

## II. EXTRANJERO

# TÉCNICAS DE DEFENSA Y PARTICIPACIÓN DE LOS ADMINISTRADOS EN BRASIL

Por

REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA

Traducción: Prof. Dr. Luis Miguel ARROYO YANES  
(Universidad de Cádiz)

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. PRINCIPIOS. 2.1. *Principio de legalidad*. 2.2. *Qué es libertad*. 2.3. *Principio de tripartición de poderes*.—3. CONTROL SOCIAL: FORMAS TRADICIONALES Y NUEVAS. 3.1. *Elección*. 3.2. *Prensa*. 3.3. *Opinión Pública*. 3.4. *Municipio*. 4.1. *Defensor del Pueblo («ombudsman»)*. 4.2. *Sindicatos y Asociaciones de Clase*. 4.3. *Iniciativa popular*. 4.4. *Democracia participativa*. 4.5. *Comisiones Mixtas de Participación*. 4.6. *Consejos Económicos y Sociales*.—5. CONTROL ADMINISTRATIVO. 5.1. *Autocontrol- interno y externo (Tribunal de Cuentas)*. 5.2. *Tipos de control*. 5.3. *Derechos de petición y obtención de certificados*. 5.4. *Procedimiento administrativo*. 5.5. *«Reformatio in pejus»*. 5.6. *Probidad administrativa*.—6. CONTROL JUDICIAL. 6.1. *Constitucionalidad de las leyes (directa/difusa)*. 6.2. *Control de la discrecionalidad*. 6.3. *Control de los motivos*. 6.4. *Control por medio de los principios generales del Derecho*. 6.5. *«Habeas Corpus»*. 6.6. *Acción popular*. 6.7. *Acción pública civil*. 6.8. *Mandato de seguridad individual («mandato de segurança individual»)*. 6.9. *Mandato de seguridad colectivo («mandato de segurança colectivo»)*. 6.10. *«Habeas data» necesidad*. 6.11. *Mandato de obligación («mandato de injunção») expedición de normas*.—7. CONCLUSIÓN.

### 1. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo hace referencia a los medios de que dispone el individuo en las sociedades modernas, entre ellas la brasileña, para someter la actuación de los Estados a los límites constitucionales. Como es sabido, el Estado interviene en casi todos los sectores de la vida social. Invade a cada momento la esfera privada de los individuos, obligándolos a hacer o a dejar de hacer alguna cosa, o a soportarla. Es importante (identificar) dicho comportamiento, partiendo de que el ejercicio del poder estatal se encuentre ceñido a los estrictos límites de lo permitido constitucionalmente.

Se impone que algunas cuestiones sean repensadas por la sociedad como modo de intervención en la vida del Estado, y que su estudio sirva para exponer nuevas posturas de los juristas, a la luz de los modernos conceptos sociales y jurídicos. Los jueces, especialmente, deben estar

influidos por nuevas ideas que puedan provenir de otros Estados y encontrarse más en contacto con los deseos de la población. Como las resoluciones judiciales se dirigen no sólo a los particulares que litigan, sino también a los grandes colectivos, resulta fundamental que las soluciones adoptadas no estén disociadas de la realidad social que rodea al magistrado que resuelve. Este no puede distanciarse de los nuevos conflictos capital-trabajo, y ha de superar nociones individualistas. Los planos colectivo, difuso y, especialmente, el social, pasan a adquirir nuevas dimensiones en la vida de las sociedades. Los operadores que aplican la ley, y todos aquellos que tienen capacidad de decisión sobre la sociedad, no pueden dejar de tener conciencia de los problemas mundiales y sus inevitables reflejos sobre el comportamiento de todos. Incluso la prensa debe ser expresión de tales deseos: receptiva a sentimientos de crítica, ha de atenerse a la realidad de los hechos, reflejándolos de forma ponderada, de modo que no cause traumas. La crítica debe y tiene que ser necesariamente hecha, pero con conocimiento de lo que ocurre en verdad en la sociedad, incluso, y especialmente, en las capas más humildes de la población. El deber de informar lo es de informar bien, informar correctamente.

Es fundamental, por tanto, que sean examinadas las vías por las que los que tienen capacidad para alterar las reglas y el juego del poder puedan ser ayudados mediante informaciones correctas sobre los mecanismos de control del poder del Estado. Las formas convencionales, formales o informales, sociales o jurídicas, deben ser objeto de estudio para facilitar el instrumental más adecuado a los que ejercen el poder.

Los juristas presentes en el Décimo Congreso de Derecho Administrativo, celebrado en Belo Horizonte en 1986, dejaron sentado que había «llegado el momento de repensar el Derecho Administrativo brasileño, eliminando el carácter autoritario que había marcado su interpretación y adoptando en su total plenitud y con todas sus consecuencias los principios fundamentales del Estado Social de Derecho». El punto décimo de dicho Congreso establecía lo siguiente: «La Administración debe ser realmente pública, abierta, transparente y fiel a los principios del proceso legal debido, admitiéndose el secreto sólo en circunstancias excepcionabilísimas, de lo que se desprende el deber de facilitar el acceso a los expedientes administrativos, de propiciar el examen de las actuaciones».

Por decirlo en las certeras palabras del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, «el ciudadano no es un simple destinatario de la acción administrativa, no es un simple instrumento de poder, está en el origen del poder» («Hacia una nueva justicia administrativa». Madrid, *Civitas*, 1989, pág. 36).

## 2. PRINCIPIOS

Es a partir de una visión en la que el Derecho no es una red normativa creada para ahogar al ciudadano, sino, todo lo contrario, un conjunto de

principios y reglas orientados a asegurar los derechos individuales, colectivos, difusos y públicos contra los abusos del Estado, como puede comprenderse en su totalidad el *principio de legalidad*. Dicho principio está recogido en la Constitución Federal (apartado segundo del artículo quinto), y debe ser tenido en cuenta por todos los que tengan el deber de aplicar la legislación y las restantes normas infralegales. La ley es el acto necesario en el Estado Democrático de Derecho.

### 2.1. *Principio de legalidad*

En el ámbito del Derecho Privado el *principio de legalidad* se entiende como el deber de sujeción a la regla que determina el comportamiento obligatorio o prohibido. Ante el silencio de la ley, ante la no previsión de comportamiento, surge la libertad jurídicamente asegurada. De ahí que sea exacta la afirmación de que «ni todo lo que forma parte de la realidad física y social queda recogido en el cuadro esquemático de la *hipótesis* de la proposición normativa, ni en la multiplicidad intensiva y extensiva de la realidad está facilitar la operación conceptual normativa forzosamente simplificadora, inevitablemente abstracta, por el proceso de esquematización o tipificación selectiva de lo fáctico» (LOURIVAL VILANOVA. «As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo». Ed. Revista dos Tribunais, pág. 149). Si la realidad normativa no consigue captar todo el universo de la realidad, hay comportamientos que quedan lejos del fenómeno de subsunción, esto es, no todo lo potencialmente empírico puede estar normativamente previsto. Luego, si el ciudadano está obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa en virtud de la ley (apartado segundo del artículo quinto de la Constitución Federal), lo que no esté *prohibido* o *sea obligatorio* estará *legalmente permitido*.

El individuo es libre, pues, para desarrollar sus potencialidades, pudiendo canalizar su energía hacia los más diversos ámbitos de su dimensión humana, y no encuentra límites en dicho desarrollo salvo las que estén previstas legalmente.

Por su parte, la Administración encuentra mayores límites que el individuo. Este solamente está sujeto a la regla llamada de compatibilidad, mientras que la Administración está sometida a la regla de conformidad, esto es, únicamente puede hacer lo que esté estrictamente marcado por los mandatos normativos. No existe, en este caso, la llamada autorización implícita para actuar, denominada por AGUSTÍN GORDILLO como «aptitud para actuar» («Tratado de Derecho Administrativo», tomo I, IX-12). Existiría, en opinión de este autor, una competencia implícita, esto es, únicamente vendría atribuida finalidad al acto. Para alcanzar la finalidad prevista en el ordenamiento jurídico el funcionario sólo estaría autorizado a hacer todo lo que no estuviera prohibido.

Y todo ello porque, a diferencia de lo que ocurre en Derecho Privado, en el Derecho Público el Estado deber estar expresamente autorizado a actuar. Es precisamente por el hecho de que se dota al Estado de un conjunto de competencias para cuidar del interés público por lo que se

establece la supremacía de tales intereses sobre los de carácter privado. Por consiguiente, el principio de legalidad en el ámbito del Derecho Público no puede ser considerado como libertad para hacer lo que no esté expresamente prohibido o sea obligatorio, ni tolerablemente libre, porque la actividad administrativa aparece limitada al estricto ámbito de lo expresamente permitido. De ahí la aseveración de FRITZ FLEINER de que la Administración es «puesta en movimiento por la ley y opera en los límites de sus determinaciones» («Principes Généraux du Droit Administratif Allemand», 1933, pág. 87). En palabras de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, «la ley, o más exactamente el sistema legal, es el fundamento jurídico de toda y de cualquier actuación administrativa. La expresión legalidad debe ser entendida, por tanto, como “conformidad respecto al Derecho”, adquiriendo entonces un sentido más amplio» («Elementos de Direito Administrativo», pág. 14).

El sistema normativo no es, por consiguiente, una mera estructura sintáctica; es una auténtica garantía contra la actuación abusiva del Estado y de los particulares. El comportamiento de acuerdo con el Derecho no merece rechazo alguno.

## 2.2. *Qué es libertad*

Limitando el ámbito de actuación de la Administración Pública encontramos el concepto de *libertad*, que, en cierta medida se inserta en el de legalidad. ¿Cómo ha de entenderse esta noción? No, desde luego, como libertad ideal, como conjunto de principios, sino como libertad recortada, cuyo origen último es la libertad natural, y que se atribuye a los individuos a título de garantía. Evidentemente, existe un conjunto de principios que aseguran la libertad jurídica; ninguna norma puede restringirla. Lo que importa, en este sentido, no es la interpretación meramente literal de los textos normativos: la libertad está incorporada en todo ellos y se encuentra recogida también en la Constitución Federal.

La libertad jurídica nace con el individuo y se desarrolla con él. Es la parte de libertad natural que es devuelta al individuo a título de libertad jurídica. Dentro de esa libertad, dentro de la restricción del principio de legalidad por medio de las reglas de compatibilidad y de conformidad, restringiendo la actuación administrativa, todo desemboca en el principio de reparto de poderes, con la atribución del monopolio al Poder Judicial.

## 2.3. *Principio de tripartición de poderes*

La experiencia eterna de que todo aquél que detenta el poder tiende a abusar de él, en la famosa frase de MONTESQUIEU, hace nacer el sistema de control de un poder por otro. Dentro de la *tripartición* de los poderes, corresponde al Judicial el mantenimiento de la integridad del ordenamiento jurídico cuando éste es lesionado. La recomposición del ordenamiento quebrado es tarea que incumbe a los jueces: ninguna lesión puede ser sustraída al control de órganos imparciales; es una exigencia de todo

Estado de Derecho. La Constitución puede crear mecanismos de control por sí misma. Es más, no puede excluir del enjuiciamiento definitivo cualquier agresión a la intimidad jurídica del individuo por parte del órgano imparcial; es una característica del Estado de Derecho.

Expuesto cómo se desenvuelve el respeto a los principios constitucionales, y analizados los dos principales principios, así como la primera garantía del reparto de poderes, pasamos a examinar las diversas clases de control del poder.

### 3. CONTROL SOCIAL: FORMAS TRADICIONALES Y NUEVAS

*Control social.* Los tipos de control social pueden clasificarse en tradicionales y nuevos.

#### 3.1. Elección

Entre los primeros se incluyen las *elecciones*. Por medio de ellas es como el pueblo elige a sus representantes para, que en su nombre, decidan su destino. Originariamente se instauraba una Asamblea constituyente, esto es, una reunión de representantes que va a dar forma al Estado, definiendo cuáles son los órganos de ejercicio del poder, delimitando las competencias de cada uno de ellos y asegurando los derechos individuales. Tendríamos ahí lo que se llama *constitución en sentido material*. Esta sería el fruto de la labor constituyente, esto es, un documento solemne en el que se expresa la división del ejercicio del poder. Por otra parte, puede existir compatibilidad entre las reglas recogidas en ese instrumento y su aplicación real de cara a la sociedad. Se habla aquí de *constitución real* o empírica, a la que alude FERDINAND LASSALLE («¿Qué es una Constitución?»). Por último, puede afirmarse la existencia de una denominada *constitución formal*, conforme a la cual todo aquello que consta en el texto del documento constitucional es constitucional. Poca importancia tendría, en este sentido, el contenido de lo que allí se recoge.

El Poder constituyente nace, bien de una ruptura violenta con el orden jurídico anterior, bien del paso pacífico a otro ordenamiento. De ahí que se hable de constituyente auténtica e inauténtica: la primera proviene de una revolución; la segunda tiene su origen en la acomodación de las normas a las exigencias de la sociedad. En este contexto se habla también de constitución originaria, que no tiene límites, derivada, que está constituida y limitada.

En suma, cuando se habla en términos constituyentes se presupone una completa ruptura con el ordenamiento jurídico vigente y la introducción de otro sistema que va a regir la vida de la comunidad de acuerdo con los más legítimos deseos populares. La consagración del nuevo orden jurídico estructurado sobre bases sólidas es lo que se denomina constituyente. La base sólida es la atención a las necesidades del pueblo, el fin de

sus angustias. En síntesis, se transforma la realidad rebasada y esclerotizada, implantándose nuevos aires en la vida política, social y económica, dando a todas ellas una amplitud jurídica de solución.

La Constitución, una vez otorgada o promulgada, fija las reglas sobre las que habrá de efectuarse la elección.

De ahí el control de, por lo menos, parte de la comunidad que supuestamente escoge los mejores candidatos; es una forma efectiva de participación del individuo en la colectividad. La elección es la manifestación de la opción política del ciudadano que, de este modo, participa en la elección de los que habrán de ejercer el poder. Siempre que aquella sea periódica y responsable, puede considerarse como una forma de control. Presupuesto de todo mandato es la responsabilidad del que ejerce la función pública: es la consagración del principio republicano.

### 3.2. *Prensa*

Existe una natural fiscalización de los órganos de la Administración Pública por medio de la prensa. Siendo ésta libre —requisito fundamental del Estado de Derecho—, le corresponde informar a la población sobre los hechos que acontecen en la órbita de la Administración Pública. Además de la información genérica sobre los hechos políticos, financieros y sociales, deportivos, etc., tanto a escala mundial como brasileña, le corresponde el análisis del comportamiento del administrador público. Denuncia cuándo hay desviaciones, y le corresponde fiscalizar los órganos de ejercicio del poder cuando existe práctica de actos viciados.

Requisito fundamental de la Administración pública es la obediencia a los principios de «legalidad, neutralidad, moralidad y publicidad» (art. 37 de la Constitución Federal). En consecuencia, la prensa libre y honesta ejerce un control fundamental sobre la sociedad y sobre la Administración Pública.

### 3.3. *Opinión Pública*

La prensa genera la opinión pública. Esta nace no sólo por las informaciones que capta a través de la prensa hablada, escrita y televisada, sino que también se difunde por medio de conversaciones informales en pequeñas comunidades.

### 3.4. *Municipio*

El Municipio en Brasil es un foro de participación bastante antiguo. La elección de concejales y de prefectos que representan a la población y administran la ciudad comporta la efectiva colaboración de todos. La información por medio de panfletos puede proporcionar bases para la formación de la opinión pública.

Del mismo modo, los científicos sociales, los presidentes sindicales, los representantes de clase, los economistas, los sociólogos, los psicólo-

gos, van a reflejar, tras captar la sensibilidad popular, los sentimientos aletargados o despiertos de la colectividad, transmitiendo sus opiniones a los demás, a través de los medios de comunicación. De este modo irá formándose una convicción, las ideas se divulgarán y se formará el «sentimiento popular». Este es manipulable por la prensa, que transmite informaciones favorables o desfavorables a propósito de determinadas personas influyentes, conquistando su beneplácito o rencor al tiempo que se difunden las noticias.

#### 4.1. *Defensor del Pueblo («ombudsman»)*

Entre las *nuevas formas* de control social puede encuadrarse al denominado *defensor del pueblo*. Han existido intentos de incorporar esta figura al sistema jurídico brasileño. A él correspondería vigilar el efectivo respeto a los derechos asegurados en la Constitución por parte de los poderes del Estado. Su designación podría ser directa, por elección o mediante propuesta del Ejecutivo y aprobación por el Legislativo. En España, a partir de la Constitución de 1978, existe el «defensor del pueblo», y en Francia el «mediador», que son personas designadas, escogidas o elegidas, que fiscalizan a los demás órganos de poder.

Con la misma orientación surge el «ombudsman» de origen sueco. A él se le reconocen atribuciones de control y de exigencia de cumplimiento de prescripciones normativas de garantía de derechos.

Del mismo tipo es la institución del denominado «Oidor General», que tendría la misión de atender a la población y canalizar sus reivindicaciones, defendiéndolas ante los órganos de ejercicio de poder.

#### 4.2. *Sindicatos y asociaciones de clase*

Los *sindicatos y asociaciones de clase* pasarán a tener un importante papel de control de las entidades estatales a partir del momento en que a éstas fuera asignada la legitimidad para ejercer el control de las agresiones a la comunidad. En este sentido cumplen un papel también relevante las asociaciones vecinales y las comunidades de base, estas últimas normalmente bajo inspiración de la Iglesia Católica.

#### 4.3. *Iniciativa popular*

La *iniciativa popular* en materia legislativa (art. 61 vigente y 61 derogado de la Constitución Federal) proporciona un potente elemento para las reformas legislativas, factor que puede dar lugar a una probable alteración de las formas tradicionales de control.

#### 4.4. *Democracia participativa*

Al hablarnos de formas de participación pensamos en *democracia participativa*, gobierno del pueblo, el Pueblo participando del gobierno.

¿Es lo mismo o da lugar a antinomia, a incompatibilidad? Se conciben, en verdad, como cosas diferentes; son antitéticas, por más que nuestra Constitución diga que todo el poder es del pueblo, que lo ejerce por medio de sus representantes (párrafo único del art. primero de la Constitución Federal). ¿Será eso verdad o se trata, más bien, de una falacia? No nos cabe la menor duda de que ésta es de una de las grandes mentiras convencionales de nuestro tiempo, a la manera de MAX NORDAU.

El que pasa a ocupar un cargo público dotado de poder de decisión tiende, normalmente, a perder el sentido de «munus» y pasa a tener visión de aprovechamiento, de usufructo de las prerrogativas. Es la pérdida de la conciencia de la sensibilidad comunitaria a la que alude GEORGE ORWELL en su «Rebelión en la granja».

En vísperas de las elecciones, y durante las mismas, se expresan toda clase de compromisos y acuerdos, de ruptura con la filiación partidista, con la corrupción, etc. ¿Para qué se persigue asumir el poder?: para cumplir los compromisos públicamente asumidos; pero tan pronto han sido planteados, son olvidados. Surge de ello la gran confrontación moderna: el gobierno es el pueblo. El mandato significa que el pueblo coloca a alguien allí para gestionarlo en su nombre; si los intereses públicos son olvidados aparece el conflicto entre el gobierno y el pueblo. Tendrá lugar incluso la descalificación del gobierno, dando lugar a su cambio, sea por vía electiva, sea por vía revolucionaria.

#### 4.5. *Comisiones Mixtas de Participación*

Es importante destacar la participación efectiva de la población por medio de las denominadas *Comisiones Mixtas de Planificación*. La participación es también un estado de espíritu. El administrador público debe estar abierto a este tipo de discusión; no puede pensar que tiene una función mesiánica de acuerdo con soluciones basadas en criterios que considera justos. Todo gobierno debe ser planificado, y para ello es fundamental la participación de la sociedad, de manera que exista mayor responsabilidad y, al propio tiempo, mayor control.

#### 4.6. *Consejos Económicos y Sociales*

De otro lado pueden crearse los denominados *Consejos Económicos y Sociales*. El Estado, al tiempo de planificar su desarrollo, debe saber distribuir sus recursos económicos para la consecución de su finalidad, y también saber amparar socialmente a los desvalidos.

## 5. CONTROL ADMINISTRATIVO

### 5.1. *Autocontrol, interno y externo (Tribunal de Cuentas)*

En un principio puede decirse que la Administración Pública ejerce el

autocontrol, esto es, los actos, una vez que han sido dictados, están sometidos ya a una nueva valoración (hablándose entonces de control de oportunidad o de control de legalidad, según los casos) ya a una confrontación de validez. La Regla número 473 del Tribunal Supremo Federal establece que corresponde a la Administración la revocación de los actos inoportunos e inconvenientes y la anulación de los actos ilegales. Existe, pues, en nuestro ordenamiento, control de oportunidad y de legalidad.

### 5.2. *Tipos de control*

La Constitución Federal contempla la fiscalización contable, financiera, presupuestaria, de obras y patrimonial desde el punto de vista interno mediante un sistema que se establece para cada Poder, aunque el mismo deba ser de carácter integrado (art. 74 de la Constitución Federal).

Asimismo, la Carta Magna prevee un control externo limitado al plano presupuestario, el cual es ejercido por el Poder legislativo con el auxilio del Tribunal de Cuentas (art. 70 de la Constitución Federal).

### 5.3. *Derechos de petición y obtención de certificados*

Existen otras formas de control recogidas en el párrafo XXXIV del artículo quinto de la Constitución Federal, que contempla los derechos de *petición y obtención de certificaciones*. Dispone la letra *a)* del precepto mencionado que se reconoce «el derecho de petición ante los Poderes Públicos en defensa de derechos o contra ilegalidades o abuso de poder», mientras que la letra *b)* establece el derecho a «la obtención de certificaciones en las oficinas públicas para la defensa de derechos y reconocimiento de situaciones jurídicas personales». El derecho de petición abarca el de representación contra la ilegalidad.

### 5.4. *Procedimiento administrativo*

En el ámbito del *procedimiento administrativo* puede afirmarse que el dueño del mismo no es el Estado. Éste se comporta siempre en clave autoritaria, prohibiendo el acceso a él de los interesados, la retirada del expediente, e incluso su mero examen, negando respuestas a preguntas planteadas, etc. El tono autoritario ya tuvo su momento. Hoy ya no es posible mantenerlo, y aunque aún subsista el viejo barniz. La nueva Constitución reconoció para el ámbito administrativo «el principio contradictorio y el derecho de defensa con los medios y recursos a ella inherentes» (párrafo LV del art. quinto).

*El proceso administrativo es, por tanto, garantía del administrado.*

### 5.5. *«Reformatio in pejus»*

Siendo esto así, está prohibida la *«reformatio in pejus»* en el seno del procedimiento administrativo. Si la Administración adoptó una sanción,

no puede volver por sí misma sobre ella y dictar otra, más severa que la anterior, sin que hubiese mediado ningún recurso.

### 5.6. *Probidad administrativa*

La Administración Pública es también controlada por el elemento «probidad», que puede ser causa incluso de delito de responsabilidad del presidente de la República (párrafo quinto del art. 85 de la Constitución Federal). Pero es sólo el jefe del Estado el que ha de dar muestras de probidad en el ejercicio de su cargo: es deber de todos sus servidores, sea cual sea el vínculo que mantengan con el Estado.

El principio de probidad adorna a toda la Administración Pública, y orienta la creación de otras normas en su contenido, facilitando la autointegración del sistema. NORBERTO BOBBIO llama a éstas «normas de primer grado», y a las distintas secuencias del sistema escalonado, «normas de segundo grado». Estas últimas son extraídas por deducción del ordenamiento jurídico, operando bajo la forma de autolimitación y autointegración para evitar la aparición de lagunas jurídicas.

Por este motivo la Constitución establece en su apartado segundo del artículo quinto que «los derechos y garantías previstas en esta Constitución no excluyen otros extraíbles del régimen y de los principios por ella adoptados o recogidos en los tratados internacionales suscritos por la República Federal de Brasil».

Sobre esta cuestión existe una interesante consideración de JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ sobre el principio de buena fe en Derecho Administrativo. Afirma este autor que «el hecho de su consagración en una norma legal no supone que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter» («El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo». Madrid, 1983, pág. 15.). Habla este autor de los principios generales del Derecho. Aclara que el hecho de que una disposición legal recoja una regla no significa que no exista un principio, ni que el mismo no haya existido antes de ser recogido en dicha norma.

## 6. CONTROL JUDICIAL

El último y más importante control proviene de la existencia del Poder Judicial. Conforme establece el párrafo XXXV del artículo quinto de la Constitución Federal, «la ley no excluirá del enjuiciamiento por parte del Poder Judicial ninguna lesión o amenaza al derecho». Detenta este Poder el monopolio de la jurisdicción. Ninguna otra autoridad, por muchas competencias que tenga, puede impedir que el Poder Judicial entre a conocer de sus actuaciones y, llegado el caso, las anule. Ninguna fuerza jurídica se puede oponer entonces a la invalidez de dichas actuaciones. Todos están sujetos al control y revisión judicial.

### 6.1. *Constitucionalidad de las leyes (directa/difusa)*

El primer control es el de la *constitucionalidad de las leyes*. La Constitución, como cúspide del sistema normativo, otorga o debe otorgar validez a todas las normas que sean publicadas. Todas ellas han de guardar estricta compatibilidad con el contenido de la Constitución Federal. El sistema escalonado presupone la validez otorgada por los principios y normas recogidos en la Constitución. Cualquier agresión al ordenamiento debe cesar. Cualquier lesión debe ser evitada. Si el Congreso Nacional, sin perjuicio de los controles de las Comisiones, publicara una ley inconstitucional, cabría el recurso directo.

El control de constitucionalidad opera de modo *difuso*, esto es, cualquier parte procesal puede plantear ante cualquier juez la declaración de inconstitucionalidad. El juez, por muy inferior que sea, puede declararla. El ámbito de su ejercicio, sin embargo, queda restringido a las partes litigantes.

Para la vía *directa* la legitimación activa corresponde a: «I. Presidente de la República; II. Mesa del Senado Federal; III. Mesa de la Cámara de los Diputados; IV. Mesa de la Asamblea Legislativa; VI. Procurador General de la República; VII. Consejo Federal de los Colegios de Abogados de Brasil; VIII. Partido político con representación en el Congreso Nacional y IX. Confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional» (art. 103).

El avance producido en este terreno es indiscutible. En otro tiempo la legitimación quedó reservada únicamente al Procurador General de la República, lo cual dió lugar a innumerables desviaciones. Era él el único juez de constitucionalidad. Actualmente una serie de personas están legitimadas para ejercitar la acción directa.

La competencia para resolver de modo definitivo de la cuestión planteada es exclusiva del Tribunal Supremo Federal, el más alto tribunal de la Federación, único al que corresponde la declaración de inconstitucionalidad de leyes o actos normativos federales o estatales [letra a) del párrafo primero del art. 102 de la Constitución Federal].

La resolución recaída previa acción directa tiene eficacia «erga omnes», y su ejecución sólo puede ser suspendida por el Senado Federal (párrafo décimo del art. 52 de la Constitución Federal).

### 6.2. *Control de la discrecionalidad*

De carácter igualmente fundamental es el segundo control, que hace referencia al denominado *control de discrecionalidad*. Como es sabido, el comportamiento administrativo puede ser reglado o discrecional. En el primer supuesto lo *reglado* supone la inexistencia de opción de comportamiento. Las palabras que utiliza la ley son absolutamente teóricas o precisas y, por tanto, no permite al administrador elección de comportamiento. La ley impone con carácter previo determinada conducta. Sin embargo, cuando la ley se pronuncia de tal manera que exige la

complementación de la orden dada por parte del funcionario, consagra la posibilidad de opción de comportamiento, existe una posibilidad de elección. Se deja libertad al funcionario para actuar, o no actuar, de determinada manera. En este caso surge la *discrecionalidad*.

Sin embargo, la ley no otorga validez a *cualquier* comportamiento del funcionario. Jalona su conducta de conceptos más o menos precisos. Dentro de ellos es posible la elección. Incluso puede predeterminar rigurosamente determinada solución: no puede ser cualquiera de las soluciones posibles, tiene que ser la mejor.

Del hecho de que el legislador emplee palabras imprecisas no puede deducirse que exista discrecionalidad. Ya me he extendido sobre esta cuestión en otro lugar («Acto Administrativo», Ed. Revista de los Tribunales, pág. 69). Como enseñan CARRIO, ALLESSI, WARAT, HOSPERS y tantos otros filósofos del lenguaje o estudiosos de la discrecionalidad, la ley no puede precisar todos los comportamientos posibles del administrador, ni debe hacerlo, so pena de entrometerse indebidamente en la intimidad del Ejecutivo. Incluso cuando se emplean palabras imprecisas no quiere decirse que se esté dando un cheque en blanco al funcionario: se le imponen unos límites, y éstos son rigurosos. De ahí la conclusión de GARCÍA DE ENTERRÍA («La lucha contra las inmunidades del Poder», *Cuadernos Civitas*, pág. 36) de que «el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación, que ha de atenerse, necesariamente, por una parte a las circunstancias reales que han de calificarse, por otra, al sentido jurídico preciso que la Ley ha asignado, con la intención de que la solución posible sea sólo una, al concepto jurídico indeterminado que su precepto emplea. Justamente por esto, el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es proceso reglado, podemos decir, utilizando el par de conceptos reglado-discrecional, porque no admite más de una solución justa, es un proceso de aplicación e interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales» (págs. 36-38).

En el mismo sentido cabe recordar aquí la conclusión de ALFONSO RODRÍGUEZ QUEIRO que, en 1968, en sus «Estudios de Derecho Administrativo» afirmaba que «si, por consiguiente, una autoridad administrativa no utiliza aquella medida que a su juicio es la mejor para la consecución del interés público específico que le corresponde realizar y, por el contrario, utiliza otras que siendo igualmente lícitas por cuanto que forman parte del conjunto de medidas entre las cuales puede escoger, no es en todo caso aquélla que la propia autoridad consideró la mejor para aquel fin, a la vista de todo ello es lícito concluir que esa autoridad no observó la ley en su más profundo e íntimo sentido».

Dada la flexibilidad y fluidez de los conceptos manejados, el juez, ante el supuesto concreto, no puede dejar de reconocer, llegado el caso, que la

solución elegida por el funcionario *no fue la mejor*. Debe anular la decisión administrativa, ya que la norma otorgó competencia al funcionario para que eligiese la mejor alternativa y no cualquiera de las posibles. El magistrado no podrá sustituir al funcionario en su decisión diciéndole cual es la solución que debe de ser adoptada en el caso concreto, pero no puede renunciar a decirle que aquella decisión adoptada no fue la mejor solución de todas las posibles, anulándola por este motivo.

En este sentido, no me ofrece la menor duda que es totalmente posible que el Poder Judicial pueda adentrarse en la intimidad de la Administración Pública para conocer si existe o no interés público, por ejemplo. Este concepto no es definido únicamente por el administrador público e incontrolable por parte del magistrado.

### 6.3. *Control de los motivos*

El control no se lleva a cabo únicamente mediante las palabras empleadas por la ley, sino también mediante el *control del motivo*. Este está constituido por el acontecimiento fáctico que informa la ejecución del acto administrativo. Como ya expresamos en nuestra obra «Acto Administrativo» (ed. 1980), «por motivo ha de entenderse el presupuesto de hecho, las circunstancias objetivas que autorizan que el acto sea dictado» (pág. 57, de la segunda edición).

El ejercicio del poder discrecional se apoya en una realidad fáctica que opera como un presupuesto de hecho de la norma cuya aplicación se persigue. Este hecho ha de ser una realidad de hecho, y como tal realidad ésta es siempre única. No puede ser y no ser al mismo tiempo, o ser simultáneamente de una manera o de otra. Por consiguiente, la realidad es siempre cierta: o el hecho se produjo de una forma o no se produjo.

De lo dicho se desprende que es posible controlar el comportamiento administrativo por la valoración correcta de los hechos.

### 6.4. *Control por medio de los principios generales del Derecho*

De otro lado, como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, puede controlarse la discrecionalidad por medio de los *principios generales del Derecho*. Basta recordar aquí el de buena fe para apuntar las amplias posibilidades de tal control.

### 6.5. «*Habeas Corpus*»

Asimismo, puede limitarse el abuso de autoridad por medio del «*habeas corpus*» previsto en el párrafo LXVIII del artículo quinto que establece: «procederá el “*habeas corpus*” siempre que cualquiera sufra o se encuentre amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad de movimientos, por ilegalidad o abuso de poder».

Consagrado en 1216 por medio de la Carta Magna de Juan Sin Tierra, garantiza el derecho de movimiento no sólo contra los particulares, sino

también contra el abuso de autoridad por parte de los funcionarios públicos. Cualquier detención abusiva será considerada ilegal y el juez deberá asegurar el libre ejercicio de las libertades individuales.

Existe también el instrumento jurídico de la *acción popular*. El párrafo LXXIII del artículo quinto de la Constitución Federal garantiza al ciudadano legitimación para interponer una acción «que persiga la anulación del acto lesivo al patrimonio público o a entidad participada por el Estado, la moralidad administrativa, el medio ambiente, y el patrimonio histórico y cultural, quedando el autor, salvo contrastada mala fe, exento de costas y tasas judiciales».

No se requiere que exista necesariamente nulidad del acto y lesividad del mismo al patrimonio público. Basta la existencia de dicha lesividad como requisito para que sea estimada la acción popular que imponga la destrucción de acto administrativo. No hay necesidad, insisto, de que el acto sea nulo; importaría su nulidad si fuera lesivo al patrimonio. La doctrina no exige la coexistencia de ambos requisitos para que sea posible el ejercicio de dicha acción. De la redacción del precepto constitucional se desprende que basta la existencia de lesividad para que pueda estimarse la acción.

De otro lado, no debe mantener un concepto limitado de ciudadano, como aquél que está en relación con sus derechos políticos. Toda interpretación restrictiva de las garantías constitucionales es incompatible con su propia existencia. Basta con que se sea brasileño, importando poco, en este sentido, si se votó o no en las últimas elecciones. Lo determinante es la cualificación que se deriva de ser brasileño, resultando indiferente si se está al día en el cumplimiento de los derechos políticos. La afirmación más autorizada en este terreno proviene de HELY LOPES MEIRELLES, y por venir de una autoridad tan reconocida ha sido repetida por todos aquellos que han estudiado este problema. Por consiguiente, la interpretación restrictiva en esta materia no puede mantenerse.

La tercera observación que cabe realizarse es la de la amplitud del precepto, pues éste abarca no sólo la anulación de los actos lesivos al patrimonio público, sino también «de entidades participadas por el Estado», lo que supone una ampliación a hipótesis que permanecían excluidas, extendiéndose, asimismo, el ejercicio de la acción popular a la moralidad administrativa, al medio ambiente y al patrimonio histórico y cultural. En relación con este aspecto de la cuestión, cabe decir que es fundamental la interpretación generosa de los conceptos, para que todo quede al amparo de la norma constitucional.

#### 6.7. *Acción pública civil*

Otro importante paso es el que ha sido dado con la previsión constitucional de la denominada *acción pública civil*. Se ha otorgado legitimación para su propuesta al Ministerio Público (párrafo III del art. 129 de la Constitución Federal), y persiga la protección del «patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos».

La citada acción dispone de una regulación específica en la Ley número 7.347, de 24 de julio de 1985. Sobre la misma cabe realizar una observación de importancia: el interés individual cede ante el interés difuso o colectivo. No existe ningún interés subjetivo centralizado en alguien en concreto, sino que el mismo se encuentra diseminado entre las entidades y entre todos los brasileños en conjunto. Hablamos una amplia legitimación para utilizar dicha acción.

Su titularidad no es exclusiva del Ministerio Público. Corresponde su ejercicio a la Unión, a los Estados y Municipios, Entidades Locales, Empresas Públicas, Fundaciones, Sociedades de Economía Mixta o a la Asociación que habiendo sido constituida al menos un año antes incluya entre sus finalidades institucionales la protección del medio ambiente, los consumidores, el patrimonio artístico, histórico, turístico, estético y paisajístico. La ley introduce así una gran innovación al otorgar legitimación a una serie de personas y alejarse del criterio de concederla únicamente a una persona o entidad en concreto.

El segundo punto de referencia obligada es la nueva dimensión que adquiere la noción de persona jurídica, y también el propio derecho de acción. Esta ley, en concordancia con lo establecido en la 6.938/81, establece la responsabilidad objetiva del que causa daño al medio ambiente o a los valores protegidos por la ley. Mientras que la acción popular se encamina a la anulación de los actos administrativos, la ley de acción pública civil persigue la anulación de cualquier tipo de comportamiento dañoso, y amplía, asimismo, el concepto de patrimonio público.

Se hace necesario destacar que esta acción puede ser propuesta contra el Estado y sus empleados, así como también, y especialmente, contra los particulares. Estos, más que nadie, dañan la naturaleza. De ahí la relevancia de esta ley para la institución de un fondo de recuperación de áreas afectadas por daños ecológicos.

Resulta, asimismo, fundamentalmente importante que el juez fije los términos en los que el recurso es admitido. El magistrado sopesará en cada caso la importancia del recurso y de sus efectos.

La acción a la que venimos refiriéndonos es un potente medio de control en beneficio del medio ambiente, patrimonio que, más que ningún otro país, Brasil debe a la humanidad.

#### 6.8. *Mandato de seguridad individual («mandato de segurança individual»)*

Paso a analizar seguidamente el denominado *mandato de seguridad* («mandado de segurança individual»). Esta garantía constitucional dispone de algún apoyo procesal: puede sostenerse que el mandato de seguridad es el hermano siamés del «habeas corpus». Así, antes de la Constitución de 1946 existía únicamente una garantía, la del «habeas corpus», y sólo un poco antes de ese año hubo separación entre ambos institutos jurídicos.

En nuestra opinión, a pesar de ello, el mandato de seguridad no

perdió sus características básicas. Voy a destacar algunas de ellas de cara a esta nueva visión que se persigue del *Derecho Administrativo*, que no es un derecho de Estado, sino de garantía del administrado frente al Estado. Para servir de instrumento de resistencia frente al Estado el mandato de seguridad debe ser un medio ágil y eficiente de garantía de la sociedad.

No aceptamos la intervención de la propia persona jurídica de Derecho sobre esta figura, salvo si actúa como asistente, correspondiendo al juez el examen de esa posibilidad procesal. Es cierto que la Ley número 1533 señala que las reglas del litis consorcio (art. 19) se aplican al mandato de seguridad. Como estamos analizando esta figura como un tipo de «habeas corpus», cualquiera que sea la forma de ejercicio de dicha acción, sobre la que han de dispensarse las exigencias formales de la petición que la inicia, deberá el juez requerir a la autoridad afectada las informaciones necesarias, y ésta habrá de dársela, lo quiera o no. No cabrá posibilidad alguna a la rebeldía procesal. La autoridad ofrecerá sus actuaciones, y el juez, oído el Ministerio Público, emitirá su sentencia por imperio de la ley.

Se nos dirá: pero eso es lo que ocurre normalmente. Sin embargo, ello no es así en la mayor parte de los supuestos. La persona jurídica de Derecho público, en el caso de que se persone en los autos, tendrá que probar el interés efectivo para actuar. Ello ocurrirá habitualmente, pero también puede suceder que el juez tenga libertad para mandar retirarlo de los autos simplemente porque no ha habido una contestación de la autoridad. Son actuaciones que ella aquélla de aportar, como dice la ley, sin que ésta determine la defensa del acto dictado. Es el juez el que dirá si esa solución fue o no válida.

Resulta discutible, asimismo, el plazo temporal del mandato de seguridad. Dentro del nuevo enfoque que se le quiere dar a las garantías constitucionales, entendemos que el referido mandato no puede tener plazo de interposición. Los ciento veinte días fijados por la ley no pueden admitirse, pues ese plazo deviene inconstitucional. Es más, la primera vez que sostuve esa interpretación (por medio de voto particular en el Primer Tribunal Civil de Apelación) eran sólo palabras sustentando una postura que por la falta de autoridad de quien la mantenía resultaba difícil de consolidar. Hoy veo con la máxima satisfacción que estoy muy bien acompañado en su defensa.

En el último Congreso de Aniversario de los cincuenta años del Mandato de Seguridad, en Río Grande del Sur, SEABRAS FAGUNDES sostuvo literalmente: «acabo de redactar un trabajo sobre el mandato de seguridad, y aunque sostenía la constitucionalidad de ese plazo temporal he cambiado de opinión a este respecto, de tal modo que en dicho trabajo que habré de exponer en El Salvador mantengo la tesis de la inconstitucionalidad de su existencia. Del mismo modo que el "habeas corpus" no tiene plazo alguno para su planteamiento, tampoco debe tenerlo el mandato de seguridad». La misma interpretación es sostenida hoy por el prestigioso jurista CARLOS MARIO DA SILVA VELLOSO («Mandatos de seguridad y de mandamiento», Ed. Saraiva 1990, pág. 88).

¿Por qué no puede estar acotado dicho plazo? Imaginemos que alguien tiene un denominado derecho líquido y cierto, o sea, un hecho debidamente probado documentalmente y previsto en una disposición legal, y de ahí pretende extraer alguna consecuencia jurídica. Imaginemos que han pasado doscientos días. ¿El no puede solicitar del juez un mandato de seguridad? ¿por qué? ¿Qué es lo que lo prohíbe? Si la ley pudiese limitar el mandato de seguridad tendría que admitirse, en consecuencia, que pudiera extinguir la propia garantía en que consiste, lo cual es rematadamente absurdo.

Si se admiten ciento veinte días, ¿por qué no admitir veinte, tres, etc.? Si se deja al criterio del legislador fijar el plazo, puede aceptarse que el legislador lo limite de tal modo que acabe extinguiendo la propia garantía constitucional. Como el límite del legislador está en la misma Constitución Federal, él no puede fijar el plazo para el ejercicio de la garantía. Sostengo, y me someto a todo tipo de consideraciones en contrario que *sólo se pierde el plazo de interposición del mandato de seguridad en la medida en que se pierde el propio derecho que quiero ejercer mediante el mandato de seguridad*. En fin, es una interpretación que someto a la crítica de todos.

En verdad, resulta demasiado restrictivo considerar el mandato de seguridad cuando al propio tiempo se señala que sirve únicamente para anular actos de autoridad. Ahora pienso en el párrafo LXIX del artículo quinto de la Constitución Federal, cuyo texto establece: «cabrá el mandato de seguridad para proteger cualquier derecho líquido y cierto no amparado mediante "habeas corpus" o "habeas data", cuando el responsable de la ilegalidad o abuso de poder sea una autoridad pública o agente de una persona jurídica en el ejercicio de competencias del "Poder Público"». No veo que en ningún lugar se hable de acto. Cuando la Ley número 1533 habla de acto está restringiendo la propia redacción de la Constitución Federal, y no puede hacer semejante operación. Aquí sigo en su totalidad la interpretación de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE LELLO, cuando destaca que: *es dispensable la existencia de acto, basta el procedimiento*, basta una amenaza aunque ésta sea oral o verbal, para que pueda operar el mandato de seguridad.

CELSO ANTONIO da algunos ejemplos, y uno de ellos sería que una autoridad, un oficial de policía, por ejemplo, diga: mañana voy a hacer tal cosa. Eso sale impreso en los periódicos, todo el mundo acaba sabiéndolo en una pequeña comunidad: ya existe amenaza de ilegalidad, de abuso de poder, luego, es dispensable que se tenga que dictar un acto. Basta que el recurrente en mandato tenga inicialmente esa afirmación, porque su palabra vale tanto como la de la autoridad objeto de recurso.

Es necesario, y sobre esta cuestión ya publiqué un pequeño artículo en «O Estado de Sao Paulo», que para la defensa del mandato de seguridad se de a las informaciones que habrán de tenerse en cuenta el sello de la veracidad. ¿Corresponde al acto administrativo a ejecutar la presunción de legalidad? A nuestro juicio es un mero elemento informativo de la autoridad administrativa, y no tiene esa presunción de legalidad para

tener fuerza en juicio. La misma fuerza que tiene la palabra del recurrente en mandato la tiene el que es objeto de ese recurso.

Otra cuestión que quería plantear hace referencia al plazo de la medida cautelar, y a las numerosas leyes que no la admiten y las que exigen fianza para su concesión. Todas ellas, en mi opinión, son inconstitucionales: o existen circunstancias de hecho y jurídicas que exigen la concesión de la medida cautelar, o no existen. Si el juez es absolutamente consciente de que su no concesión puede acarrear un daño irreparable en el derecho del recurrente, tendrá que otorgarla. No puede exigir garantías adicionales, porque la Administración dispone de sus propias garantías.

El plazo de la medida cautelar es otra limitación absurda derivada del régimen totalitario. ¿Cómo es posible considerar la adopción de la medida cautelar en un plazo de noventa días, prorrogable por otros treinta, en el estado en que se encuentra actualmente nuestro Poder Judicial? Se admite comúnmente el exceso de plazo, las dificultades por las que pasa el Poder Judicial, y no diría sólo aquí en la Capital, en las Jurisdicciones de Hacienda del Estado, en las Municipales, en los que este plazo es observado estrictamente; son conocidos otros juicios en los que las medidas cautelares han de tener una continuidad o demora de meses, a veces hasta de años. ¿Por qué no estimar inconstitucional esa determinación de plazo? El juez ha de resguardar el interés de la parte de cara al juicio, lo que lleva a cabo a través de la medida cautelar, y si no consigue juzgar el pleito en plazo, él mismo prorroga dichas medidas cautelares tanto cuanto considere oportuno. Es frecuente, incluso, que las partes reclamen ante la Justicia Federal y el juez prorroge en ese caso el plazo indefinidamente; o interponer otro mandato de seguridad para que prorrogue a aquella medida cautelar concedida en primer grado para que sea mantenida hasta que recaiga una resolución judicial de primer grado. Por medio de una disposición provisional convertida en norma legal fue prohibida la posibilidad de concesión de medida cautelar contra el plan económico del gobierno. Se trata de una ley inconstitucional, primero porque llega después de medidas cautelares adoptadas sin los requisitos de urgencia y necesidad; segundo, porque impide el libre ejercicio de jurisdicción; tercero porque prohíbe el acceso a la Jurisdicción.

Otro punto que nos llama la atención en el mandato de seguridad hace referencia a su interposición contra una actuación judicial. Los tribunales admiten la presentación del mandato de seguridad contra resoluciones judiciales cuando se hayan interpuesto recursos sin efecto suspensivo, solicitando la concesión de dicho efecto. Los tribunales han encontrado una forma, a nuestro modo de ver completamente errónea, de conceder el mandato de seguridad. El juez dicta una resolución cualquiera que a juicio de una de las partes es ilegal. ¿Qué se hace en este caso?: Se apela dicha resolución. Al propio tiempo, se interpone un mandato de seguridad para que el tribunal otorgue efecto suspensivo a la apelación planteada. De este modo, se llega al absurdo en la utilización del mandato.

Supongo que ésta va a ser una interpretación que va a ser superada en breve tiempo. ¿Por qué no se debe admitir la interposición de la medida

de seguridad si ha existido una ilegalidad, un abuso de poder? ¿Qué es lo que impide, a la luz de la regulación constitucional, que sea destruido el obstáculo creado por el magistrado? No veo ningún impedimento en ello. Resulta curioso, en este sentido, que hasta el Tribunal Supremo Federal considere admisible el mandato de seguridad contra supuestos teratológicos. Ahora bien, la teratología aparece definida en los diccionarios como el estudio de las monstruosidades. O la hipótesis planteada es ilegal, y por este motivo se concede el mandato de seguridad, o no lo es, y no se concede dicho mandato. Incluir aquí los supuestos teratológicos no tiene la menor lógica jurídica.

También vengo sosteniendo, a la vista de esta nueva configuración de las garantías constitucionales, el llamado efecto rescisorio del mandato de seguridad. Si el tribunal o el propio juez comete una ilegalidad, si eso es posible, ¿por qué no admitir el mandato de seguridad con efecto rescisorio? No veo mayor dificultad en ello a la vista de los requisitos constitucionales exigidos.

Dos datos únicamente: no debe aceptarse la regla número 597 del Tribunal Supremo Federal que prohíbe la interposición de embargos que supongan una infracción del mandato de seguridad. El estudio del motivo de esa restricción no encuentra respaldo jurídico alguno. Si está escrito en la Constitución que se les asegura a los acusados la más amplia defensa con los recursos a dicha defensa inherentes, y eso no sólo se aplica al proceso criminal, sino también al administrativo, por ser un principio constitucional (párrafo LV del art. quinto), si es así, y ese precepto se aplica a todos los procesos judiciales, civiles, administrativos incluso, ¿por qué no aceptar embargos de ese tipo?, ¿por qué se restringe en el caso del mandato esa posibilidad?: no vemos motivos para mantener tal restricción.

Por último, está el llamado mandato de seguridad con fines reparatorios. Se afirma que dicho mandato no tiene como fin reparar lesiones, sino evitar que éstas acaezcan. Cuando se trata de un funcionario público que interpone el mandato contra acto de la autoridad para impedir, por ejemplo, que pueda ser perjudicado en sus emolumentos, los tribunales vienen entendiendo que sólo puede existir ejecución en los propios autos judiciales a partir de la interposición del mandato. Y más tarde, por tanto, reunida toda la documentación, el funcionario interpone una nueva acción para percibir la diferencia económica. Dicha disposición no tiene el menor sentido (art. 15 de la Ley número 1.533/51).

El mandato de seguridad o es una garantía constitucional, en cuyo caso habrá de emplearse con todas las consecuencias que puedan desprenderse de ella, con toda la amplitud que se persigue dar a esa garantía constitucional, o le damos un enfoque estrictamente procesalista, reduciendo por esta vía el mandato a la nada.

Por ejemplo, no conceder el mandato de seguridad contra las sanciones administrativas, es absurdo. A ello cabe añadir la opinión del profesor HELY MEIRELLES, el cual en las últimas ediciones de su gran trabajo sobre la materia reformuló su postura anterior, pasando a estimar inconstitucional dicha prohibición.

6.9. *Mandato de seguridad colectivo («mandato de segurança colectivo»)*

La Constitución de 1988 instituyó el denominado «mandato de seguridad colectivo» («mandado de segurança colectivo», párrafo LXX del art. quinto). Ello supone un gran avance, comportando la aplicación en el Derecho brasileño de las denominadas «class-actions» («“Class Actions” y el mandato de seguridad colectivo», de JOSE ROGERIO CRUZ E TUCCI, ed. Saraiva 1990). Dispone la letra *a*) del precepto constitucional que puede ser interpuesto dicho mandato por partido político con representación en el Congreso Nacional y *b*) por «organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento por lo menos un año antes, en defensa de los intereses de sus integrantes o asociados».

Los requisitos son: *a*) derecho subjetivo líquido y cierto, de carácter colectivo, cuya tutela sea invocada por el órgano jurisdiccional; *b*) lesión o amenaza jurídica a ese derecho que provenga de ilegalidad o abuso de poder, y *c*) acto u omisión de autoridad pública o de agente de persona jurídica en el ejercicio de competencias del Poder Público» (*ob. cit.*, pág. 49).

Como interés colectivo define el autor citado aquél «que hace referencia a los fines institucionales de asociación, de categoría, o de partido político, que deriva necesariamente de un vínculo jurídico de los que une a sus integrantes, sometiéndolos a un régimen normativo propio» (*ob. cit.*, pág. 50).

No es necesaria la autorización de los integrantes de la entidad recurrente. La admisión del mismo beneficiaría a los integrantes de esa categoría. Su denegación no impide la discusión del derecho individual, una vez que se admite la legitimación extraordinaria en esta materia.

6.10. *«Habeas data», necesidad*

La Constitución Federal introduce otra innovación. Se trata del «habeas data» para asegurar el conocimiento de informaciones relativas al recurrente, que figuren en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; «y *b*) «para la rectificación de datos cuando no se prefiera hacerlo por medio de proceso secreto, judicial o administrativo» (párrafo LXXII del art. quinto). Siempre consideré que la búsqueda de datos podría ser obtenida por medio del mandato de seguridad, siempre que estuviesen presentes sus presupuestos, esto es, el derecho líquido y cierto. Conocer las informaciones reunidas por el Poder Público es derecho de los administrados. Como se viene afirmando en este trabajo, el Derecho no se configura para el mantenimiento de las prerrogativas del Estado, sino como garantía del ciudadano.

A pesar de lo dicho, creemos que la Constitución ha explicitado e introducido en el sistema normativo brasileño un vehículo más garantizador de derechos. Por medio de él el ciudadano puede saber qué datos posee la entidad pública sobre su comportamiento y cómo modificarlos cuando exista interés o necesidad por parte del administrado.

### 6.11. *Mandato de obligación («mandato de injunção») expedición de normas*

Del mismo modo, puede calificarse de excelente la introducción del mandato de obligación («mandado de injunção»), que prevee el párrafo LXXI del tantas veces citado artículo quinto de la Constitución. Su finalidad es asegurar el derecho ante la ausencia de regulación que le sirva de amparo. Dispone el referido párrafo que «se concederá el mandato de obligación siempre que la falta de disposición reguladora haga inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía». Significa ello que la ausencia de disposición reguladora no puede neutralizar el ejercicio de cualquier derecho previsto constitucionalmente. Su ausencia no puede impedir tal ejercicio.

¿Cuál debe ser el comportamiento de la jurisdicción ante el mandato de obligación? Éste será el de decidir ante un caso concreto cuál habrá de ser la solución normativa que el recurrente pretende obtener. Limitarse a constatar la inexistencia de disposición reguladora y comunicar al órgano legislativo tal constatación supondría desconocer la influencia que comporta la inserción de la garantía de que se trate en el texto constitucional.

El tribunal competente deberá dictar una norma que generará efectos concretos, disciplinando la relación jurídica que emerge del pleito. No puede limitarse simplemente a constatar la inexistencia de la norma reguladora. ¿Y si el órgano legislativo competente no promulga la ley necesaria como corresponde? El Poder Judicial deberá legislar en el caso concreto. Se trata, en nuestra opinión, de la introducción de una nueva función legislativa que se le otorga al Poder Judicial. Se orienta a suplir la omisión de actuación del Legislativo.

## 7. CONCLUSIÓN

Suponemos que no es necesario discutir este tipo de problema en el ámbito procesal. Basta que tengamos a la vista que existe una Constitución rígida, que los jueces pueden hacer mucho más de lo que piensan en el examen de la legalidad de los actos administrativos, que pueden invadir la esfera íntima de la Administración Pública para analizar si su comportamiento está o no adaptado a la legalidad, para que estemos realmente ante un cambio de postura por parte de la propia Administración Pública.

Si pudiéramos pensar en esa posibilidad de mayor intervención, de mayor control por parte de los administrados, participando en la Administración Pública, incluso, llegado el caso, hasta los órganos de dirección de las empresas estatales; si pudiéramos tener ese tipo de control social, si pudiéramos iluminar el procedimiento administrativo con nuevas luces, desde posturas de libertad, si el Poder Judicial pudiera ser instrumentalizado y pasar a tener una visión más libertaria de esos prin-

cipios, más democrática, posiblemente la Administración pasaría a ser repensada por sí misma.

Para terminar, sólo me gustaría citar sólo dos pasajes de GARCÍA DE ENTERRÍA, correspondientes a su trabajo «La lucha contra las inmunidades del Poder». Mantiene este autor lo siguiente: la gran lucha de las sociedades modernas es crear un Estado de Derecho e instrumentalizarse como un Estado de justicia, pero entendiendo esa palabra no en un sentido impreciso o retórico, sino precisamente como Justicia jurisdiccional plenaria o plena. ALEXIS DE TOCQUEVILLE, citado por GARCÍA DE ENTERRÍA escribe: «La fuerza de los Tribunales ha sido en todos los tiempos la mayor garantía que se puede ofrecer a la independencia individual, pero esto es sobre todo verdadero en los siglos democráticos; los derechos y los intereses particulares estarían siempre en peligro si el Poder Judicial no creciese y no se extendiese a medida» que las condiciones de dificultad se igualan («De la démocratie en Amérique». París, Ed. Gallimard, 1951, II, pág. 331).

Es ésta la propuesta que quería presentar como medio de raciocinio para una sociedad mejor y para consolidar un Poder Judicial más actuante.