

EL MANDATO DE SEGURIDAD BRASILEÑO, VISTO POR UN EXTRANJERO *

Sumario: A) Dificultades para cumplir un compromiso ineludible. B) Literatura sobre mandato de seguridad, consultable y consultada en México. C) Proyección internacional del tema. D) Nombre. E) Naturaleza: a) Doble configuración, política y jurídica; b) Habeas corpus y mandato de seguridad. F) Rama del derecho procesal a que el mandato de seguridad pertenece. G) Mandato de seguridad y supuestos modos de comprobación jurisdiccional. H) Jurisdicción y jurisprudencia en orden de mandato de seguridad. I) Presupuestos constitucionales de la institución. J) Extensión del mandato de seguridad. K) Cuestiones atinentes a las partes. L) Palabras finales.

1) *A) DIFICULTADES PARA CUMPLIR UN COMPROMISO INELUDIBLE.* Cuando con fecha 10 de mayo del corriente año, el querido e insigne amigo Alfredo BUZAID me comunicó, en su calidad de secretario general, que los organizadores del Congreso habían decidido por unanimidad designarme relator o ponente extranjero sobre el mandato de seguridad, mi primer impulso fue declinar tan honroso como arriesgado encargo. ¿Qué iba yo a poder decir, en efecto, con ciertos visos de novedad *en Brasil* y a una asamblea con evidente predominio de juristas *brasileños*, respecto de un tema ciento por ciento *brasileño*, acaso, entre los de índole jurídica, el más *brasileño* de todos? Lanzado a ocuparme de sus antecedentes y evolución, de su contenido y finalidad, de su funcionamiento en la práctica, de sus interacciones con otras instituciones nacionales, de las actitudes doctrinales o de

* Ponencia sobre el tema *Mandado de Segurança*, presentada al “Primeiro Congresso Internacional de Direito Processual Civil-Terceiras Jornadas Latino-Americanas de Direito Processual Civil”, celebrados en São Paulo (Brasil) del 10 al 15 de septiembre de 1962. Organizadas dichas convenciones por un grupo encabezado por BUZAID y presididas luego por VIDIGAL, se escogieron con destino a ellas tres temas (mandato de seguridad, despacho saneador, y homologación de la sentencia extranjera), para cada uno de los cuales se designó un ponente brasileño (Luis Eulalio De BUENO VIDIGAL, Moacir AMARAL SANTOS y Galeano LACERDA) y uno extranjero (Niceto ALCALÁ-ZAMORA —México, D. F.—, Enrico Tullio LIEBMAN —Milán— y Adolfo GELSI BIDART —Montevideo—). La ponencia que aquí se reproduce, se leyó por su autor en la sesión del 12 de septiembre.

los rumbos de la jurisprudencia, el peligro que se me ofrecía a cada instante era el de, a estas alturas, pretender descubrir el Mideterráneo, inventar la pólvora o, según la expresión española, llevar hierro a Vizcaya. Llegué entonces a la conclusión desalentadora de que, por ser real, el compromiso en que me iba a ver envuelto era muy superior el aprieto en que la imaginaria Violante puso a Lope de Vega cuando solicitó de él un soneto¹

2) Pero después, tras el intercambio de unas cartas puntualizadoras con BUZAID, comprendí que el propósito de los colegas brasileños no había sido, en manera alguna, el de colocarme en el brete de optar entre la espantada y el ridículo, sino que les interesaba vivamente conocer la visión o, si se quiere, la reacción de un jurista extranjero ante o frente al mandato de seguridad, de la misma manera que en la esfera privada con frecuencia deseamos saber lo que de nosotros opinan los demás. Con ese ánimo, y aun seguro de incurrir en múltiples errores y lagunas y de que cualquiera de los otros procesalistas extranjeros aquí reunidos habría despachado la comisión mejor que yo, decidíme a acometer la empresa.

3) B) LITERATURA SOBRE MANDATO DE SEGURIDAD, CONSULTABLE Y CONSULTADA EN MÉXICO. No como disculpa de yerros, que los cargo íntegros a mi cuenta, sino a título informativo señalaré las obras que he podido utilizar en México para la redacción de la ponencia, tras recorrer diversas bibliotecas y recibir ayuda del más brillante amparista mexicano, el Lic. Héctor FIX ZAMUDIO. En primer término, los trabajos sobre el asunto publicados fuera de su patria por juristas brasileños y que en el epígrafe siguiente mencionamos. Y en segundo lugar, por orden alfabético de autores, los libros, folletos y artículos que paso a citar: Luiz Antonio de ANDRADE, *Do mandado de segurança*, en el volumen iv de los *Comentários ao código de processo civil* editados por la “Revista Forense”;² CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*;³ Themístocles BRANDÃO CAVALCANTI, *Do mandado de segurança*;⁴ Tito GALVÃO FILHO, *Dicionário de jurisprudência no mandado*

1 Es decir, el tan ingenioso como célebre que comienza así:

“Un soneto me manda hacer Violante,

“Y en mi vida me he visto en tal aprieto”

y que concluye:

“Contad si son catorce, y está hecho”.

2 Rio de Janeiro, 1942, pp. 329-62. El volumen aparece bajo el nombre de Luiz (de Macedo Soares) MACHADO GUIMARÃES; pero según se expresa en la nota previa (p. 3), los títulos iv, v (o sea el relativo al mandato de seguridad), vii, x y xi fueron desenvueltos por el Dr. ANDRADE.

3 6^a ed. (Rio/São Paulo, 1961), 589 pp.

4 4^a ed. (Rio de Janeiro/São Paulo, 1957), 487 pp.

de segurança; ⁵ Ary Florencio GUIMARÃES, *O ministerio público no mandado de segurança*; ⁶ José Frederico MARQUES, *O artigo 141, § 4º da Constituição Federal*; ⁷ MINISTERIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA: CASA DE RUI BARBOSA, *O mandado de segurança e sua jurisprudencia*, ⁸ con una “Introdução histórica” en el tomo I, comprensiva de los siguientes estudios: 1º, Arnold WALD, *Origens do mandado* (p. 11) y *A doutrina brasileira do ‘habeas corpus’* (pp. 11-27); 2º, Mario Cesar De MORAES PITÃO, *A posse dos direitos pessoais* (pp. 28-41); 3º, Carly SILVA, *O recurso de amparo* (pp. 41-4) y *Os ‘writs’ do direito norte-americano* (pp. 44-6); PONTES DE MIRANDA, *Do mandado de segurança*, en el volumen III, parte primera, de sus *Comentários ao código de processo civil*; ⁹ J. M. OTHON SIDOU: a) *Do mandado de segurança*; ¹⁰ b) *Inconstitucionalidade de lei e reparação do dano por mandado de segurança (Um caso de direito positivo)*; ¹¹ c) *O “juicio de amparo” (Subsídios ao estudo do mandado de segurança no direito comparado)*; ¹² d) *O mandado de segurança e a influencia dos interditos romanos*; ¹³ e) *“Para proteger direito líquido e certo...”*; ¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *A desapropiação de ações da companhia paulista de estradas de ferro (Illegalidades e inconstitucionalidades)*: en realidad, bajo el nombre del máximo juzgador brasileño, lo que se recoge es el alegato de BUZAID en el mandato de seguridad promovido en dicho asunto contra el gobernador de São Paulo; ¹⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO,

5 Curitiba (Paraná), 1960. 279 pp.

6 Curitiba (Paraná), 1959. 337 pp.

7 En “Revista de Direito Processual Civil” (São Paulo), 1960, 2º vol., pp. 13-20.

8 “Coleção de Estudos Jurídicos 2” (Rio de Janeiro, 1959), tomo I, 648 pp.; tomo II, pp. 653-1141.

9 Rio de Janeiro, 1948, pp. 177-200.

10 2º ed. (Rio de Janeiro/São Paulo, 1959), 321 pp.

11 Recife, 1953. 68 pp.

12 Recife, 1958. 47 pp.

13 Belém (Pará), 1956. 32 pp.

14 En “Rev. Dir. Proc. Civ.” cit., 1960, vol. 2º, pp. 91-110, y 1961, vol. 3º, pp. 133-45. Otros trabajos de Sidou sobre la materia: *Prazos legais em mandado de segurança (Exegese do art. 24 do código de processo civil)* (1953); *O recurso de “reclamação” e o mandado de segurança* (1953); *O efeito suspensivo do agravo de petição em mandado de segurança* (serie de tres comentarios; 1953); *Competencia em mandado de segurança (Uma caso singular de execução declinatoria de foro)* (1953); *O mandado de segurança na batalha do salario mínimo* (serie de cuatro conferencias; 1954); *Mandado de segurança e reparações patrimoniais* (1955); *Mandado de segurança e interditos possessórios* (1956). Ninguno de ellos ha podido ser consultado por nosotros. Sí, en cambio, su *Projeto de reforma da lei 1533 de 1951: Sobre o mandado de segurança (Como a justificação das alterações propostas)* Rio de Janeiro, 1959; 30 pp.), así como en el último minuto, integralmente redactada la ponencia, el *Ante-projeto de lei do mandado de segurança: I. Introdução (pelo Dr. Otto GIL); II. Relatório e Ante-projeto (pelo Prof. Celestino SA FREIRE BASILIO)* (Rio de Janeiro, 1960), 39 pp.

15 “Recurso ordinario Nº 9.549 no mandado de segurança impetrado contra o Governador do Estado de São Paulo” (São Paulo, 1961). 48 pp.

*A constitucionalidade da lei do nível universitário: Mandado de segurança N° 110.320,*¹⁶ volumen integrado por los siguientes materiales: *a-b) Petição do mandado de segurança* (pp. 5-42) y *Memorial dos impetrantes* (pp. 43-56, por Miguel REALE, Washington DE BARROS MONTEIRO y Benjamin MELE BEVILACQUA; *c-e) Pareceres de los profesores Themístocles BRANDÃO CAVALCANTI* (pp. 57-75), *PONTES DE MIRANDA* (pp. 79-88) y M. SEABRA FAGUNDES (pp. 89-105); f-g) Votos minoritarios en el agravio de petición¹⁷ número 101.000 (Campinas) de los “desembargadores” Bruno Alfonso DE ANDRÉ (pp. 107-27) y Gentil Do CARMO PINTO (pp. 129-49); Luis Eulalio de BUENO VIDIGAL, *Da imutabilidade dos julgados que concedem mandado de segurança;*¹⁸ y Arnold WALD, *O mandado de segurança na prática judiciária.*^{19 bis}

4) C) PROYECCIÓN INTERNACIONAL DEL TEMA. Los procesalistas brasileño sienten por la más típica figura de su enjuiciamiento nacional el mismo fervor que en el plano de instituciones más o menos afines a ella experimentamos los españoles por los procesos forales aragoneses, los ingleses por el *habeas corpus* o los mexicanos por el amparo. Y ese entusiasmo, plenamente justificado, les ha conducido a que en sus salidas internacionales con motivo de congresos en el extranjero, colaboraciones en homenaje o en memoria de jurisconsultos de otros países y artículos en revistas de fuera de la propia nación, el asunto escogido de preferencia haya sido el mandato de seguridad. Con idéntico espíritu con que artistas e industriales envian a las exposiciones sus obras o productos de mejor calidad y mayor fama, así también los procesalistas brasileños, sabedores del prestigio inherente al mandato de seguridad, estimaron que constituía el más brillante embajador jurídico que su derecho podía acreditar ante las demás potencias.

5) Como demostración al canto, he aquí, por orden cronológico, una lista de los ensayos en cuestión, de que tengo noticia. Cuando en 1950 se

16 São Paulo, 1961. 149 pp.

17 Acerca de este singular medio impugnativo brasileño, véase el fundamental trabajo de BUZAID, *Do agravo de petição no sistema do código do processo civil* (São Paulo, 1945; 2^a ed., 1956), reseñado por mí en “Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia”, núm. 37, enero-marzo de 1947, pp. 209-11, la primera tirada, y en “Revista de la Facultad de Derecho de México”, núm. 25-26, enero-junio de 1957, p. 363, la segunda.

18 S. Paulo, 1953. 215 pp.

19 Rio de Janeiro, 1958. 530 pp.

19 bis En prensa el artículo, recibimos el folleto *Estudos sobre o mandado de segurança* (Rio de Janeiro, 1963), comprensivo de los siguientes trabajos: Otto GIL, *Introdução à coletânea de estudos sobre o mandado de segurança* (pp. 5-31); Celso AGRÍCOLA BARBI, *Perspectivas do mandado de segurança* (pp. 33-47); J. J. CALMON DE PASSOS, *Do mandado de segurança* (pp. 49-108); J. M. Othon SIDOU, *A tutela judicial dos direitos fundamentais* (pp. 109-156).

celebra en Florencia el Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal, Brasil concurre a él con dos representantes, Oscar DA CUNHA, de Río de Janeiro, y Torquato CASTRO, de Recife y presenta cuatro comunicaciones, dos de ellas de los mencionados profesores²⁰ y las otras de Guilherme ESTELITA y de PONTES DE MIRANDA. Pues bien: la de ESTELITA versaba sobre el mandato de seguridad²¹ y la de PONTES DE MIRANDA, relacionábbase en algunos aspectos con él.²² A la vez, se rindió homenaje a CARNELUTTI, y en el volumen segundo de lo estudios en su honor encontramos un ensayo de VIDIGAL, donde examina tal remedio como modo de proteger al ciudadano contra los actos arbitrarios de las autoridades.²³ En 1955, mi compañero de labores Javier ELOLA tradujo y dio a conocer en el "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México" un excelente resumen acerca de la historia y rasgos más salientes del mandato de seguridad, compuesto por Arnold WALD.²⁴ Ese mismo año, con motivo del "Primer Congreso Ibero-American y Filipino de Derecho Procesal", reunido en Madrid para conmemorar una iniciativa mía, aunque, eso sí, con silencio absoluto acerca de su procedencia,²⁵ a saber: la relativa al centenario de la famosa y prolífica ley de enjuiciamiento civil española de 1855, base de la codificación hispanoamericana,²⁶ BUZAID hace acto de pre-

20 La de CASTRO, sobre *Da tutela processual dos contratos preliminares*, y la de DA CUNHA, sobre *O dever da verdade no processo civil brasileiro*, ambas en el volumen "Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile: 30 settembre-3 ottobre 1950" (Padova, 1953), pp. 205-18 y 219-24, respectivamente.

21 *Mandado de segurança contra ato jurisdiccional*, en "Atti Congresso", cit., pp. 228-38.

22 *Natura giuridica della decisione di incostituzionalità*, en "Atti Congresso", cit., pp. 338-44.

23 *Do mandado de segurança (Protezione del cittadino contro gli atti arbitrari dell'autorità nel diritto brasiliense)*, en "Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti" (Padova, 1950), vol. II, pp. 545-54. Pese al subtítulo, aclaratorio del concepto brasiliense para el lector italiano, el trabajo está escrito en portugués.

24 *El mandato de seguridad (Historia y antecedentes)*, en "Boletín" citado, núm. 24, septiembre-diciembre de 1955, pp. 35-62.

25 La idea fue lanzada por mí en circular impresa dirigida a numerosos procesalistas de lengua española y que llevaba por título *Conmemoración de la Ley de enjuiciamiento civil de 1855 y del Tratado de Caravantes al cumplirse su primer centenario* (fechada el 15 de junio de 1952 y reproducida en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 6, abril-junio de 1952, pp. 269-71, y en "Revista de Derecho Procesal". Argentina, 1952, II, pp. 342-5, más un resumen en "Revista de Historia de América" —México—, junio de 1952, p. 194).

26 Acerca de su repercusión en América, cfr. COUTURE, *Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano* (Córdoba, Arg., 1940), p. 19; ALSINA, *Influencias de la ley española de enjuiciamiento civil de 1855 en la legislación procesal argentina*, en "Actas del I Congreso Ibero-American y Filipino de Derecho Procesal" (Madrid, 1955), pp. 291-309. En cuanto a los antecedentes, gestación y rasgos del cuerpo legal en sí, cfr. FAIRÉN GUILLEN, *Estudio histórico de la ley procesal de 1855*, en "Actas", cit., pp. 331-448, y acerca de su orientación y propósitos, GOMEZ DE LA SERNA, *Motivos de las principales variaciones que ha introducido en los procedimientos la ley de enjuiciamiento civil* (Madrid, 1857).

sencia con una densa y polémica exposición sobre el mandato.²⁷ Poco después, el propio autor, en trabajo consagrado a la memoria del inolvidable COUTURE, se ocupa de la acción tendiente a la declaración de inconstitucionalidad en el derecho brasileño: su artículo ve la luz en España, por partida doble, o sea en la “Revista de Derecho Procesal” que allí se edita y luego en volumen recopilativo, y en el Uruguay, en el tomo donde se recogieron las actas y comunicaciones de las “Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal” efectuadas en Montevideo, y desemboca en el libro que con el mismo título y acompañado de un prefacio de REALE se imprime en 1958 en São Paulo.²⁸ A primera vista, ese trabajo es extraño al mandato de seguridad; pero ambas materias se asocian en el informe comparativo entre él y el juicio de amparo que en 1960 presentó BUZAI con ocasión del Primer Congreso Mexicano y de las Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal celebrados en la ciudad de México.²⁹

6) *D) NOMBRE.* Al extranjero que por primera vez se enfrenta con la institución brasileña, lo primero que le llama la atención es el *nombre* o, más exactamente, los dos substantivos que lo integran, aun cuando el segundo de ellos podría adjetivarse sin la menor dificultad: *mandato asegurativo*, en lugar de “mandato de seguridad”. ¿Por qué hablar de “mandato” y no de *proceso, juicio, recurso, sentencia o acción*,³⁰ denominaciones

27 *Do mandado de segurança*, en “Actas Congreso Ibero-American”, cit., pp. 487-506.

28 *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, en la citada revista española, 1957, pp. 558-603; luego en los “Estudios procesales en memoria de Couture” (Madrid, 1958), así como en el número (enero-marzo de 1958, pp. 225-75) que la “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales” de Montevideo consagró a las susodichas “Jornadas Latinoamericanas”, y, por último, ampliado en varios puntos y con el referido prólogo de REALE, en edición brasileña (São Paulo, 1958). Ajeno al tema del mandato de seguridad es, en cambio, otro de los trabajos de BUZAI aparecidos en el extranjero, a saber: *Del agravio en el auto del proceso*, en “Rev. Der. Proc”. Argentina, 1951, I (“Estudios en memoria de James Goldschmidt”), pp. 115-57.

29 *Juicio de amparo y mandado de seguridad (Contrastes e confrontos)*, en el tomo dedicado por la “Rev. Fac. Der. Méx.” (núm. 37-40, enero-diciembre de 1960) al “Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal-Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal” (México, 1960), pp. 107-56; reproducido en “Revista da Faculdade de Direito” (São Paulo), 1961, vol. LVI, fasc. 1, pp. 172-231. Réplica o reverso suyo lo es, a su vez, la comunicación presentada por FIX ZAMUDIO al Congreso de São Paulo, *Mandato de seguridad y juicio de amparo: Dos garantías constitucionales americanas para la defensa jurídica de la libertad* (en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, 1963, pp. 3-68; en prensa asimismo en las Actas del Congreso).

30 De “recurso”, por ejemplo, como en España a propósito de los de inconstitucionalidad y de amparo en la Constitución de 1931 (art. 121, letras *a* y *b*, y como desenvolvimiento suyo, los arts. 22, 26, 28-43 y 44-53 de la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales de 1933); de “juicio”, cual en México respecto del amparo (art. 107 de la vigente Constitución de 1917 y Ley de amparo de 1935, arts. 1-5,

que desde el respectivo ángulo parecerían más adecuadas y expresivas? Sin terciar en la divergencia que en este punto separa a VIDIGAL y a BUZAID,³¹ creo que en la suma de los ingredientes que integran toda decisión judicial, a saber: *fundamentación e imperatividad*,³² el legislador brasileño quiso, en este caso, cargar el acento sobre el segundo, sin que por ello compartamos la tesis de PONTES DE MIRANDA, quien tras los pasos de KUTTNER y de GOLDSCHMIDT ve en la figura que nos ocupa un ejemplo típico de *acción de mandamiento*.³³ Ahora bien: con excepción de las épocas en que, por reputarla digresiva, estuvo prohibida la fundamentación de las resoluciones judiciales,³⁴ ella alcanza su máxima amplitud en las sentencias de fondo y, por el contrario, se *comprime* y aun se *suprime* en las decisiones menores, como las de mero trámite o los acuerdos sobre policía de audiencias, en las que se sobreentiende o queda implícita.³⁵ La impresión es,

35-6, *passim*). Acerca de la impropiedad del término "recurso" para denominar verdaderos procesos, véase ALCALÁ-ZAMORA, *Los recursos en nuestras leyes procesales*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", febrero de 1930, pp. 85-7 (luego, en nuestros "Estudios de Derecho Procesal" —Madrid, 1934—, pp. 51-4), y *Proceso administrativo*, en "Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal" ("Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales" de Montevideo, enero-marzo de 1958), pp. 303-6 (en prensa, con adiciones, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 51, julio-septiembre de 1963).

31 Cuando el primero, tras sostener que ninguna sentencia se denomina "mandato", considera que el de seguridad consiste en una medida positiva o negativa de ejecución, cautelar o posesoria (*Da imutabilidad dos juzgados*, cit., p. 200), y cuando el segundo rechaza semejante interpretación y estima que la característica de la correspondiente acción no reside tanto en el mandato que el juez expide, como en el reconocimiento del derecho líquido y cierto que el mismo declara en la sentencia, de donde resulta que la decisión es el *prius* y el mandato el *posterior* (*Do mandado de seguridad*, cit., p. 496).

32 Es la segunda la que diferencia la *decisión* respecto del *dictamen*, en tanto que la primera, abstracción hecha de prescripciones formalistas, podría coincidir plenamente en ambos. De ahí nuestra noción de juzgador: *tercero imparcial instituido por el Estado para decidir jurisdiccionalmente y, por consiguiente, con imperatividad un litigio entre partes* (*El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas*, en "Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei", vol. II —Padova, 1958—, p. 11).

33 Elaborado el concepto por KUTTNER, en *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses* (Múnich, 1914), pp. 21 y ss. y 38 y ss., que por tal entiende la encaminada a obtener un mandato dirigido a otro órgano del Estado, mediante la sentencia, fue difundido por GOLDSCHMIDT a partir de la segunda edición (en la primera, de 1929, estaba ausente: cfr. p. 36) de su *Zivilprozeßrecht* (Berlín, 1932), pp. 61-2 (traducción española —Barcelona, 1936—, pp. 113-5) y acogido por PONTES DE MIRANDA en sus *Comentários*, cit. vol. III, 1, pp. 179-80. Pese al prestigio de sus propagadores, la acción de mandamiento no ha logrado arraigar.

34 Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Los actos procesales en la doctrina de Goldschmidt* (en "Rev. Der. Proc." argentina, 1951, I, pp. 49-76), nota 120 (p. 71).

35 Si a providencias limitadas a decir, por ejemplo, "dese traslado a x por tantos días", se le antepusiese la fundamentación, con señalamiento de los hechos determinantes y de los preceptos justificativos, cabe imaginar a qué extremo de desesperante lentitud y aun de atascamiento llegaría en su marcha la pesada máquina judicial. Y si frente a un tumulto durante el desarrollo de una audiencia, el presi-

pues, la de que precisamente en atención a la finalidad que satisface, en el mandato de seguridad importa más la *orden* (de hacer o de no hacer) y el correlativo *acatamiento*, que no la *argumentación* que a ella conduzca y el consiguiente *convencimiento* en el ánimo de sus destinatarios. Y es por ese lado por donde, a nuestro entender, se muestra más claro el entronque del mandato brasileño con varios de los antecedentes que suelen señalársele, desde los interdictos romanos y los procesos forales aragones al *habeas corpus* y los *writs* ingleses, mientras que en consideración al contenido, las semejanzas se manifiestan con mayor intensidad en otras direcciones, según pronto veremos (*infra*, núm. 10).

7) ¿Ese mandato de seguridad, tiene algo que ver con las medidas o *providencias asegurativas*, precautorias o cautelares?³⁶ El enlace habría que buscarlo, en primer término, y de nuevo, a través de los interdictos, de reputar que por lo menos algunos de ellos constituyen procesos cautelares autónomos, según tesis que, pese al prestigio de CARNELUTTI, su sustentador, no compartimos,³⁷ y, en segundo lugar, en relación con el *periculum in mora*.³⁸ Con todo, la posición procesal del mandato de seguridad, no, claro está, por razón de su objeto, sino del nexo con su causa determinante, acaso se halle más próxima a las *cuestiones prejudiciales*³⁹ que a las medidas precautorias.

dente hubiese de fundar la orden (por decirlo así, fulminante) de expulsión del local e incluso, en tribunales colegiados, discutirla y votarla previamente con sus colegas, también puede suponerse el resultado.

36 Sobre la posibilidad de diferenciar las *medidas de garantía cautelares* frente a las *medidas de garantías ejecutivas*, véase VIERA, *Las medidas de seguridad y el embargo* (Montevideo, 1949), pp. 21-2, *passim*; y para su crítica, la reseña nuestra de dicho libro, en "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", núm. 47-48, julio-diciembre de 1950, pp. 448-51.

37 Cfr. su *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I (Padova, 1936; traducción española: Buenos Aires, 1944), núms. 38 y 72-75. La autonomía del proceso cautelar, ya negada en nuestro *Derecho procesal penal* (en colaboración con LEVENE H.), tomo II (Buenos Aires, 1945), pp. 271-2, es categóricamente rechazada por DOS REIS, *A figura do processo cautelar* (sobretiro del núm. 3 del "Boletim do Ministerio da Justicia": Lisboa, 1947), donde subraya su carácter *instrumental*, desde el momento en que "presupone necesariamente otro proceso (principal o definitivo)": p. 23 (véase también la 47-8). En cambio, según ALGORIO, las providencias cautelares no constituyen una categoría autónoma en el aspecto *procesal*, pero sí en el *substancial*, al entrañar la declaración o la ejecución de un preexistente derecho subjetivo substancial de tutela: cfr. *Per una nozione del processo cautelare* (en "Rivista di diritto processuale civile", 1936, I, pp. 18-44), pp. 18-9.

38 Cfr. CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* (Padova, 1936; traducción castellana: Buenos Aires, 1945), núms. 8 y 18, en el segundo de los cuales muestra los dos tipos del *periculum in mora*, a saber: el relacionado con la infructuosidad y el conectado con la tardanza. Véase también DOS REIS, *ob. cit.*, pp. 21-4.

39 Un atisbo de la relación entre mandato de seguridad y cuestiones prejudiciales encuéntrase en CASTRO NUNES, *ob. cit.*, p. 71.

8) E) NATURALEZA: a) *Doble configuración, política y jurídica.* El mandato de seguridad presenta, como Jano, dos caras: *política* y *jurídica*. Cuando, por ejemplo, SIDOU afirma que “se ha convertido en el sostén más fuerte de nuestra democracia e incluso en los ominosos tiempos de la eversión constitucional —con una democracia caricaturesca— fue, sin duda, más que el *habeas corpus*, el istmo que ligó la isla política a que fuimos arrojados, con el continente, donde soplaban, en forma de resoluciones judiciales, una brisa amena de libertad y de respeto a ciertos derechos del hombre, vilipendiados e irreconocidos”,⁴⁰ está subrayando ese primer aspecto, de la misma manera que cuando, verbigracia, BUZAID lo presenta como “una forma judicial de tutela de derecho líquido y cierto, amenazado o violado por ilegalidad o abuso de poder, sea cual fuere la autoridad responsable”,⁴¹ destaca su segunda faz.

9) La índole política del mandato de seguridad explica que la institución, según ha puesto de relieve José Frederico MARQUES, pertenezca a la categoría de acciones con raíz en la Constitución,⁴² aun cuando esa circunstancia no determine necesariamente su adscripción al cuadro del derecho procesal constitucional, extremo que más adelante abordaremos (*infra*, núms. 12-16), como tampoco el hecho de que las leyes fundamentales de diversos países suelan contener las bases y garantías mínimas del enjuiciamiento criminal autorizaría la reabsorción del proceso penal dentro de las fronteras del constitucional en estricto sentido.

10) La doble configuración, política y jurídica, del mandato de seguridad es probablemente la causa de los tan distintos antecedentes y afinidades que se le señalan. Sin ánimo ni posibilidades de espacio para examinarlos uno por uno, sí destacaremos que la lista de ellos formada por los expositores brasileños consultados es sobremanera variada y abarca desde los interdictos romanos, acerca de los cuales llama especialmente la atención SIDOU, acaso por su calidad de romanista,⁴³ hasta las manifestaciones de justicia constitucional europea más próximas al advenimiento del mandato, como las soluciones austriaca y española,⁴⁴ pasando, según ya indicamos (*supra*, núm. 6), por los procesos forales aragoneses, el *habeas corpus* y demás *writs* anglosajones y, agregamos ahora, por el *due*

40 *Inconstitucionalidade de lei e reparação do dano*, cit., p. 13.

41 *Do mandado de segurança*, cit., p. 489.

42 *O artigo 141*, cit., p. 17.

43 Véase especialmente su trabajo citado en el número 2, nota 13, así como su libro *Do mandado de segurança*, cit., pp. 21-5.

44 Cfr. CAVALCANTI, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 9-50; WALD, *El mandato de seguridad*, cit., pp. 45-50.

process of law norteamericano,⁴⁵ el *détournement de pouvoir* francés, el amparo mexicano y hasta en algún autor (CASTRO NUNES) las acciones sobre estado civil.⁴⁶ Ello, en cuanto a posibles productos importados, a los que todavía se suman, de manera más inmediata, los de fabricación nacional, a saber: la acción sumaria especial del artículo 13 de la ley 221 de 1894, la con toda justicia denominada doctrina brasileña del *habeas corpus*, tan unida al nombre glorioso de RUI BARBOSA,⁴⁷ y el discutible, quizás incluso insostenible, empleo de los interdictos en un determinado momento para la protección de derechos personales.⁴⁸ Pues bien, la finalidad política, destinada a frenar abusos y extravíos de poder, se refleja, no en todos los antecedentes mencionados, pero sí, desde luego, en los más de ellos, sin que sea necesario, por su propia evidencia, la mención individualizada de cuáles sean. Pero antes de seguir adelante, bueno será llamar la atención acerca de dos extremos: uno, que la garantía contra tales extralimitaciones se busque en la intervención del Judicial, aunque ella no desemboque, como con notoria exageración se ha sostenido, en *gobierno de jueces*,⁴⁹ sino tan sólo en actuación de los mismos frentes a actos que cabría calificar de *desgobierno*, y otro, de carácter terminológico, muy significativo, porque enlaza la idea de *amparo*, que desde Aragón a Mé-

45 Acerca del mismo en la literatura jurídica de lengua española, cfr. Juan Francisco LINARES, *El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina: Razonabilidad de las leyes* (Buenos Aires, 1944), reseñado por nosotros en "Rev. Der. Proc." argentina, 1945, II, pp. 79-80; COUTURE, *El "debido proceso" como tutela de los derechos humanos*, comunicación al Segundo Congreso Internacional de Derecho Procesal (Viena, 1953), publicada en "La Ley" de 24 de noviembre de 1953 y en "La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración" (1954, pp. 169-82) y traducida al italiano (*La garanzia del "dovuto processo legale"*, en "Riv. dir. proc.", 1954, I, pp. 81-101) y al alemán (*Der verfassungsmäßige Schutz des Prozesses: Neue Beiträge zur Bestimmung des Begriffs des "due process of law"*, en "Zeitschrift für Zivilprozeß", 1954, pp. 128-56).

46 Cfr. ob. y lug. cits. en la nota 39.

47 Punto de arranque, los artículos 340 y siguientes del código judicario criminal de 29 de noviembre de 1832; momento culminante, el artículo 72, § 22, de la constitución de 1891, que fue el que sirvió de base a la interpretación extensiva mencionada en el texto; cercenamiento, en virtud de la reforma constitucional de 1926; aparición del mandato de seguridad, 1934. Cfr. WALD, *El mandato de seguridad*, cit., pp. 39-41.

48 Cfr. WALD, *El mandato de seguridad*, cit., pp. 42-5.

49 Según la sugestiva caracterización de LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis* (París, 1921). Véase últimamente André TUNC y Suzanne TUNC, *El derecho de los Estados Unidos de América: Instituciones judiciales, fuentes y técnicas* (traducción española: México, 1957), pp. 33-9. Huelga decir que el gobierno de jueces a que en el texto se alude, nada tiene que ver con los ejemplos históricos de pueblos regidos en un momento dado por jueces, o por personas así denominadas, como en los casos de Israel desde Otoniel a Sansón (véase el bíblico *Libro de los Jueces*), o de Castilla con Laín Calvo y Nuño Rasura (cfr. Justo PÉREZ DE URBEL y Ricardo DEL ARCO GARAY, *España Cristiana: Comienzo de la Reconquista (711-1038)*, en el tomo VI —Madrid, 1956—, pp. 202-4, de la "Historia de España dirigida por Ramón Menéndez Pidal").

xico parece asociarse de preferencia con los derechos personales, y los *interdictos posesorios*: el de que en algunos países americanos éstos reciben aquél nombre,⁵⁰ e incluso en alguna ocasión se habla de *amparar*, en orden a esas acciones sobre estado civil,⁵¹ que, como hace un momento recordábamos, no han dejado de señalarse entre los parientes del mandato de seguridad, aunque, a decir verdad, no creo que lo sean por consanguinidad y ni siquiera por afinidad.

11) b) *Habeas corpus* y *mandato de seguridad*. De las tres fuentes nacionales que como origen del mandato de seguridad se mencionan (*supra*, núm. 10), es indudable que la de entronque a un tiempo más directo e importante está constituida por la doctrina brasileña del *habeas corpus* o, si se prefiere, por el alcance que la interpretación dio al artículo 72, § 22, de la Constitución de 1891. Merced a ella, el *habeas corpus* se hipertrofia, y con olvido de su remoto antecedente romano,⁵² del más próximo anglosajón⁵³ y de su propia etimología, se extiende desde la mera libertad de movimientos o de locomoción hasta la tutela de otros muchos derechos ciertos y exigibles, según sentir de la jurisprudencia, que más tarde trascenderá e imprimirá carácter al mandato de seguridad,⁵⁴ e incluso, a juzgar por una sentencia desestimatoria del Tribunal Supremo en 1916, se intentó sacarlo por completo de quicio a fin de aplicarlo a la protección

50 Así, el código de procedimientos de El Salvador de 1857, cuyos artículos 772-80 regulan el "modo de proceder en el juicio de amparo de posesión", o el de Honduras de 1906 con su "querella de amparo" (arts. 662-74). Para completar la información, añadiremos que en la España franquista el decreto dc 12 de febrero de 1944 (arts. 5, 11 y 26-8) y la orden ministerial de 12 de enero de 1948 establecieron unos tribunales de amparo de la organización sindical, y que en la Cuba castrista, el capítulo IV de la ley de procedimiento laboral de 28 de febrero de 1961 regula un "procedimiento de amparo al trabajador" (arts. 19-23), que se traduce en una orden de reingreso o de reposición del obrero despedido o suspendido sin haber mediado resolución firme de autoridad competente: véase ALCALÁ-ZAMORA, *Nueva ley cubana de procedimiento laboral y de seguridad social*, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 44, mayo-agosto de 1962, pp. 357-61.

51 "Las acciones de estado civil fundadas en la posesión de estado, producirán el efecto de que se *ampare* o restituya a quien la disfrute, contra el perturbador"; art. 24, ap. 2º, del código procesal civil mexicano de 1932 para el Distrito y Territorios Federales. (En la transcripción del precepto, los subrayados son nuestros).

52 O sea el interdicto de *liberis exhibendis et ducendis*; cfr. WENGER, *Institutionen des Römischen Zivilprozessrechts* (München, 1925), p. 243; BUZAN, *Juicio de amparo e mandado*, cit., p. 119; SIPOU, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 24-5.

53 Cfr. PONTE DE MIRANDA, *História e práctica do "habeas corpus"* (Río de Janeiro, 1916; 3ª ed., 1955), así como FAIREN GUILLÉN, *Consideraciones sobre el proceso aragonés de "manifestación de personas"* en relación con el "habeas corpus" británico (*Iniciación a un estudio de su problemática*), en "Revista de Derecho Procesal" española, 1963, pp. 9-47 (primer artículo de una serie sobre el tema).

54 Cfr. WALD, *El mandato de seguridad*, cit., p. 40.

de los derechos reales y, concretamente, a la posesión de bienes.⁵⁵ Semejante dilatación provoca la reforma constitucional de 1926 en el *habeas corpus*, que sale de ella mutilado, aun cuando todavía, quizás por el espíritu conservador tan generalizado de las profesiones forenses, que, sin embargo, en este caso condujo a un resultado liberal, siguió operando, hasta 1934 en que nace el mandato de seguridad, como remedio universal contra ilegalidades y abusos de poder.⁵⁶ Inspirada en móviles políticos reaccionarios, merecedores, como tales, de enérgica repulsa, no puede negarse tampoco que desde el punto de vista estrictamente jurídico, la reforma constitucional de 1926 tuvo el mérito de restituir a su verdadero y estrecho cauce al desbordante y desbordado *habeas corpus* brasileño. Pero al hacerlo, dejaba a la deriva o al garete, máxime frente a una situación de dictadura, un crecido número de derechos que desde 1891 a entonces se habían parapetado tras él, con más o menos dificultades de encaje. Así las cosas, cabían dos soluciones, una vez pasada la tormenta: la una, retornar a la decimonónica doctrina brasileña del *habeas corpus*, con la consiguiente desnaturalización del concepto, y la otra, elaborar un nuevo remedio para la tutela de todos aquellos derechos que quedaron desguarnecidos al restringirse las posibilidades de aquél. Fue este segundo el camino emprendido, con la creación, en 1934, del mandato de seguridad. Se resolvía así una cuestión, pero surgía otra: en lugar de un solo instrumento, eso sí, hipertrofiado durante la etapa 1891 a 1926, funcionarían dos, *habeas corpus* y mandato de seguridad, mejor delimitado el primero, pero sin una nítida separación respecto del segundo, como tampoco frente a la acción anulatoria de la ley número 221 de 1894, por no traer a colación los interdictos.⁵⁷ Esa pluralidad, que hace del sistema brasileño de medios y remedios impugnativos, junto con el argentino,⁵⁸ uno de los más complicados del mundo, conforme a la certera crítica de BUZAID,⁵⁹ puede

55 Fallo del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1916, inserto en la "Revista do Supremo Tribunal Federal", vol. vii, p. 171, mencionado por WALD, *El mandato de seguridad*, cit., p. 41.

56 Cfr. WALD, *O mandado de segurança*, cit., pp. 41-2.

57 Acerca de las relaciones entre las cuatro figuras, véase CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 235-46.

58 Además de las obras generales, véanse estas dos: IBÁÑEZ FROCHAM, *Los recursos en el proceso civil* (Buenos Aires, 1943), y PODETTI, *Tratado de los recursos* (Buenos Aires, 1958), o sea el v de los doce que debían integrar su "Derecho Procesal Civil, Comercial y del Trabajo", que quedó inconcluso al morir el autor.

59 Cfr. su *Ensaios para uma revisão do sistema de recursos no código de processo civil* (Porto Alegre, 1956); reseñado por mí en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 25-26, enero-junio de 1957, pp. 384-5. Véase también E. D. MONIZ DE ARAGÃO *Dos recursos cíveis (Esboço legislativo)*, en "Boletim N° 3. Instituto de Ciencias Sociais e Direito Comparado", Sobretiro de 43 pp. (Paraná, 1961), así como Alcides

simplificarse. Prescindiendo de los interdictos y de la acción anulatoria, *habeas corpus* y mandato de seguridad deberían refundirse, hoy en día bajo el signo del segundo, de la misma manera que hasta 1926 lo estuvieron en realidad conforme a la concepción hipertrofiada del primero. No es este el momento para abordar detalles de semejante unificación, pero sí para recordar que ambos caben sin la menor dificultad dentro de una noción amplia de amparo de garantías individuales, como la del derecho mexicano o la del español durante la Segunda República,⁶⁰ y al unirse desaparecerían automáticamente los problemas consiguientes a su interferencia actual, de la misma manera que en los países donde litigios civiles y mercantiles se substancian en forma exactamente igual, se desconocen por completo, según como esté planeado el deslinde, los conflictos de jurisdicción, las cuestiones de competencia o las dudas acerca del procedimiento utilizable, suscitados en aquellas naciones en que dicha dualidad perdura.⁶¹

12) F) RAMA DEL DERECHO PROCESAL A QUE EL MANDATO DE SEGURIDAD PERTENECE. Basado en la Constitución⁶² y desenvuelto, tras la ley número 191 de 16 de enero de 1936, por el código procesal civil de 18 de septiembre de 1939,⁶³ aunque después la ley número 1533 de 31 de diciembre de 1951 haya *alterado*, la regulación contenida en éste,⁶⁴ surge la duda de a cuál de los sectores en que el enjuiciamiento se ha ido dividiendo (civil, penal, administrativo, laboral, constitucional, etcétera) habrá de adscribirse el mandato de seguridad. Expusimos ya (*supra*, núm. 9) que la circunstancia de que las Constituciones contengan normas relacionadas con un determinado proceso, principalmente con el penal, pero a veces

de MENDONÇA LIMA, *O recurso ordinario constitucional*, en “Revista da Faculdade de Direito de Pelotas” (Porto Alegre, 1958, pp. 95-108), p. 98.

60 Hasta el extremo de que al implantarse en España el recurso de amparo se pensó que serviría principalmente para proteger la libertad individual contra detenciones arbitrarias; pero luego se le utilizó más contra multas gubernativas: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Significado y funciones del tribunal de garantías constitucionales* (Madrid, 1933; reproducido en mis “Ensayos de Derecho Procesal” —(Buenos Aires, 1944)—), núm. 29 y nota suplementaria i (ésta, sólo en “Ensayos”, p. 526).

61 Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Examen del enjuiciamiento mercantil mexicano y conveniencia de su reabsorción por el civil*, en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núm. 7, julio-septiembre de 1952, pp. 29-35.

62 A saber: primero en el artículo 113, número 33, de la Constitución de 16 de julio de 1934 y luego en el artículo 141, § 24, de la de 18 de septiembre de 1946.

63 En sus artículos 319 a 331. Acerca de ellos, véanse los comentarios de ANDRADE y de PONTES DE MIRANDA citados en el número 3, notas 2 y 9.

64 Sobre si la susodicha ley número 1533 implica sólo *alteración* o llega a *derradicación* de los preceptos del código procesal civil, véase CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança*, cit., p. 33, donde acoge la primera alternativa, por razones que reputamos convincentes.

también con otros, como el civil⁶⁵ o el laboral,⁶⁶ no basta por sí sola para dilucidar la cuestión. Otro tanto sucede con la regulación del mandato de seguridad en el código procesal civil brasileño o con la del *habeas corpus* en estricto sentido en diferentes códigos procesales penales americanos.⁶⁷ Partiendo de la distinción que hace años establecimos entre *tipos de proceso* y *formas de procedimiento*, aquéllos y éstas pueden combinarse de tal manera que a la unidad en el tipo procesal corresponda diversidad procedimental, y a la inversa.⁶⁸ Entre los múltiples ejemplos que cabría mencionar, recordaremos sólo dos: uno, el del proyecto uruguayo de 1945, de acuerdo con cuyo artículo 1º, “la jurisdicción (léase, en rigor, el procedimiento) civil, de menores, de hacienda y de lo contencioso-administrativo” se regirían, salvo disposiciones especiales, por el planeado código para la primera,⁶⁹ y otro, el de la justicia administrativa española, acomodada desde 1888 hasta 1956 a una ley y un reglamento que eran, en la inmensa mayoría de sus disposiciones, sobre todo el segundo, un calco de preceptos de la ley de enjuiciamiento civil de 1881, y que en la actualidad se rige por un solo texto, que encuadra su ejercicio en los aspectos capitales y que en los demás extremos se remite a la substanciación prevista para los litigios civiles.⁷⁰

13) Ahora bien: siendo en el contraste entre *tipo* y *forma*, lo esencial el primero y lo accesorio la segunda, tendremos que fijarnos en la índole y finalidad del mandato de seguridad, para resolver el problema de su pertenencia a tal o cual rama del proceso. No se olvide que, verbi gracia, el artículo 113, número 33, de la Constitución brasileña de 1934, al mismo

65 Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Repercusiones procesales civiles de la Constitución* (a saber: de la republicana española de 1931), en “Ensayos”, cit., pp. 615-6.

66 Piénsese en el fundamental artículo 123 (que hasta ha dado nombre a una calle en la ciudad de México) de la Constitución mexicana de 1917, que contiene las bases de la legislación del trabajo, tanto substantivas como procesales.

67 Así, en varios de los argentinos, entre ellos el de 1888 para la Capital Federal (arts. 617-45) o el de Córdoba de 1939 (arts. 464-74). En cambio, aun cuando inspirado en el citado de Córdoba, el *Proyecto de código procesal penal del doctor Alfredo Vélez Mariconde* (Buenos Aires, 1960) para la capital y la justicia federales deja fuera el *habeas corpus* y el recurso de inconstitucionalidad (cfr. “Exposición de motivos”, p. 34), como consecuencia de una precedente observación nuestra, en *La reforma del enjuiciamiento penal argentino (Con motivo del proyecto Vélez Mariconde-Soler de código para la capital)* —o sea la planeada en 1943 por los citados juristas—, en “Rev. Der. Proc.” argentina, 1945, I, núm. 32.

68 Véase nuestro *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)* (Méjico, 1947), pp. 127-8.

69 Cfr. COUTURE, *Proyecto de código de procedimiento civil, con exposición de motivos* (Montevideo, 1945), p. 137.

70 Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Nueva ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en España* (en “Bol. Inst. Der. Comp. Méj.”, núm. 31, enero-abril de 1958, pp. 83-106), pp. 87-9.

tiempo que separaba *habeas corpus* y mandato de seguridad en cuanto tipos de proceso distintos por razón de su finalidad, los sometía a un mismo procedimiento, el del primero, aun cuando incurriendo al respecto en manifiesta confusión y error terminológico, al involucrar dos conceptos de alcance diferente, como los que venimos manejando. Así las cosas, es evidente que el mandato de seguridad no pertenece al cuadro del proceso civil, por la sencilla razón de que no sirve para ventilar una controversia entre particulares acerca de una relación substantiva de derecho privado, sino que tiene por objeto pronunciar acerca de un acto de cualquier autoridad, “manifestamente constitucional o ilegal”, según la fórmula de la Constitución de 1934 (art. 113, núm. 33), compartida, como es natural, por la ley 191 de 1936 (art. 1º) y por el código procesal civil de 1939 (art. 319), y reemplazada en la vigente ley fundamental de 1946 por los conceptos de “ilegalidad o abuso de poder” (art. 141, § 24), asimismo invocados en el texto secuela suya, es decir, en la ley 1533 de 1951 (art. 1º).

14) Si la Constitución de 1934 continuase en vigor y aplicásemos a ella el elemental principio de que lo más (*inconstitucionalidad*) comprende lo menos (*ilegalidad*), pero no al revés, podría llegarse, *prima facie*, a la conclusión de que el mandato de seguridad pertenecería a los dominios del *derecho procesal constitucional*, disciplina con antecedentes norteamericanos, si bien perfilada a partir de la famosa Constitución autriaca de 10 de octubre de 1920 (restablecida en 1945) elaborada por KELSEN,⁷¹ que es donde, de acuerdo con JERUSALEM, surge por primera vez, con plenitud de atribuciones, una auténtica jurisdicción de esa índole,⁷² luego trasplantada a otros países, como España durante la República⁷³ o Italia en fecha más reciente.⁷⁴ Pero ya no rige la Constitución de 1934, y la

71 Véase su famoso artículo *La garantie jurisdictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)* (en “Revue de droit public et de science politique en France et a l'Etranger”, tomo 45 —Paris, 1928—, pp. 197-257), especialmente las pp. 223-7, en las que explica la razón de ser de la “jurisdicción constitucional” y rebate las objeciones que desde el punto de vista de la soberanía del Parlamento y de la división de poderes podrían hacérsele a su funcionamiento.

72 Véase su libro *Die Staatsgerichtsbarkeit* (Tubingen, 1930), pp. 56-72, donde muestra cómo el derecho norteamericano desconoce la idea de jurisdicción constitucional, hasta el extremo de que únicamente la actuación de la Suprema Corte en los conflictos entre los Estados y la Federación reviste los caracteres de una institución análoga, que sería inútil querer hallar en la declaración de inconstitucionalidad que en Estados Unidos funciona.

73 Véase nuestro trabajo citado en la nota 60, así como el libro del mexicano Rodolfo REYES, *La defensa constitucional: Recursos de inconstitucionalidad y amparo* (Madrid, 1934), y la bibliografía en ellos mencionada.

74 Donde ha sido principalmente estudiada por CALAMANDREI y CAPPELLETTI. Por el primero, en *L'illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile* (Padova,

de 1946 no habla de *inconstitucionalidad e ilegalidad*, sino de ésta y de *abuso de poder*; y además, aun cuando permaneciese en pie la primera, la inconstitucionalidad a que se contraía era la de un *acto* y no la de una *ley*, cuya declaración de conformidad o no con la carta fundamental origina el más característico cometido, el que lo es ciento por ciento, de la justicia constitucional, sin perjuicio de que puedan o suelan asignársele otros, como la exigencia de altas responsabilidades o la jurisdicción electoral.⁷⁵

15) Descartado ese camino, acaso cabría introducir por otro el mandato de seguridad en el área del proceso constitucional, o sea dándole a éste un alcance más amplio del que acabamos de enunciar, hasta hacerlo sinónimo de la que, con frase feliz, CAPPELLETTI ha llamado *jurisdicción constitucional de las libertades*,⁷⁶ con tanto más motivo cuanto que, en Brasil, lo mismo la Constitución de 1934 que la de 1946 incluyen la figura en preceptos que consagran respecto de nacionales y de extranjeros la inviolabilidad de ciertos derechos, entre ellos la del concerniente a la libertad. Sin descartarla, por completo, la presente explicación no me satisface del todo; pero antes de exponer mi punto de vista, examinaré una tercera perspectiva.

16) Por lo menos desde 1922, juristas brasileños vienen dirigiendo la mirada al *amparo mexicano*,⁷⁷ y éste aparece con frecuencia en ellos como uno de los posibles antecedentes del mandato de seguridad.⁷⁸ Si ahora

1950); *La Corte costituzionale e il processo civile* (en "Stud in onore di Enrico Redentti", vol. I —Milano, 1951—, pp. 195-204); *Corte costituzionale e autorità giudiziaria* (en "Riv. dir. proc.", 1956, I, pp. 7-55, y en sus "Studi sul processo civile", vol. VI —Padova, 1957—, pp. 201-61), y *La prima sentenza della corte costituzionale* en rev. cit., 1956, II, pp. 149-60, y en sus "Studi", vol. VI, pp. 262-73). Por el segundo, en *La giurisdizione costituzionale delle libertà: Primo studio sul ricorso costituzionale (con particolare riguardo a gli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco)* (Milano, 1955; traducción castellana: México, 1961); *Pronunce di rigetto nel processo costituzionale delle libertà e cosa guidicata* (en "Riv. dir. proc.", 1956, I, pp. 135-66); *L'attività a i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico (Natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento di attuazione della norma costituzionale)* (en "Scritti in memoria di Calamandrei", vol. III, pp. 83-163), y *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile* (Milano, 1957).

75 Véanse, por ejemplo, los artículos 137-45 de la Constitución austriaca de 1920, el 121 de la española de 1931 y el 134 de la italiana de 1947.

76 Véase la obra citada en la nota 74.

77 Aludimos a la propuesta de EDMUNDO MUNIZ BARRETO en el Congreso Jurídico de 1922 para que se estableciese en Brasil un remedio semejante al *amparo mexicano*: cfr. CASTRO NUNES, *ob. cit.*, p. 25.

78 Véanse, entre otros, BUZAID, *Juicio de amparo*, cit., pp. 123-35 y 149; SIDOU, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 31-43 (además de su folleto referente al amparo: *supra*, núm. 3, nota 12); SILVA, *O recurso de amparo* (*supra*, núm. 3); VIDIGAL, *Da imutabilidade dos julgados*, cit., pp. 40-2; WALD, *El mandato de seguridad*, cit., p. 47; IDEM, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 80-6.

agregamos que en México el amparo suele ser designado como *juicio constitucional*, fácil sería por este derrotero conducir el mandato de seguridad al redil del proceso constitucional. Sin embargo, una vez más las apariencias engañan, porque, en rigor, de lo que menos tiene el amparo mexicano es de proceso constitucional *stricto sensu*, salvo endosarle tal caracterización por el mero hecho de que a diario se invoquen ciertos artículos de la Carta fundamental, como el 14, el 16, el 20 o el 123, a manera de trampolines o pretextos para lograr la verdadera finalidad perseguida, consistente en provocar un control de legalidad (no de constitucionalidad) respecto de sentencias definitivas recaídas en juicios civiles, laborales o penales.⁷⁹ Para explicarse la aparente paradoja, hay que tener en cuenta que el amparo mexicano es un remedio sumamente complejo, mediante el que se atienden exigencias jurídicas que en otras partes se llenan acudiendo a expedientes diversos. En efecto, según opinión que esbozé hace años⁸⁰ y que luego ha sido desenvuelta con su perfecto dominio de la materia por Héctor FIX ZAMUDIO, el ilustre amparista mexicano,⁸¹ el amparo, además de haberse hipertrofiado, como también en su época el *habeas corpus* brasileño (*supra*, núm. 11), asocia tres recursos distintos;⁸² el de *inconstitucionalidad*, muy defectuosamente planteado según el modelo norteamericano;⁸³ el de *amparo de garantías* y el

79 Véase el artículo 158 de la vigente ley de amparo de 1935, reformada.

80 Primero en *Unificación de la legislación procesal mexicana* (charla radiofónica dada el 20 de julio de 1946 e impresa en varias revistas, entre ellas en "Anales de Jurisprudencia", octubre-diciembre de 1948; cfr. pp. 494-5); después en *Proceso, auto-composición*, cit., nota 394, y, finalmente, en *Atti del Congresso di Diritto Processuale*, cit., pp. 64-5.

81 Merced a una serie de trabajos de fuerte originalidad, renovadores de los estudios sobre la materia, y de entre los que destacan: *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana: Ensayo de una estructuración procesal del amparo* (México, 1955); *Algunos problemas que plantea el amparo contra leyes* (en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 37, enero-abril de 1960, pp. 11-39), y *Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana* (acompañado al de CAPPELLETTI traducido y citado en la nota 74) (México, 1961), pp. 129-247.

82 Tomamos aquí la palabra "recurso" en una doble acepción: como medio impugnativo (respecto del de casación) y como proceso (en cuanto a los otros dos), y sin desconocer, por supuesto, el apasionante y apasionado debate acerca de si el amparo mexicano es "recurso" o "juicio": cfr. FIX ZAMUDIO, *Estudio sobre la jurisdicción constitucional*, cit., pp. 202-4; ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso administrativo*, cit., p. 305, nota 6. Acerca de la hipertrofia del amparo mexicano, que me llevó en cierta ocasión a calificarlo de *sáñalotodo* (en *Miscelánea de libros procesales*, en "Rev. Der. Proc." argentina, 1945, II, pp. 86-7), cfr. *Edición conmemorativa del centenario del Acta de Reformas del 18 de mayo de 1847, que instituyó en la República el juicio de amparo* (México, 1947), p. 41 (discurso del entonces Presidente de la Suprema Corte, Lic. URIBA, que habló de "abuso", como otros de "degeneración"), y TENA RAMÍREZ, *El amparo de estricto derecho: Orígenes, expansión, inconvenientes* (en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 13, enero-marzo de 1954), pp. 9-30.

83 En efecto, conforme al artículo 76 de la Ley de amparo, las sentencias que recaigan en los correspondientes juicios se contraerán al "caso especial sobre el que

de *casación*, a los que todavía podría agregarse, en un caso especial, una modalidad de *recurso de rescisión o audiencia*, como se le llama en España, o sea de *oposición contumacial*.⁸⁴ Rasgo común a todos ellos es el de aparecer como un conflicto entre *quejoso y autoridad*,⁸⁵ con la consecuencia de que en el amparo-casación la contraparte en el juicio que desembocó en la sentencia definitiva impugnada quede reducida a la condición de *tercero*.⁸⁶ Abstracción hecha de esa nota y de la incumbencia de las tres o de las cuatro variantes a la jurisdicción federal, las divergencias entre ellas son profundas e impiden un cotejo global del amparo mexicano con el mandato de seguridad brasileño, que persigue una finalidad más concreta. Es evidente, en efecto, que ni la mera declaración de in-

verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare". Téngase, sin embargo, en cuenta la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Suprema Corte mexicana, emitida en los casos y condiciones previstos por los artículos 192-4 del expresado cuerpo legal, aun cuando se circunscriba al ámbito jurisdiccional (eso sí, tanto federal como local).

84 Cfr. art. 22, frac. III, Ley de amparo y arts. 773-89 de la Ley de enjuiciamiento civil española de 1881. FIX ZAMUDIO, por su parte, estima que esta postrera modalidad está subsumida "en el amparo por violación de las leyes del procedimiento" (art. 159, frac. I), "o sea el equivalente de la casación por error in procedendo" (cfr. *La garantía jurisdiccional*, cit., p. 127, nota 466), como lo está también en la apelación extraordinaria (art. 717, frac. I, cód. proc. civ. del Distrito Federal); pero conviene no olvidar: a) que dicho motivo impugnativo se *despega* a todas luces de los que le acompañan en los citados preceptos mexicanos, como lo revela la distinta consecuencia que al éxito de las otras tres fracciones del 717 asigna el artículo 718 distrital; y b) que el medio español se aparta del mexicano en dos puntos esenciales: 1º en su mayor amplitud, y 2º, en que es instrumento para el ataque a sentencias "firmes" y no meramente "definitivas". El propio FIX ZAMUDIO añade últimamente un cuarto tipo: el amparo administrativo, basándose para ello en ideas de CARRILLO FLORES, GONZÁLEZ PÉREZ y TENA RAMÍREZ: cfr. *Mandato de seguridad y juicio de amparo*, cit., pp. 5-6.

85 En lugar de *quejoso* (cfr. arts. 21, 28, 30, 41, 49, 51, 73, 81, 96, 111, 116, 120, 123, 125-6, 136-8, 141, 158 bis, 159-60, 166, 168, 172, 178, 210-1), la Ley de amparo habla con frecuencia de *agraviado* (así, en los arts. 4, 5, 12, 15-8, 22, 27-8, 74, 79, 80, 117, 122, 124, 139, 161, 163, 173). Entre ambos conceptos podría, desde luego, marcarse una diferencia: *agraviado*, es el sujeto pasivo de la violación perpetrada, mientras que *quejoso* lo sería el sujeto activo de la protesta contra el agravio sufrido; pero el legislador se vale de ellos como sinónimos. En cuanto a la *autoridad*, se la califica constantemente de "responsable", prejuzgando así que lo sea en realidad (cfr. arts. 5, 11, 13, 19, 28-9, 33-4, 43, 49, 75, 78, 84, 87, 108-9, 111, 116, 132-3 137, 149, 164, 166, 168-71, 204-9), cuando tan sencillo habría sido llamarle "autoridad inculpada". Planteado como contienda entre *quejoso* y *autoridad*, el amparo, supremo remedio jurídico mexicano, ofrece sorprendente semejanza (como en el mundo físico a veces el macrocosmos con el microcosmos) con el modesto recurso de queja del enjuiciamiento civil, también entre el *quejoso* (recurrente) y la *autoridad* (judicial), obligada asimismo a rendir informe con justificación (cfr. art. 725 cód. proc. civ. D. F., y 131-3 y 169 L. amparo).

86 O más exactamente: de "tercero perjudicado", según le llama constantemente la Ley de amparo, incluso a propósito de sus otras modalidades: cfr. arts. 5, 12, 15, 27, 30, 116, 125, 147, 166, 174, 180 y 211.

constitucionalidad, que en Brasil se consigue por otra vía⁸⁷ ni tampoco el amparo-casación⁸⁸ tienen nada que ver con el mandato de seguridad. Descartada igualmente la perspectiva representada por la hipótesis de oposición contumacial, la conclusión sería la de que el parentesco o la coincidencia del mandato de seguridad y el amparo se reduciría a los casos en que éste funciona por violación de garantías cometida por autoridades, o sea el tipo de amparo que, perfectamente deslindado del recurso de inconstitucionalidad, por un lado, y del de casación, por otro, acogió la Constitución española de 1931 (*supra*, nota 30). Junto a él, las mayores semejanzas del mandato de seguridad son, a mi entender, las que presenta con el recurso por desviación de poder que el Consejo de Estado francés elaboró en el campo del derecho administrativo.⁸⁹ Si a esta circunstancia añadimos que tanto el mandato de seguridad como el amparo de garantías funcionarán de preferencia —no, por supuesto, de manera exclusiva— frente a actos de autoridades gubernativas y administrativas, no creemos que deba vacilarse en colocar aquél en el cuadro o lista de los *procesos administrativos*, con independencia de que el *procedimiento* figure luego en uno u otro cuerpo legal (*supra*, núms. 12-13) o de que incluso se tramite conforme a alguno de los previstos en el enjuiciamiento civil (sumario o incidental, verbigracia). A lo sumo, cabría asignarle naturaleza *procesal administrativa* con una cierta contaminación *constitucional*, derivada no de enraizar en la Ley fundamental⁹⁰ (*supra*, núms. 9 y 12), sino de la posibilidad de utilizarlo frente a actos de autoridad de cualquiera de los poderes del Estado.⁹¹ Tras ello, huelga casi decir que comparto plenamente la posición de los expositores brasileños que enfo-

87 Cfr. BUZAID, *Juicio de amparo e mandado de segurança*, cit., pp. 147-9, y, sobre todo, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade*, cit., pp. 43-5, 79-90 y 101-3.

88 Véase el excelente trabajo de RÍOS ESPINOZA, *Amparo y casación* (México, 1960).

89 Sobre las afinidades del recurso por desviación de poder y el amparo de garantías, cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *La justicia, según la Constitución española de 1931 y sus leyes complementarias* (conferencias dadas en el "Institut de Droit Comparé de París" el 1º de junio de 1937), en "Ensayos", cit., p. 558.

90 Según el artículo 101 de la Constitución de 1931, se establecerían recursos contra los actos discrecionales de la Administración constitutivos de exceso o desviación de poder, y sin embargo, no por ello se estimó que perteneciesen al derecho procesal constitucional, sino al enjuiciamiento administrativo, dentro del cual los examina, una vez abolida aquélla, la ley sobre la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956 (cfr. sus arts. 83 y 94).

91 Cfr., verbigracia, ESTELITA, *ob. cit.*, en la nota 21; SIDOU, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 101-2; WALD, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 133-55.

can el mandato de seguridad desde el ángulo del derecho administrativo,⁹² así como también la de mi ilustre compatriota el profesor Jesús GONZÁLEZ PÉREZ cuando a propósito del amparo mexicano entiende que éste hubo de desbordarse a fin de suplir las deficiencias de una justicia administrativa montada sobre bases inconsistentes y con horizontes limitados.⁹³

17) G) MANDATO DE SEGURIDAD Y SUPREMOS MODOS DE COMPROBACION JURISDICCIONAL. Resuelta, a nuestro juicio, la cuestión relativa a la rama procesal a que pertenece el mandato de seguridad, ese paso nos permitirá afrontar una nueva duda: la del modo de comprobación o, si se prefiere acudir a un barbarismo muy difundido, de *control jurisdiccional* a que responde. Tales modos se traducen en el empleo de tres medios o remedios supremos, según que el pronunciamiento recaiga sobre *constitucionalidad*, sobre *legalidad* o sobre *actividad*, y cabría personificarlos, respectivamente, en los *recursos* (*supra*, nota 82) de inconstitucionalidad, de casación y de amparo en estricto sentido. Damos por descontado, en atención a los razonamientos hace poco hechos (*supra*, núm. 16 y nota 87), que el mandato de seguridad no busca una declaración de inconstitucionalidad de leyes material ni formal. La comprobación de legalidad opera en dos direcciones distintas: a) respecto de *reglamentos*, y entonces tenemos el pronunciamiento referente a su *illegalidad*, que puede reducirse a su inaplicación judicial o bien autorizar un recurso *ad hoc* anulatorio, paralelo al de inconstitucionalidad de tipo austriaco, si bien de menor jerarquía;⁹⁴ y b) frente a *sentencias* definitivas, y en tal caso la solución proviene, como decíamos, del recurso de casación y de los medios impugnativos a ella afines, como el amparo mexicano en semejante hipótesis. De estas dos perspectivas, la segunda hubimos ya de descartarla (*supra*, núm. 16), es decir, la posible finalidad casacionista del mandato de seguridad. En cuanto a la primera, el artículo 141, § 24, de la Constitución de 1946, al hablar de “*illegalidad* o abuso de poder” como presupuesto material del mandato de seguridad podría inducir a suponer que mediante él se efectuase un control de legalidad; pero frente a semejante interpretación se

92 Así, con especial relieve, WALD, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 11-7, 67-9 y 87-9, y VIDIGAL, *Da imutabilidade dos julgados*, cit., pp. 51-63. Véase también CASTRO NUNES, *Dô mandado de segurança*, cit., pp. 52-5.

93 Véase su trabajo *Sobre la justicia administrativa en España*, en “Primer Congreso-Segundas Jornadas”, cit. (pp. 185-202), pp. 185-6.

94 En el primer sentido, en España, el artículo 92 de la Constitución de 1869 y, como secuela suya, el todavía vigente artículo 7 de la Ley de organización judicial de 1870; en la segunda dirección, el artículo 101 de la Constitución de 1931, que junto al recurso por exceso o desviación de poder (*supra*, nota 90) preveía un recurso “contra la ilegalidad de los actos o disposiciones emanadas de la Administración en el ejercicio de su potestad reglamentaria”.

alzan dos argumentos: uno, el de que en dicho precepto, *ilegalidad* se usaría como sinónimo de *abuso*⁹⁵ y, otro, según creemos, el de que la norma no se redactó pensando en la anulación (*erga omnes*) de textos quasi legislativos, como son los reglamentos, sino en la revocación (concreta) de un acto de autoridad.⁹⁶ Así, pues, excluidos tanto el control de constitucionalidad como el de legalidad, el mandato de seguridad queda adscrito y circunscrito al de actividad. Si luego ésta se identifica con la de carácter administrativo o se extiende también a la de los otros poderes y específicamente a la del judicial, es extremo que más adelante abordaremos (*infra*, núm. 24).

18) II) JURISDICCIÓN Y JURISPRUDENCIA EN ORDEN AL MANDATO DE SEGURIDAD. El examen de los dos repertorios o colecciones de jurisprudencia que hemos manejado para redactar la ponencia (a saber: el de la “Casa de Rui Barbosa” y el de GALVÃO FILHOS *supra*, núm. 3), muestra la proliferación que ha alcanzado en poco más de un cuarto de siglo la relativa al mandato de seguridad y la diversidad extrema en cuanto a los jueces y tribunales de que emana, dentro de tan inmenso país como Brasil. Al jurista extranjero que contempla el fenómeno, le asalta entonces el temor de que esa masa imponente de decisiones, que se contradice con frecuencia en torno a puntos capitales, como el de la aptitud o no del mandato para provocar declaraciones de inconstitucionalidad,⁹⁸ no signifique en definitiva un lastre, con el riesgo de engendrar una nueva hipertrfia, como la que suscitó el *habeas corpus*, y de conducir en fecha más o menos próxima a una enérgica poda en la institución, a fin de que los árboles no impidan ver el bosque o, mejor dicho, de que la hojarasca no impida ver el árbol. Si en México el amparo ha rendido eminentes servicios, atribúyase, en gran parte, a que de sus distintas modalidades (*supra*, núm. 16) conoce única y exclusivamente la jurisdicción federal,⁹⁷ y a que a su frente la

95 Para VIDIGAL, en efecto, “no hay necesidad de distinguir *ilegalidad* y *abuso de poder*, pues éste se comprende en aquélla”, de donde la expresión del artículo 141, § 24, de la Constitución de 1946 resultaría pleonástica: *Do mandado de segurança* (en “*Scritti Carnelutti*” cit.), p. 551. Sin embargo, el artículo 101 de la Constitución española de 1931 (*supra*, notas 90 y 94) desembocaría en una conclusión contraria, puesto que mientras la ilegalidad se relacionaría con la potestad reglamentaria, el abuso de poder se produciría en el ámbito de la discrecional. Véase también *supra*, núm. 14.

96 Cfr. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, pp. 89-101 y 103-12.

97 Aun cuando jurista tan eminente, como Antonio MARTÍNEZ BÁEZ, haya combatido, a propósito de la declaración de inconstitucionalidad, semejante solución (cfr. su artículo *El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la inconstitucionalidad de las leyes*, en “Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia”, núm. 15, julio-octubre de 1942, pp. 243-53), con olvido de

Suprema Corte de Justicia de la Nación ha realizado una ejemplar obra de unificación jurisprudencial, reforzada por la obligatoriedad de su doctrina,⁹⁸ aun cuando a partir de 1951 un tanto comprometida por la creación de los Tribunales Colegiados de Circuito, a los que se transfirieron algunas de sus atribuciones originarias.⁹⁹ Compárese esa situación con el caos jurisprudencial argentino, causa, entre otras, del curioso espectáculo de sus diarios jurídicos y del alud de notas referentes a fallos que acompañan a las obras de sus juristas,¹⁰⁰ y estoy seguro de que nadie preferirá en este aspecto la solución todavía imperante en Argentina a la seguida en México.

19) Quizás se nos objete que, dada la índole del mandato de seguridad, interesa más la reacción jurisdiccional caso por caso, frente a los diferentes supuestos determinantes de su empleo, que no la unidad interpretativa en torno a sus preceptos reguladores. Pero aparte de que el mandato de seguridad gira alrededor de estrictas nociones jurídicas (“derecho líquido y cierto”, “no amparado por el *habeas corpus*”, “autoridad responsable”, “ilegalidad o abuso de poder”), el peligro estriba, de un lado, en que cada juzgador lo entienda a su manera y en que, por consiguiente, se concilique el fundamental principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y, de otro, en que aplicado sin criterio unitario, el instrumento forjado para combatir el abuso de poder no se preste a su vez para que se perpetren abusos.

20) ¿Cómo conjurar esa contingencia? Ya hemos expuesto uno de los posibles remedios, el mexicano, con la federalización del amparo. Cabría pensar también, para no afectar situaciones creadas o derechos adquiridos al soporte de mandatos de seguridad ya emitidos, pero con objeto de unificar la jurisprudencia ulterior, en un mecanismo similar al recurso de

que mediante ella se evitan la diversidad interpretativa y, a consecuencia de la misma, la desigualdade ante la ley. El trabajo en cuestión tuvo como antecedente un proyecto de sentencia del ministro Gabino FRAGA, publicado bajo el título de *¿Pueden conocer de problemas de constitucionalidad de leyes, autoridades distintas del Poder Judicial de la Federación?* (en rev. cit., núm. 13-14, enero-junio de 1942, pp. 131-44), y determinante de un segundo comentario, a cargo de Antonio CARRILLO FLORES, *El Ejecutivo y las leyes inconstitucionales* (rev. cit., núm. 15, pp. 255-66).

98 Véase *supra*, nota 83.

99 Fundamentalmente, el conocimiento de los juicios de amparo en materia civil, penal y laboral cuando se basen en *errores in procedendo*: cfr. el art. 7 bis, frac. I, del artículo III bis, intercalado en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación entre sus primitivos artículos 36 y 37, así como el art. 158 bis de la Ley de amparo, ambos en virtud de la reforma de 1950.

100 Véase nuestra reseña del libro de SARTORIO, *La casación argentina* (Buenos Aires, 1951), en “Rev. Fac. Der. México.”, núm. 3-4, julio-diciembre de 1951, pp. 360-1.

casación en interés de la ley,¹⁰¹ conocido asimismo en materia de amparo,¹⁰² aunque personalmente sienta escasa o nula simpatía por el mismo.¹⁰³ O bien podría procederse a una revisión periódica de la jurisprudencia sobre mandato de seguridad,¹⁰⁴ tanto para descartar la futura invocación de fallos notoriamente erróneos, como para salvar contradicciones y eliminar los que no se acomoden a la evolución jurídica y social.

21) I) PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES DE LA INSTITUCIÓN. Tres son los presupuestos constitucionales^{104 bis} del mandato de seguridad conforme a la Ley fundamental de 1946, dos de ellos *positivos*, colocados a los extremos del parágrafo 24 del artículo 141, y *negativo* el tercero, situado en medio. Invertiendo el orden en que figuren dentro del mencionado precepto, comenzaremos el recorrido por el segundo de los de carácter positivo y último de la serie, o sea la *ilegalidad o abuso de poder*, por lo mismo que se trata de punto a que ya nos hemos referido y que, por tanto, casi no requiere más que unas líneas recordatorias y remisivas. ¿Ilegalidad y abuso de poder se reducen a dos etiquetas para un mismo producto, o constituyen, por el contrario, dos distintos vicios de actividad? La primera de esas alternativas es, como indicamos, la que sustenta VIDIGAL, para quien el pasaje oportuno resultaría pleonástico en ese particular aspecto;¹⁰⁵ la segunda, en cambio, se infiere del artículo 101 de la Constitución española de 1931, cuando, precisamente a efectos impugnativos, habilitaba dos “recursos” diferentes y colocaba en dos planos no ya diversos sino opuestos, “ilegalidad”, llamada a manifestarse en el cuadro de la *potestad reglamentaria*, y “exceso o desviación de poder”, que se produ-

101 Para su estudio, véase PINA, *El recurso de casación en interés de la ley*, en “Revista General de Legislación y Jurisprudencia” y luego en “Derecho Procesal (Temas)”, 2^a ed. —México, 1951—, pp. 9-41; y acerca de sus manifestaciones actuales, cfr. la nota 149, p. 306, del tomo III de nuestro *Derecho procesal penal*, cit.

102 Cfr. art. 195 bis, apartado 3º de la Ley de amparo.

103 Puesto que “sólo sirve, las raras veces que se la emplea, para brindar el desplorable espectáculo jurídico de una sentencia injusta o errónea, aunque eficaz, burlándose de otra ajustada a derecho, pero que deja en pie el entuerto proclamado... y respetado”; ALCALÁ-ZAMORA, *Indicaciones acerca del nuevo código de procedimiento civil italiano* (en el tomo I de la traducción del “Sistema de Derecho Procesal Civil” de Carnelutti —Buenos Aires, 1944—), p. 426.

104 Acerca de los modos de llevarla a cabo, véase lo que decímos en el epígrafe I de nuestro artículo *Notas para la reforma de la ley de enjuiciamiento civil* (en “Rev. Gen. Legisl. y Jurisp.” junio de 1933, pp. 674-741, y luego en “Estuds. Der. Proc.”, cit., pp. 153-262), pp. 189-92.

104 bis Al llegar a São Paulo me fue posible conocer la brillante comunicación que sobre *Presupuestos constitucionales del mandato de seguridad* presentó el becado mexicano Alejandro Ríos ESPINOZA, discípulo allí del profesor BUZAIN. Huelga decir que por tal causa ella no ha influido para nada en el desarrollo que sigue. Dicho trabajo acaba de imprimirse en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, 1963, pp. 71-96.

105 Véase *supra*, núm. 17 y nota 95.

ciría en la esfera de la *potestad discrecional*.¹⁰⁶ Desconozco cuál fuese al respecto la intención o el espíritu del constituyente brasileño de 1946; pero ateniéndome a la letra de la disposición susodicha, y aun a trueque de discrepar del ilustre colega VIDIGAL, me inclino por la segunda de las soluciones expuestas, sin que en ello influya para nada la circunstancia de ser la acogida por la Constitución de la Segunda República española, criticada tanto por mi padre como por mí en varias ocasiones y sentidos.¹⁰⁷ Son, a mi entender, dos los motivos que inclinan la balanza en contra de la tesis de VIDIGAL: ante todo, el precedente brasileño de la Constitución de 1934, donde también mediante la conjunción disyuntiva “o” se relacionaban los vicios del acto generadores del mandato de seguridad, a saber: *inconstitucionalidad o ilegalidad*,¹⁰⁸ sin que, no obstante, esa manera de enunciarlos autorizase la reducción de ambos a uno solo, separados como estaban por su diferente jerarquía normativa; y en segundo lugar, que la contraposición de la ilegalidad y el abuso de poder ensancharía, lejos de restringir, los horizontes del mandato de seguridad, al permitirle combatir las extralimitaciones tanto de la potestad *discrecional*, como de la *reglamentaria*.

22) El segundo de los presupuestos positivos consiste en que el mandato de seguridad verse sobre *derecho líquido y cierto*, fórmula mediante la que Constitución de 1946 reemplaza la concerniente a *derecho cierto e indiscutible* (“incontestável”) de la de 1934. Ninguna de las dos es convincente: la primitiva, resulta pleonástica a todas luces; la actual, evita la redundancia, pero pone sobre el tapete la noción de *liquidez*, cuyo empleo ofrece en este caso mayores inconvenientes que vantajas. En efecto, y ahora celebramos estar plenamente de acuerdo con VIDIGAL, “derecho líquido es que el tiene por objeto una prestación determinada en cuanto a especie y cantidad”.¹⁰⁹ De ahí que en los países hispanoamericanos en que subsiste la dualidad *vía de apremio-juicio ejecutivo* o, si se prefiere con terminología de LIEBMAN, entre acción *ejecutoria* y acción *ejecutiva*,¹¹⁰

106 Véase *supra*, notas 90, 94 y 95.

107 Por mi padre (Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES) en diversos artículos y principalmente en el libro que lleva el expresivo título de *Los defectos de la Constitución de 1931* (1^a y 2^a eds. Madrid, 1936); por mí, entre otros, en los trabajos citados en las notas 60, 65 y 89.

108 *Art. 113, núm. 33:* “Se da mandato de seguridad para la defensa de derecho, cierto e indiscutible, amenazado o violado por acto manifiestamente inconstitucional o ilegal de cualquier autoridad”.

109 *Do mandado de segurança* (en “Scritti Carnelutti”), cit., p. 551.

110 Sobre la dualidad vía de apremio-juicio ejecutivo, véase ALCALÁ-ZAMORA, *Examen crítico del código de procedimientos civiles de Chihuahua (Comparado con el del Distrito y Territorios Federales)* (Chihuahua, 1959), pp. 95-7 y 222; y acerca

la liquidez sea, como regla, consubstancial con los títulos que conducen al segundo;¹¹¹ pero el mandato de seguridad, aun dando por evidente el carácter ejecutorio que CASTRO NUNES le asigna¹¹² y que BUZAID pone en tela de juicio,¹¹³ desborda los límites restrictivos del derecho líquido, y si a él quedase circunscrito, no cumpliría los fines de amplia tutela jurisdiccional que las Constituciones de 1934 y de 1946 le atribuyeron, al encomendarle la protección nada menos que de los derechos sobre la vida,¹¹⁴ libertad, seguridad individual y propiedad de los brasileños y de los extranjeros residentes. Habría, pues, que pensar en darle de baja, sin más, o que reemplazarle por algún otro calificativo, como "exigible", por ejemplo. Mas con ello no se superan por completo las dificultades de la fórmula, puesto que también el otro calificativo que en ella acompaña a "derecho", es decir, "*ciento*", provoca dolores de cabeza. Conforme con BUZAID en que a diferencia del juicio ejecutivo, el mandato de seguridad no se asienta en un *título*, que proporcionaría, según CARNELUTTI, la prueba legal del crédito a los fines de la ejecución,¹¹⁵ sino que se basa en la invocación de un derecho,¹¹⁶ ¿la certeza, que BUZAID hace sinónima de indiscutibilidad ("incontestabilidad"), existe por sí, antes y abstracción hecha de la declaración judicial, o, por el contrario, emana de ésta? En el primer supuesto, el *juicio*, en su acepción restringida de sentencia,¹¹⁷ quedaría reemplazado por el *prejuicio*, o, con otras palabras: el juzgador no juzgaría, sino que se limitaría a homologar la solicitud a él dirigida y realizaría

de la distinción de LIEBMAN, su artículo *Execução e ação executiva* (en "Revista Forense" de Río de Janeiro, mayo de 1943, pp. 214-27, y luego en sus "Estudos sobre o processo civil brasileiro" —S. Paulo, 1947—, pp. 27-83), *passim* (reseña mía, en "Rev. Der. Proc." argentina, 1944, II, pp. 94-6).

111 Así, en España (cfr. arts. 1435-8 Lenjt. civ.) o en México (art. 446 cód. proc. civ. del Distrito); pero en éste, el juicio ejecutivo se aplica también a la obligación de hacer y a la de entregar cosa cierta y cierta y determinada o en especie (cfr. arts. 449 y 451 cód. cit.).

112 Por entender que va implícito en la propia denominación: cfr. *Do mandado de segurança*, cit., p. 69.

113 *Do mandado de segurança* (en "Actas Congreso Iberoamericano"), cit., pp. 494-5.

114 Término empleado en su encabezamiento por el artículo 141 de la Constitución de 1946, mientras que en el del artículo 113 de la de 1934 se lee, en su lugar, "subsistencia".

115 Cfr. su *Processo di esecuzione*, vol. I (Padova, 1929), p. 225. Para la crítica (criticable a su vez) de la posición carneluttiana en este punto, véase LIEBMAN, *Processo de execução* (S. Paulo, 1946), pp. 43-4.

116 Cfr. BUZAID, *Do mandado de segurança* (en "Actas Congreso Iberoamericano"), cit., pp. 496-7.

117 O sea en la de ascendencia romanista recogida en la *Partida III*, título XXII, ley 1^a, y no en la amplia, equivalente de proceso, que acabó por prevalecer en la terminología hispanoamericana: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Examen código Chihuahua*, cit., pp. 21-2.

cometido, no de (rigurosa) jurisdicción contenciosa, sino de (seudo) jurisdicción voluntaria,¹¹⁸ ni más ni menos que cuando, verbigracia, homologa un divorcio consensual.¹¹⁹ En la segunda hipótesis, en la que el juez tendría que verificar los elementos condicionantes del mandato de seguridad, sí juzgaría con plena independencia funcional, pero, por lo mismo, llegará con frecuencia a la conclusión de que el derecho aducido como *cierto* no lo es en realidad y no merece la tutela jurisdiccional. De aceptarse, como lo hacemos, la segunda solución, la semejanza del mandato de seguridad no habría que establecerla a este propósito con el juicio ejecutivo, sino más bien con las medidas o providencias precautorias, recabadas en virtud de una invocación, *prima facie*, de *periculum in mora*, que *después*, según que el juzgador las decrete o las rechace, se revelará fundado o imaginario.

23) El tercero de los presupuestos, el negativo, estriba en que el derecho líquido y cierto *no esté amparado por el habeas corpus*, de tal manera que entre ambas instituciones se reparten el campo del amparo de garantías a los brasileños y extranjeros residentes. En este punto, la Constitución de 1946 implica, a nuestro entender, retroceso frente a la de 1934, que si bien mediante una confusión flagrante de conceptos, prescribía para el mandato de seguridad el mismo “proceso” (léase, procedimiento) que para el *habeas corpus* y brindaba así un excelente ejemplo de unidad en cuanto a la forma de procedimiento y de dualidad respecto de los tipos de proceso (*supra*, núms. 12 y 13), mientras que ahora, la diversidad, reforzada por la ley 1533 de 1951, se extiende a ambos aspectos, cuando en rigor un planteamiento adecuado habría permitido unificar los dos remedios (*supra*, núm. 11).

24) J) EXTENSIÓN DEL MANDATO DE SEGURIDAD. Tanto la Constitución de 1934 como la de 1946 son categóricas al afirmar que el mandato de seguridad procede contra actos de *cualquier autoridad*,¹²⁰ y ninguna duda

118 Téngase en cuenta que esta noción se ha referido al proceso constitucional por CALAMANDREI y por CAPPELLETTI en varios de los trabajos suyos mencionados en la nota 74 de esta comunicación: véanse las puntualizaciones pertinentes, en la nota 23 de nuestra ponencia *Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria* (remitida al Tercer Congreso Internacional de Derecho Procesal, celebrado en abril del corriente año en Venecia; actualmente en prensa en Italia; publicado mientras tanto en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, 1962, pp. 521-96).

119 Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Desistimiento de divorcio por mutuo consentimiento, después de celebrada la segunda junta de avenencia y antes de dictarse la sentencia*, en “El Foro” de México, enero-marzo de 1961, pp. 106-12, y ahora, como dictamen XLI, en *Clínica Procesal* (Méjico, 1963), pp. 409-15.

120 Constitución de 1934: véase *supra*, nota 108; Constitución de 1946, art. 141, § 24: “Para proteger derecho líquido y cierto no amparado por el *habeas corpus*, se

cabe acerca de su empleo frente a los emanados de las de carácter *administrativo*. ¿*Quid* de los actos de autoridades *legislativas* o *judiciales*? No intento resolver aquí un problema que ha atraído la atención de expositores de la talla de BUZAID,¹²¹ CARVALHO MOURÃO, SEABRA FAGUNDES, ORIZOMBO NONATO, Luiz MACHADO GUIMARÃES y Guilherme ESTELITA,¹²² sino tan sólo señalar los factores a tener en cuenta para lograr su solución. Ellos serían tres: en primer término, el principio de la división de poderes rectamente entendido; en segundo lugar, y en estrecha relación con el anterior,¹²³ el mecanismo ya enunciado (*supra*, núm. 17) de los supremos modos de comprobación jurisdiccional, a fin de evitar duplicaciones e interferencias entre el control de inconstitucionalidad, el de legalidad y el de actividad; y finalmente, en orden a las tareas desen- vueltas por jueces y tribunales, un doble deslinde: 1º, entre funciones jurisdiccionales y administrativas llevadas a cabo por los mismos, y 2º, dentro de las primeras, entre actos de decisión y de tramitación.¹²⁴

25) K) CUESTIONES ATINENTES A LAS PARTES. Brevemente abordaremos tres extremos. El primero atañe a la *legitimación activa*, reconocida tanto a brasileños como a *extranjeros residentes* por las dos Constituciones consagratorias del mandato de seguridad, y que al contemplador foráneo que soy yo le hace sentir la duda de si un *extranjero transeúnte*, por muy cierto y líquido que sea su derecho y muy grave que aparezca la ilegalidad o el abuso de poder de que haya sido víctima, podrá acudir a él. Una negativa tajante, en términos de un *nunca* o un *jamás*, sería contraria al espíritu nobilísimo que anima la institución y podría dejar sin enmienda atropellos notorios. El segundo punto concierne, por el contrario, a la *legitimación pasiva*, que afecta a la autoridad responsable. Más explícita aquí la Constitución de 1934 que la de 1946, al prescribir la audiencia necesaria de la “persona de derecho público interesada”, dilucidó desde el primer momento un extremo que en México sólo quedó resuelto a partir de 1908 y que, de rechazo, motivó que el primitivo amparo apare-

concede mandato de seguridad, sea cual fuere la autoridad responsable por la ilegalidad o abuso de poder”.

121 Cfr. *Juicio de amparo e mandado de segurança*, cit., pp. 144-5.

122 Mencionados los cuatro que siguen a BUZAID por ESTELITA, *Mandato de segurança contra ato jurisdiccional*, cit., pp. 230-4.

123 Puesto que cada uno de los modos de comprobación que luego se mencionan en el texto, se liga exclusiva o preferentemente con el cometido peculiar de uno de los poderes del Estado, a saber: el de constitucionalidad, con el Legislativo; el de legalidad, con el Judicial (*supra*, núm. 17); y el de actividad, con el Ejecutivo.

124 Acerca de este contraste, cfr. nuestra *Adición al número 428 del “Sistema de Derecho Procesal Civil” de Carnelutti*, en el tomo III de la traducción (Buenos Aires, 1944), pp. 139-42.

ciese como *proceso con una sola parte*, el quejoso.¹²⁵ En cambio, el derecho mexicano es más explícito que el brasileño en la puntualización de qué haya de entenderse por autoridad responsable.¹²⁶

26) La tercera cuestión se refiere, por último, a la *intervención del ministerio público* en el mandato de seguridad. Sin suscitar ahora la discusión acerca de si es o no parte y, caso afirmativo, en qué medida y actuaciones,¹²⁷ veamos tan sólo el carácter con que *podría* estar llamado a desenvolverse en el proceso que nos ocupa. En principio, las perspectivas serían tres: *a)* comparecería como *representante de la ley*, mediante la emisión de un dictamen inspirado en la más estricta objetividad y que, por tanto, favorecería a una u otra parte, según el sentido en que se manifieste acerca de la comisión o no de la ilegalidad o del abuso de poder; *b)* actuaría como *defensor de la autoridad responsable*, y *c)* asumiría el papel de *coadyuvante del agraviado* ("impetrante"). De esas tres posibilidades, creemos que deben rechazarse la segunda y la tercera, ya que sería hasta subversivo que el ministerio público, representante de la ley, tuviese que defender a ultranza, por consideraciones meramente fiscales,¹²⁸ a autoridades responsables, aunque a la par irresponsables, de los más inauditos desafueros, de la misma manera que, en dirección opuesta, carecería en absoluto de justificación que se le obligase a coadyuvar con agraviados temerarios o de mal fe, que sin otro deseo que el de perturbar el procedimiento pendiente, promuevan mandatos de seguridad descabellados. En países que como España e Italia —ignoro la situación en que el cuerpo se encuentre en Rumanía— cuenten con Abogacías del Estado, a ellas incumbiría la defensa de los intereses patrimoniales de la Administración nacional comprometidos por el abuso de poder,¹²⁹ y en los demás peldaños, a los servicios jurídicos correspondientes. Nos inclinamos, pues, por la primera de las tres soluciones, mas sin ocultársenos que cuando al ministerio público se le asignan en un proceso cometidos

125 Cfr. FIX ZAMUDIO, *Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana*, cit., pp. 169-74.

126 "Es autoridad responsable —dice el art. 11 de la Ley de amparo— la que dicta u ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado".

127 Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Lo que debe ser el ministerio público* (en "Rev. Gen. Legis. y Jurisp.", noviembre de 1929, pp. 519-31, y luego en nuestros "Estudios", cit., pp. 1-22); IDEM, *El antagonismo juzgador-partes*, cit., vol. II, pp. 70-7; ZAFRA, *Posición del ministerio público en el futuro proceso penal español* (en "Revista de Derecho Procesal" española, 1961, pp. 753-843).

128 Cfr. Florencio GUIMARÃES, *O ministério público no mandado de segurança*, cit., pp. 183-4.

129 Sobre el tema, véase mi artículo *Ministerio Público y Abogacía del Estado*, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 40, enero-abril de 1961, pp. 37-64, *passim*.

meramente dictaminadores, suele salir del paso mediante informes de escasa consistencia y de nula o reducida utilidad, confirmatorios de la frase de JOFRÉ de que fuera del enjuiciamiento criminal, que constituye su territorio propio, representa la quinta rueda del carro de la justicia.¹³⁰

27) *L)* PALABRAS FINALES. Una exposición panorámica de tema tan sobremanera sugestivo, como el mandato de seguridad, habría exigido examinar todavía, aunque fuese a la ligera, algunos otros aspectos, que quedaron inscritos en las notas tomadas para redactar la ponencia, pero cuyo desarrollo hubiese rebasado con creces las disponibilidades de tiempo y de espacio. Aludo, verbigracia, a la marcha del procedimiento, singularmente a su característica sumariedad; al sistema de recursos o al extremo relativo a la cosa juzgada, acerca del que VIDIGAL y BUZAID sustentan pareceres opuestos (negativo aquél y afirmativo éste),¹³¹ sin que sea yo, por falta de capacidad procesal a un tiempo subjetiva (recusabilidad como amigo de ambos) y objetiva (incompetencia por razón de la materia), el llamado a resolver como juzgador su discordia. Pero sí quisiera expresar el deseo vehemente de que el mandato de seguridad sea siempre ese “remedio heroico” de que habla BUZAID,¹³² sin que jamás descienda a menesteres impropios de su alto rango y de su noble misión. Quiero decir que no se degrade nunca hasta convertirse en un equivalente de lo que, por ejemplo, fueron en España durante mucho tiempo (desconozco si continúan siéndolo) los incidentes de nulidad de actuaciones, promovidos sin ton ni son, e incluso en esfera más alta los mismos recursos de casación por quebrantamiento de forma (*error in procedendo*), que, por obligada reacción, provocaron una jurisprudencia restrictiva; o que no sirva, como en México acontece a veces con el amparo, para conseguir finalidades pintorescas (en cierta ocasión se acudió a él para alinear jugadores extranjeros en equipos de futbol), inmorales (en otra oportunidad se dedujo para mantener abierta una exposición pornográfica) o peligrosas (evitar la clausura de establecimientos mal acondicionados para la industria pirotécnica). Sin llegar tan lejos ni tan bajo, que la codicia profesional no haga de él un instrumento para prolongar los procesos, justificar mano de obra y, a fin de cuentas y en la cuenta final, aumentar la minuta de honorarios.

130 Cfr. su *Manual de procedimiento (civil y penal)*, 5^a ed., actualizada por HALPARIN, tomo II (Buenos Aires, 1941), p. 284.

131 Cfr. VIDIGAL, *Da imutabilidade dos julgados*, cit., pp. 202-3; BUZAIN, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 503-5.

132 Cfr. *Do mandado de segurança*, cit., p. 499.

28) Y por fin, para terminar, una anécdota. Hace años, con motivo de un congreso purídico, concurrió al país de América donde se celebró, la delegación de uno de Europa, que no estuvo a la altura de las circunstancias. Se dijo entonces de ella que estaba integrada no por *juristas*, sino por *turistas*. Pues bien: mucho me temo que vosotros *juristas* brasileños y extranjeros me endoséis hoy a mí el sambenito de *turista*...

Niceto ALCALÁ-ZAMORA.
Investigador del Instituto de
Derecho Comparado de México.