizaciones..., es el interés particular quien la conduce, a despecho de las afirmaciones solemnes según las cuales el interés privado debe ceder su sitio al interés público.»

Cuando un particular litiga contra otro, la jurisprudencia de los Tribunales impone límites a la indemnización. Pero si se trata de un particular y del Estado, los derechos del primero no deben de estar limitados hasta el punto de llegar a reparaciones que conducen al enriquecimiento sin causa. Los que aplican la Ley no se preocupan, en el momento de dar su decisión, de la noción de interés público, que les parece abstracta y difícil de percibir y que, muy frecuentemente, no se concreta. Ceden al interés privado, que éste sí es concreto, personal e individualizado (19).

## § 2.—LOS TESTIMONIOS DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.

Al lado de esta constatación de dos juristas (publicistas) es preciso colocar los testimonios de la propia autoridad administrativa. Citaremos dos de ellos, que dan la medida del desacuerdo entre las autoridades administrativas y judiciales. El primero proviene del ex secretario de la Administración de la Municipalidad de Río de Janeiro, cuyo régimen jurídico procede, indirectamente, del Gobierno Federal.

Al examinar la situación del personal administrativo de esta Municipalidad, Wagner Estelita Campos señala los tres puntos siguientes: «1) Los Tribunales judiciales han usurpado las atribuciones de los otros dos poderes, ya sea creando empleos (atribución legislativa), ya sea invistiendo funcionarios (atribución ejecutiva); 2) Aunque el régimen de tratamiento mixto haya sido suprimido ya en la Municipalidad, los Tribunales judiciales los han restablecido con pesadas cargas: 3) El artículo 40 de la Ley Orgánica de la Municipalidad, (20) ha sido interpretado en el sentido de retirar beneficios de situaciones pasadas, de situar sobre el mismo plano los puestos mantenidos y los puestos suprimidos y de llevar de nuevo al nivel de los sueldos más altos a aquellos empleos que llevan consigo sueldos desiguales. Ellos tomaron por base de la igualación de los sueldos, no la verdadera identidad de las atribuciones de los funcionarios, sino vagas analogías; no las atribuciones definidas por la Ley, sino simples certificados sobre el ejercicio de hecho de ciertas funciones hipotéticas; finalmente han emitido un juicio sobre la oportunidad y sobre el buen fundamento del

(19) CARLOS MEDEIROS SILVA: *Desapropiação por interesse social*. Loc. cit., pág. 6.

(20) Esta disposición establece el mismo nivel de sueldos para el ejercicio de funciones de la misma naturaleza.

acto administrativo, cuando les correspondía juzgar de su legalidad» (21).

Para no alargar la lista de ejemplos, bástenos mencionar, en último término un hecho relativo al funcionamiento de las jurisdicciones administrativas de atribución. Se trata del testimonio del presidente del Tribunal de Cuentas, presentado en su informe en 1948, y según el cual el reenvió ante la jurisdicción de derecho común de los asuntos precedentemente juzgados por los Consejos de Contribuyentes, los Consejos de Tarifas, el Tribunal Marítimo Administrativo, la Cámara de Ayuda Económica y otros organismos que aplican códigos especializados, es un hecho cotidiano y susceptible de consecuencias graves. Todo esto justifica y exige medidas objetivas y urgentes capaces de resolver las dificultades actuales que de ellas se desprenden en relación a los Consejos de Contribuyentes. La situación se convierte en más seria por el hecho de que no hay ningún recurso contra las decisiones de estos órganos, tomadas por unanimidad (22).

Estos ejemplos denotan un cierto malestar, aun cuando las autoridades administrativas han declarado, en muchas ocasiones, su sumisión y su respeto al control judicial (23).

Después de la lectura de los hechos y testimonios mencionados anteriormente, no se puede sino llegar a esta evidencia: el régimen actual de control de los actos administrativos, tal como se practica: *a)* provoca la usurpación de la autoridad judicial por la Administración; *b)* entorpece las operaciones administrativas de interés general; *c)* finalmente, bajo pretexto de proteger el derecho individual, perjudica indirectamente al individuo al crear excepciones enojosas en torno a la regla de derecho. En efecto, si estas medidas de excepción hacen la fortuna de algunos, provocan un malestar entre la mayor parte de los individuos que se han doblegado a la regla, y, sobre todo, les incita a lanzarse a la práctica dudosa de procedimientos de indemnización. Hay, pues, en nuestro sistema, un problema que resolver: el de la inadaptación de la función jurisdiccional.

(21) WAGNER ESTELITA CAMPOS: *Responsabilidade do Judiciário*. «Diário Carioca», 22-2-1953.

(22) RUBEN ROSA: *Relatório do Tribunal de Contas. Exercício de 1948*. Rio, 1949, página 11.

(23) *a)* A los hechos citados por Rodrigo OTAVIO, añadimos algunas decisiones de la autoridad administrativa: «las autoridades administrativas deben ejecutar las decisiones con autoridad de cosa juzgada, que emanan del Poder judicial y no pueden sustraerse a su ejecución bajo el pretexto de que existe una acción en curso (informe del Ministro del Trabajo). R. D. A. Vol. II, fascículo II, outubro 945, págs. 843 y sigs.

*b)* Si hay cosa juzgada, corresponde a la Administración el ejecutar la decisión judicial. Carlos MEDEIROS SILVA: «*Parecere do Consultor Geral da República*». Vol. III, pág. 405.

*c)* Cuando la decisión judicial obedece a una jurisprudencia uniforme, no se justifica una tendencia obstinada del Poder Ejecutivo a aplicar una solución distinta. (D. A. S. P., informe, «D. O.» del 25-9-1953.)

Se ha intentado dos veces el resolverlo, y sería preciso intentar una tercera vez, incluso si las condiciones actuales no son tan favorables como las de 1934 y las de 1941-45.

Nosotros plantearémos el problema, examinando las tentativas que se han hecho y proponiendo una nueva solución.

### SECCION III.—LAS PASADAS TENTATIVAS

En este punto recordaremos la creación de un Tribunal administrativo, Juez de Derecho común, establecido por la Constitución de 1934 y el proyecto de 1941, que hizo lo mismo con el Tribunal de Cuentas.

#### § 1.—LA TENTATIVA DE 1934.

La tentativa de 1934 obedecía a una justa orientación. Introducía una fórmula que iba a convertirse en el punto de partida del ejercicio efectivo de una justicia administrativa. Permitía establecer: a) un contencioso de plena jurisdicción; b) un contencioso de anulación; uno y otro constituyendo una especialización jurisdiccional cerca de los Tribunales judiciales.

En lo que concierne a lo contencioso de plena jurisdicción, obsérvese que la Constitución de 1934 había llegado a distinguir el acto administrativo de la decisión administrativa. A la luz de esta distinción no había ninguna dificultad para hacer entrar, en lo contencioso de plena jurisdicción, a las decisiones de diversas jurisdicciones especiales (las del Consejo, del Tribunal Marítimo y de otros órganos de donde emanan decisiones de orden jurisdiccional), funcionando el Tribunal especial como juez de casación con relación a ellas. Como Tribunal judicial podía, al mismo tiempo, funcionar como juzgado de 1.<sup>a</sup> instancia para los Tribunales y Juzgados federales que habían fallado asuntos civiles de la Unión.

Por otra parte, la misma disposición constitucional llevaba consigo la organización de lo contencioso de anulación; daba, al Tribunal de que se tratase, competencia para fallar los recursos contra los «actos del Poder Ejecutivo». Esto permitía establecer un régimen definido de control jurisdiccional de los actos que reglamenta la aplicación jurisdiccional de nuestro «mandado de asegurar». Así, la Constitución de 1934 hubiera debido resolver nuestro problema jurisdiccional.

#### § 2.—LA TENTATIVA DE 1941-1945.

La experiencia intentada entre 1941-1945 nos parece menos notable. Ella condujo, como lo hemos comprobado, únicamente: a transformar el

Tribunal de Cuentas en Tribunal administrativo, juez de derecho común. Pero presentaba dos graves inconvenientes: a) devolvía al Tribunal de Cuentas el ejercicio de su función específica, cual es juzgar las cuentas de los contables y controlar el presupuesto. A causa de esto, el Departamento Administrativo de Servicios públicos, al examinar el alcance de la reforma, ha subrayado: «El Tribunal de Cuentas, en razón del ensanchamiento de sus atribuciones, deberá, quizá, tomar un nombre mejor adaptado a sus nuevas funciones» (24). b) Al lado de este inconveniente existía en ella otro no menos grave. El Tribunal de Cuentas aparecía como un Tribunal administrativo de «recurso», pero había fallado recursos contra las decisiones tomadas por los juzgados y tribunales judiciales en 1.ª instancia.

Se tendría, así, un Tribunal administrativo, juzgando en 1.ª instancia las decisiones de las autoridades judiciales, lo que correspondía a trastocar los principios sobre los que se fundan las relaciones entre las autoridades judiciales y administrativas, el orden administrativo y el orden judicial, incluso en el sistema de unidad jurisdiccional.

La reforma de 1941-1945 cedió su puesto a un proyecto que preveía el atribuir al Tribunal Federal de Recursos (Tribunal judicial) la competencia conferida precedentemente al Tribunal de Cuentas. Esta segunda solución, si no resuelve el problema de la jurisdicción administrativa, al menos no conmueve los fundamentos de la jurisdicción judicial.

#### SECCION IV.—LA SOLUCION ACTUAL

El primer dato de la solución de nuestro problema jurisdiccional está basado en el hecho siguiente: de la misma manera que lo contencioso del Imperio ha quedado retrasado en más de medio siglo, en relación con el nivel alcanzado ya por el régimen de la justicia delegada, nuestro régimen jurisdiccional, está igualmente retrasado con relación al ejercicio actual de la función jurisdiccional del Estado.

El control judicial de los actos administrativos se apoya sobre los principios se presentan por la Ley número 221 de 1894. Ahora bien, estos principios se presentan hoy de tal manera reformados que no se les reconoce ya (25).

Por otra parte, los órganos jurisdiccionales de la Administración, bajo la acción apremiante de este control, no puede ejercer su función de

(24) *Arquivos do Ministerio da Justiça*. Vol. XVI, Dezembro, 1945, pág. 26.

(25) Seabra FAGUNDES, sostiene, en efecto, que las disposiciones de la ley número 224, de 1894, relativa a las limitaciones al ejercicio del control de los actos administrativos no están ya en vigor. Seabra FAGUNDES, op. cit., pág. 176. Pero reconoce que estas mismas limitaciones existen en Jurisprudencia. En este caso, la única base legal sobre la que se funda el control judicial y que orienta a nuestros Tribunales y a nuestros Jueces, desaparece falto de otros principios legales más sólidos.

manera eficaz. Dicho esto, se comprueba que la solución de nuestro problema jurisdiccional exige dos cosas: a) La adaptación de los órganos administrativos a su función jurisdiccional; b) La institución de recursos administrativos de carácter contencioso.

§ 1.—LA ADAPTACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE SU FUNCIÓN JURISDICCIONAL.

A) *Las soluciones buscadas.*—Ciertos Estados que, como el Brasil, adoptan el sistema de control judicial de los actos administrativos, han tenido que recurrir a dos soluciones para hacer efectivo el ejercicio de la función jurisdiccional de la Administración. La primera es la creación de órganos especiales con una jurisdicción autónoma, en lo que se refiere a los Tribunales judiciales; es la solución adoptada por los Estados Unidos e Inglaterra, modelos, ambos, del sistema del control judicial.

La segunda solución es la que consiste en instituir, junto a los Tribunales judiciales, una jurisdicción especial para los asuntos que interesan al Estado, organizada según el modelo de lo contencioso-administrativo. Es la solución adoptada por la Argentina (26) y España (27). Otros Estados hicieron toda clase de combinaciones entre el régimen de control judicial y el de lo contencioso francés (28).

(26) «Las Provincias argentinas —observa Rafael BIELSA— han adoptado diversas formas de lo contencioso administrativo en la jurisdicción de derecho común. El propio BIELSA es el autor de un proyecto de contencioso administrativo para la Provincia de Santa Fe, basado en los principios de lo contencioso administrativo francés. Tienen igualmente su contencioso, las Provincias de Mendoza, Catamarca, Córdoba, Entre-Ríos, Buenos Aires (Rafael BIELSA: *Ideas Generales sobre lo Contencioso Administrativo*. Buenos Aires, 1936, págs. 176 a 179.)

(27) La ley española del 18 de marzo de 1944 estipula en su artículo 1.º que el recurso contencioso es llevado ante el «Tribunal Supremo», el cual tiene una sección especial: «La Sala 4.ª, que compartirá con la 3.ª, ya existente en el mismo». Art. 8). José Antonio UBIERNA EUSA: *De lo Contencioso Administrativo*. Madrid, 1948, pág. 92 a 96.

(28) a) En Alemania, el sistema jurisdiccional, difiere del sistema francés, a causa de la forma de Estado federal. Pero adopta el principio de autonomía de la jurisdicción administrativa, frente a la jurisdicción judicial. Es asimismo importante recordar que ALBERT (*El Control Jurisdiccional de la Administración por medio del Recurso por Exceso de Poder*. Paris, 1926), divide los regímenes jurisdiccionales en dos ramas, el sistema franco-alemán y el sistema anglo-sajón, en los términos siguientes: las instituciones jurídicas de los principales países están ligadas a dos concepciones del Derecho: la concepción franco-alemana, extraída del Derecho Romano y de las Tradiciones del «imperium» y la concepción liberal anglo-sajona. (ALBERT, op. cit., págs. 11 y 12. «Los países anglosajones, privados de una administración fuerte y ligados, ante todo, a la supremacía del Poder Judicial, reconocen a éste una competencia general a efectos de imponer la regla del derecho a los funcionarios y a los ciudadanos» (idem, pág. 22). En la con-

De una manera general, se reconoce que es necesario instituir una jurisdicción autónoma para los asuntos administrativos, que respete las garantías jurídicas de los administrados. Como el modelo francés se ha experimentado ya (29), se le acoge y adapta al régimen local. Por último, se impone de tal manera, que Seabra Fagundes, que no puede ser sospechoso de parcialidad, puesto que es partidario de la unidad de jurisdicción, debió

---

cepción franco-alemana, por el contrario, la ley escrita es todopoderosa (ídem, pág. 23). Incluso si la forma de aplicación es profundamente diferente (MARCEL MARTÍN. *Les Juridictions Administratives en Allemagne, Conseil d'Etat*, «Études et Documents», fasc. núm. 6, págs. 166-178), se aplica allí el principio de que «Los Tribunales ordinarios y administrativos son absolutamente independientes en sus juicios».

- b) Italia. Se ha vuelto a un sistema de división de atribuciones jurisdiccionales entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción administrativa; la primera competente para juzgar la legalidad del acto administrativo, se pronuncia en los asuntos civiles que interesan a la Administración; la segunda es competente para juzgar sobre la legitimidad, el fundamento legal y la oportunidad del acto o de la decisión administrativa (Consejo de Estado). F. GRANITO, L. SPINELLI, S. ZINGALE. Op. cit., págs. 85-93.
- c) Grecia: Grecia combina la jurisdicción judicial con la jurisdicción administrativa que se orienta hacia las jurisdicciones de atribuciones de competencia especial. Contra las decisiones de éstas, el Consejo de Estado Griego funciona como juez en última instancia. Constitución Griega del 2-6-1927, arts. 107-105, UBIERNA-EUSA. Op. cit., pág. 242. En Grecia, dice STRATIS ANDREADIS (*Lo Contencioso Administrativo de los Estados Modernos*, París, 1934). Hay un conjunto de Tribunales con una competencia de atribuciones (Comisiones-Jueces), funcionando el Consejo de Estado como Juez en recurso. STRATIS ANDREADIS. Op. cit., págs. 420-440.
- d) Otras combinaciones existen en Finlandia (Const. 17-7-1917 art. 56). *La Hungría de 1939* (STRATIS ANDREADIS. Op. cit., pág. 195). Suiza (STRATIS ANDREADIS. Op. cit., pág. 195). *Yugoslavia* (ROGER BONNARD: *El Control Jurisdiccional de la Administración*. París, 1934, pág. 175). *Egipto* (Mme). PAUL BASTID. *Curso*, 1952-1953, págs. 7 a 11).
- e) El ejemplo más reciente es el del Uruguay, que, por la nueva Constitución del 1.º de marzo de 1952 (arts. 5 y 6), instituye que «El Tribunal de lo Contencioso Administrativo», al inspirarse en el modelo francés, comprende en él una institución correspondiente a la del «Commissaire du Gouvernement», ENRIQUE SAYAGUES LASO: *El Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, Montevideo, 1952, págs. 5 y 6.

Además, la adaptación del sistema francés va hasta las jurisdicciones administrativas por las organizaciones internacionales; desde la antigua S. D. N. hasta las organizaciones actuales. Mme. PAUL BASTID: *Curso* 1952-1953, páginas 34 a 38.

(29) La experiencia de más de un siglo, permite afirmar que el Consejo de Estado francés es a menudo más severo con relación a la Administración de lo que sería un tribunal ordinario. MARCEL WALINE: *El Control jurisdiccional de la Administración*, página 49.



confesar que el sistema jurisdiccional francés es el más extendido en el Estado moderno (30).

B) *La solución posible.*—Para el Brasil no hay más que aplicar una de las dos funciones mencionadas anteriormente. Bajo el régimen de la Constitución de 1937, uno de nuestros publicistas más al corriente de este problema —Bilac Pinto, profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad del Brasil— ha expuesto brillantemente la solución anglo-americana. Según él, la formación individualista del juez de Derecho común y las dificultades que encuentra en conocer todos los problemas jurídicos nuevos, le hacen inepto para ejercer la jurisdicción administrativa. Es por lo que se han creado órganos administrativos jurisdiccionales, entre los que el autor menciona, a parte, las «Comisiones de Servicios de Utilidad Pública», cuya competencia sería definida por la Ley sin que los Tribunales judiciales pudiesen intervenir allí. Para justificar la creación de estos organismos, Bilac Pinto analiza los ejemplos de los organismos administrativos instituidos en Inglaterra y los Estados Unidos, los cuales tienen una jurisdicción autónoma con respecto a los tribunales judiciales. En resumen: la creación de las «Comisiones» conducía a adoptar el principio de la creación de órganos administrativos jurisdiccionales enteramente autónomos con relación a la jurisdicción judicial.

Con la Constitución actual, somos partidarios de la segunda solución para la organización de un contencioso administrativo junto a los tribunales judiciales, llevando consigo: a) la creación de una sección de lo contencioso al lado del órgano judicial apropiado (El Tribunal Federal de Recurso o el Tribunal Supremo Federal) para juzgar, en última instancia, los recursos contra las decisiones tomadas, en última instancia, por los órganos administrativos que ejercen la función jurisdiccional (contencioso de plena jurisdicción), y para anular los actos administrativos e irregulares (contencioso de anulación); b) la reorganización, como jurisdicciones administrativas que provienen de la sección especial de este contencioso, de los Consejos, Comisiones y otros órganos jurisdiccionales existentes. Estas jurisdicciones pronunciarían sentencias con autoridad de cosa juzgada, dándose el derecho de recurso a los justiciables; c) la institución de una magistratura administrativa especializada en Derecho Administrativo.

La creación de la Sección de lo Contencioso responde a la disposición constitucional que confiere a los tribunales judiciales el juicio en última instancia, en lo que concierne a la violación de los derechos individuales. Esta solución fué adoptada, ya con éxito, por el sistema jurisdiccional español y por el de la Argentina (provincia de Buenos Aires). De una par-

(30) «El sistema de la jurisdicción especial que conoce lo contencioso de los actos administrativos, es el más generalizado. Este sistema pasó de Francia, donde apareció bajo la fisonomía clásica, a Finlandia, Grecia, Turquía, Yugoslavia, Checoslovaquia, Polonia, Suiza, Hungría.» SEABRA FACUNDES, Op. cit., págs. 148-149.

te, no infringe el principio, en vigor, de exclusividad jurisdiccional del Poder Judicial; de otra parte, protege a lo contencioso administrativo, como una especialidad jurisdiccional, dotándolo de una organización orientada hacia la aplicación de normas especiales de derecho público y permitiendo encontrar el equilibrio entre el interés general y el derecho de los particulares.

La reorganización de las jurisdicciones administrativas de atribución, existentes, ligándolas a un grado superior de jurisdicción, aportaría una doble ventaja: 1.º, provocaría una considerable economía de procedimiento. (En efecto, actualmente, las decisiones de los órganos jurisdiccionales de la administración no pueden ser atacados ante el juez de derecho común más que por una nueva acción. La instancia judicial contenciosa repite la instancia administrativa graciosa). El procedimiento se habría simplificado entonces. 2.º, de la decisión del órgano jurisdiccional se pasaría directamente, por vía de recurso, al juicio en última instancia, instaurándose un régimen de justicia rápida de la que se beneficiaría, no solamente el Estado, sino también el justiciable.

Para esto es preciso apartar dos prejuicios. En primer lugar, no se trata de transformar en órganos judiciales las jurisdicciones administrativas. El problema de lo contencioso trata la cuestión de la «función jurisdiccional», pero no la de la «institución judicial». Es preciso admitir la existencia de órganos jurisdiccionales en el interior y en el exterior del cuadro del Poder Judicial; ésto, de acuerdo, por otra parte, con la resolución adoptada por el Congreso Interamericano de Abogados de 1941.

La creación de una magistratura administrativa especializada corresponde a las exigencias particulares de la jurisdicción a establecer. El ejercicio de ella supone dos categorías de especialistas: el privatista y el publicista. Es preciso situar al Magistrado y al jurista al lado del técnico de administración. Es preciso, en suma, el concurso de personas que tengan la práctica de la administración y de la justicia (31). Es preciso llamar al ejercicio de estas funciones a los magistrados, a los publicistas de Derecho Administrativo y a los expertos administrativos calificados.

En el Brasil puede realizarse fácilmente, en las condiciones actuales, la colaboración de estas tres categorías en el ejercicio de la función jurisdiccional administrativa.

## § 2.—LA ADAPTACIÓN DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS.

Al lado de la adaptación de los órganos al ejercicio de la función jurisdiccional, es preciso también establecer medios específicos para hacer fun-

(31) Sobre este punto la carrera de la Magistratura administrativa española nos proporciona un ejemplo expresivo: comprende a Magistrados del Tribunal Supremo, Catedráticos de Derecho y toda una serie de técnicos procedentes de cuadros superiores de la Administración. José Antonio UBIERNA EUSA. *Op. cit.*, págs. 96-97.

cionar la justicia administrativa. En las condiciones actuales, este cometido comprende: la organización de lo contencioso de anulación; la organización de lo contencioso de plena jurisdicción; el establecimiento de ciertos principios generales sobre lo contencioso administrativo.

A) *Lo Contencioso de anulación.*—Para organizar este contencioso en el Brasil, basta dar las reglas fundamentales del ejercicio del «mandado de segurança», dotándole de condiciones determinadas de apertura y de admisibilidad. Esta tarea está facilitada por tres hechos: el «mandado de segurança» ha sido aprobado, en nuestro régimen, como un instrumento eficaz de protección jurídica de los administrados; ha sido reconocido, ya, por la propia autoridad judicial, como «un recurso administrativo contencioso en sentido propio (Castro NUNES). No sería preciso más que declararlo como tal en la Ley. Por último, se ha aproximado al recurso francés por exceso de Poder (Seabra FAGUNDES). Así, la reglamentación de estas condiciones de apertura y de admisibilidad va a extenderse el alcance de lo contencioso de anulación y a conceder al «mandado» un lugar tan importante como el del recurso francés, por exceso de poder.

B) *Lo Contencioso de Plena Jurisdicción.*—La organización de éste supone la institución de un recurso en casación, ejercido contra las decisiones tomadas por los órganos administrativos jurisdiccionales en última instancia. Es la principal innovación aportada al actual sistema. Recuérdese que después de haber creado nuestro tribunal marítimo, la ley lo ligó al Tribunal Supremo Federal, por la vía del recurso extraordinario. Pero esta ligadura ha suscitado oposiciones: el Tribunal Marítimo fué considerado como una especie de órgano usurpador de las funciones judiciales y del ejercicio de un recurso propio de los Tribunales de justicia de los Estados.

Pero el recurso contencioso es un recurso especial de Derecho administrativo. Tiene por objeto el ligar a una jurisdicción administrativa, en segundo grado, al Juzgado de última instancia en materia administrativa.

Se llega así a esta distinción rigurosamente jurídica: los Tribunales inferiores de justicia de derecho común elevarían a los Tribunales superiores por vía de apelación; las jurisdicciones administrativas elevarían al juzgado administrativo al lado de los Tribunales judiciales (tribunales de naturaleza diferente por vía de casación). No queda más que el problema de la institución y de la reglamentación de este recurso, comprendiendo casos de apertura y admisibilidad y el problema del procedimiento de casación contra las decisiones tomadas por las jurisdicciones administrativas en segundo grado.

C) *Los principios generales de lo Contencioso Administrativo.*—Es necesario establecer algunos principios referentes a la jurisdicción administrativa. Se deben enunciar las reglas que tienen por objeto el distinguir lo

contencioso objetivo de lo contencioso subjetivo. Se debe, en primer lugar, establecer el principio de la prioridad de las reglas de derecho público sobre las de derecho privado y la aplicación subsiguiente de las de derecho privado (32). Dos puntos sobre todo deben ser marcados claramente: la delimitación del campo, del control jurisdiccional y las consecuencias del principio de la autoridad de cosa juzgada. En el primer caso, se trata de determinar el campo de control de la legalidad, con exclusión de los actos de gobierno, de los actos discrecionales y de los actos disciplinarios. Fué justamente la desaparición de estas excepciones lo que provocó la extensión del campo del control judicial, hasta ciertos actos que han sido considerados siempre como fuera de su alcance, tales, por ejemplo, como el acto administrativo de declaración de utilidad pública en la expropiación, el acto administrativo disciplinario y el acto discrecional. Es preciso volver a levantar los fundamentos de la legalidad del acto administrativo para establecer su justo control jurisdiccional.

En cuanto a las consecuencias del principio de autoridad y de cosa juzgada, se presenta otro problema: el de la ejecución de la decisión jurisdiccional. Se refiere a una regla general concerniente a la eficacia de la justicia por sí misma, y a una excepción a esta misma regla.

La regla general es que toda decisión jurisdiccional debe ser ejecutada. La excepción surge de la pregunta siguiente: ¿en qué medidas puede la Administración aplicar o dejar de aplicar una medida jurisdiccional?

Sobre este punto, el Derecho francés enuncia la teoría de las «circunstancias excepcionales» (33). El derecho italiano no atribuye al juez de derecho común más que la función de declarar los efectos de su decisión, dejando a la Administración la misión de ejecutarlo. BIELSA pretendió quitar a la sentencia judicial toda intención oculta de usurpar los poderes de la Administración.

Nuestro régimen debería prever los casos en que no podría ser aplicada la función jurisdiccional, en razón de circunstancias excepcionales. Tal sería el caso en que la aplicación, en razón de la decisión jurisdiccional, provocase desórdenes sociales, implicándose un grave atentado al mantenimiento de los servicios públicos o condujese manifiestamente al enrique-

---

(32) RAFAEL BIELSA propone, a este respecto, el aplicar las reglas de lo Contencioso administrativo de la República Argentina en su obra *Ideas generales sobre lo contencioso administrativo*. He aquí algunas de ellas: 1) «La decisión contenciosa debe fundarse expresamente en la Ley y en los principios del Derecho constitucional administrativo o fiscal. Subsidiariamente, se pueden aplicar los principios de Derecho civil, cuando entre uno y otro derecho no hay oposición esencial. BIELSA, op. cit., pág. 133. 2). Ha preconizado: a) La regla de la decisión previa (idem, pág. 179); b) La regla que permite escapar del control jurisdiccional a los actos del Gobierno, a los actos discrecionales y a los actos disciplinarios (idem, pág. 33); c) El principio fundamental que prohíbe a los Tribunales judiciales usurpar los poderes de la Administración (idem, págs. 120-121).

(33) DECRETO COULTEAS, C. E., 30-11-1953. Concl. Rivet. Nota HAURIUO. DECRETO SOC. ST. CHARLES. C. E., 3-5-1938. concl. Dayras. Nota APPLETON, R. D. P., pág. 374.

cimiento sin causa. Pero la negativa de ejecución no debe permitir jamás abusos de la Administración. Es así que la negativa deberá ser confirmada por otra decisión jurisdiccional o especial, mediante un nuevo recurso hecho por todo interesado y basado en motivos bien fundados. Por el contrario, la denegación injusta de ejecución entrañaría la violación del principio de autoridad de cosa juzgada y la responsabilidad de su autor.

He aquí las reglas generales que deberían guiar la solución de nuestro problema jurisdiccional. No se trata de retirar al Juez de derecho común el conocimiento de los asuntos que interesan a la administración. En las condiciones actuales tiene, con relación a los cuerpos administrativos, una autonomía que no posee la propia jurisdicción administrativa. Y la autonomía de la autoridad jurisdiccional con relación a la administración activa, es un postulado, en cuanto a la eficacia de la justicia y a las garantías concedidas a los justiciables. Por último, nuestra inadaptación jurisdiccional es la consecuencia de un doble defecto: defecto en la aplicación en la norma de derecho público; defecto en la forma de organización jurisdiccional. Es uno y otro lo que constituye el problema cuya solución acabamos de bosquejar.

J. GUILHERME DE ARAGAO

