





TRES ESTUDIOS SOBRE EL MANDATO  
DE SEGURIDAD BRASILEÑO

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO

SERIE D.—*Cuadernos de Derecho Comparado*

Nº 3

INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO

TRES ESTUDIOS  
SOBRE EL MANDATO  
DE SEGURIDAD BRASILEÑO

POR

HÉCTOR FIX ZAMUDIO  
ALEJANDRO RÍOS ESPINOZA  
NICETO ALCALÁ-ZAMORA

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
MÉXICO, 1963

Primera edición: 1963

Derechos reservados conforme a la ley  
© 1963, Universidad Nacional Autónoma de México  
Ciudad Universitaria. México 20, D. F.

DIRECCIÓN GENERAL DE PUBLICACIONES

Impreso y hecho en México  
*Printed and made in Mexico*

## MANDATO DE SEGURIDAD Y JUICIO DE AMPARO \*

### *Dos garantías constitucionales americanas para la defensa jurídica de la libertad*

*Sumario:* 1. Dificultad del examen comparativo. 2. Complejidad y mayor amplitud del amparo. 3. Naturaleza y estructura procesal de las dos instituciones. 4. Tribunales de amparo y de mandato. 5. Partes: a) Sujeto activo. 6. b) Autoridad demandada. 7. c) Tercero interesado. 8. d) Ministerio Público. 9. Principios formativos. 10. Influencia y compenetración recíproca. 11. Conclusiones.

1. *Dificultad del examen comparativo.* Todo estudio entre instituciones jurídicas pertenecientes a ordenamientos de diferentes países, trae consigo graves riesgos, en virtud de que el examen del derecho extranjero se hace a distancia y con una perspectiva diversa de aquella con la cual se observan las instituciones nacionales.

El jurista, y con mayor razón el neófito, como en el presente caso, carece de la vivencia y de la compenetración profundas de que está dotado el tratadista que contempla de cerca y en sus justas proporciones los fenómenos jurídicos de su propio derecho. No es posible suplir la convivencia diaria y constante con las instituciones patrias, que se conocen y se aman en la lucha interminable para su aplicación cotidiana, lucha inmortalizada por el genio de Rodolfo IHERING.<sup>1</sup>

\* Comunicación redactada para el Congreso Internacional de Derecho Procesal, efectuado en São Paulo, Brasil, del 10 al 15 de septiembre de 1962.

1 El jurisconsulto alemán hacía notar que no es solamente la costumbre quien da vida a los lazos que ligan a los pueblos con sus derechos, sino que el sacrificio es quien los hace más duraderos, y que la lucha que exige el derecho para ser práctico, no es un castigo sino una bendición, *La lucha por el derecho*, traducción de Adolfo POSADA, Buenos Aires, 1958, p. 69. Es por ello que resulta necesario participar en esos sacrificios y en esa lucha para compenetrarse del espíritu que anima las instituciones jurídicas, principalmente cuando son de naturaleza constitucional, y es evidente que tanto el mandato de seguridad como el juicio de amparo constituyen el resultado de las luchas y de los sacrificios de los pueblos de Brasil y de México. En cuanto al amparo, el tratadista mexicano Mariano AZUELA ha sostenido con gran acierto, que: "El espíritu del juicio de amparo

Dos peligros muy serios acechan a los que pretenden realizar un examen comparativo: la fácil seducción que ejercen las semejanzas y diferencias aparentes que pueden encontrarse en un análisis superficial, y la vana pretensión de señalar a los jurisconsultos extranjeros las características, perfectamente conocidas por ellos, de sus instituciones nacionales.

No obstante estos obstáculos, nos sentimos impulsados a ensayar el estudio comparativo, tomando en cuenta que se trata de dos instituciones que tienen grandes afinidades espirituales.

A este respecto ha señalado el procesalista brasileño Alfredo BUZAIID, que tanto el amparo mexicano como el mandato de seguridad brasileño están inspirados en las mismas ideas filosóficas, políticas y religiosas, participando de una tradición común, pues: "... ambas constituyen garantías jurisdiccionales de los derechos del hombre y ejercen función análoga en los países en que fueron adoptadas, conservando un sello nitidamente americano, quizás sin paralelo en el derecho comparado".<sup>2</sup>

Instituciones americanas, lejanas geográficamente pero estrechamente vinculadas por el espíritu, que constituyen el producto de las luchas, de los esfuerzos, de los sacrificios de dos pueblos enamorados de la libertad y que han conquistado dolorosamente dos instrumentos preciosos para la defensa de esa libertad.

En consecuencia, esa comunidad de ideales, de aspiraciones y de principios, hace necesario un cambio de impresiones entre los cultivadores del amparo y del mandato, para realizar un diálogo que promete ser fecundo y que inició brillantemente el profesor BUZAIID con su hermoso estudio comparativo antes mencionado y que pretendemos continuar en esta ocasión, pero en el plano muy modesto del que sigue las huellas luminosas trazadas por el maestro.

2. *Complejidad y mayor amplitud del amparo.* Para poder comprender las relaciones que existen entre el amparo mexicano y el mandato de seguridad brasileño, es preciso señalar primeramente la gran complejidad que ha alcanzado el primero, bajo la apariencia de una estructura unitaria.

escapa a lo que es mera descripción técnica y sólo puede ser captado mediante penetración profunda en nuestra dolorosa y peculiar historia", *El aspecto formal del amparo. Esquema de su evolución histórica y de su estructura general*, en el volumen, *Méjico ante el pensamiento jurídico social de Occidente*, México, 1955, pp. 87-88.

2 *Juicio de amparo e mandado de segurança. Contrastes e confrontos*, en las *Actas del Primer Congreso Mexicano y Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal*, México, 1960, pp. 107 y ss.

## MANDATO DE SEGURIDAD Y JUICIO DE AMPARO

5

Podemos equipararlo a un edificio que ostentando una fachada venerable, encubre habitaciones con estilos heterogéneos, que se han ido construyendo según necesidades posteriores que no fueron previstas por sus fundadores, no obstante lo cual, forman una unidad arquitectónica, de manera que únicamente aquel que puede penetrar al interior se percatá de la variedad de estructuras, que no son visibles desde afuera.

El constitucionalista mexicano Felipe TENA RAMÍREZ, en su profundo estudio que presentó al “Seminario sobre amparo, *habeas corpus* y otros derechos humanos”, organizado por las Naciones Unidas con la cooperación del Gobierno de México, en esta ciudad, durante los días 15 a 28 de agosto de 1961, advirtió que al cometido original del amparo para servir como técnica protectora de los derechos del hombre, se le fueron agregando posteriormente otras funciones, que el propio tratadista considera como accesorias y adicionales, otorgándole una complejidad siempre creciente.<sup>3</sup>

Intentaremos, por tanto, hacer una descripción panorámica del immense campo que abarca el amparo en el ordenamiento procesal mexicano, relacionando esas funciones complejas con las instituciones brasileñas, que a nuestro entender realizan una función similar, con el objeto de poder deslindar aquellos aspectos del mandato de seguridad que admiten un análisis comparativo, ya que coinciden sólo en ciertos aspectos parciales.

En trabajos anteriores habíamos sustentado el criterio de que el amparo mexicano estaba dotado de una *trilogía estructural*,<sup>4</sup> integrada por los siguientes aspectos autónomos: A) *El amparo como instrumento protector de los derechos fundamentales de la persona humana*; B) *El amparo como garantía jurisdiccional contra leyes inconstitucionales*; C). *El amparo con funciones de recurso de casación*.<sup>5</sup>

Sin embargo, los razonamientos expuestos en primer término por Antonio CARRILLO FLORES,<sup>6</sup> posteriormente por el tratadista español Jesús

3 *El amparo mexicano, medio de protección de los derechos humanos*, en “Boletín de Información Judicial”, año xvi, N° 169, México, septiembre de 1961, pp. 533 y ss.

4 FIX ZAMUDIO, *La garantía jurisdiccional de la Constitución Mexicana*, México, 1955, pp. 126 y ss.; *Id. Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana*, anexo al libro de Mauro CAPPELLETTI, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, traducción de Héctor FIX ZAMUDIO, México, 1961, pp. 176 y ss.

5 Esta trilogía estructural fue descubierta por el profundo criterio jurídico de Niceto ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, quien estimó que el amparo mexicano es, a la vez, recurso de inconstitucionalidad, de amparo de garantías individuales y de casación. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. México, 1947, notas 394, 355 y 364.

6 *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración*, México, 1939, pp. 273 y ss.

GONZÁLEZ PÉREZ<sup>7-8</sup> y hace poco tiempo por Felipe TENA RAMÍREZ,<sup>9</sup> nos han llevado al convencimiento de que existe un cuarto sector autónomo en el juicio de amparo, o sea el que se caracteriza por la *defensa de los particulares frente a la administración*, esto es, en sustitución del proceso administrativo, que en nuestro país está limitado exclusivamente a la materia fiscal, a través del órgano formalmente administrativo intitulado Tribunal Fiscal de la Federación.

A) La función primordial del amparo está constituida por la protección de los derechos fundamentales de la persona humana, que es la que le ha conquistado el respeto y la admiración no sólo del pueblo mexicano, sino también de los regímenes democráticos occidentales, pues este aspecto ha sido consagrado en los artículos 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 2 de mayo de 1948; 8º de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948; y 14 de la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950,<sup>10</sup> y más recientemente en el artículo 49 de la Constitución venezonala de 1961.<sup>11</sup>

Esta función libertaria, la más noble, la más humana y la más elevada del juicio de amparo, tiene un ámbito tutelar sumamente amplio, pues comprende la protección de todos los derechos subjetivos públicos que la Carta Fundamental establece en beneficio de los habitantes del país; no sólo los establecidos en los primeros 28 artículos de la Constitución Federal,<sup>12</sup> calificados como "garantías individuales",<sup>13</sup> sino to-

7 *Derecho procesal administrativo*, tomo I, Madrid, 1955, pp. 233 y ss.

8 Sobre la justicia administrativa en España, en las *Actas del Primer Congreso Mexicano y Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal*, México, 1960, pp. 185 y ss.

9 *Fisonomía del amparo en materia administrativa*, en el volumen, *El pensamiento jurídico de México en el Derecho Constitucional*, México, 1961, pp. 111 y ss.

10 *El aspecto mundial del amparo, su expansión internacional*, en el volumen, *Méjico ante el Pensamiento Jurídico-Social de Occidente*, México, 1955, pp. 129 y ss.

11 Este precepto dice lo siguiente: "Artículo 49, Los Tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley. El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida." Cfr. Morris SIERRAALTA, *De los recursos de amparo y habeas corpus en el derecho constitucional venezolano*, Caracas, 1961, pp. 17 y ss.

12 El artículo 29 no contiene derechos fundamentales sino el procedimiento para limitarlos en casos de emergencia.

13 La denominación de "garantías individuales" proviene de la influencia tradicional de las declaraciones francesas de derecho, ya que si se examinan los preceptos comprendidos dentro del capítulo I de nuestra Carta Fundamental, no se encontrarán verdaderas garantías, sino exclusivamente derechos subjetivos públicos, que tampoco son individuales en su totalidad, sino también de carácter social,

## MANDATO DE SEGURIDAD Y JUICIO DE AMPARO

7

dos aquellos que están relacionados directa o indirectamente con esas “garantías”.<sup>14</sup>

Esta gran amplitud del amparo como defensor de las libertades fundamentales, ha impresionado al constitucionalista argentino Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, quien estima que México es, entre las naciones de América, quien se ha distinguido y se distingue en la defensa jurídica de la libertad, porque: “... Ningún otro pueblo de la tierra le ha dedicado tanta atención”.<sup>15</sup>

Sin embargo, de todos los derechos fundamentales protegidos por el juicio de amparo, han sido tutelados en forma especial los que se reputan como inherentes a la dignidad de la persona humana, como son aquellos que resultan afectados con el peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento judicial, deportación, destierro o alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal.<sup>16</sup>

Para los derechos esenciales de la vida, la libertad y la propiedad que pueden ser heridos por los actos mencionados con anterioridad, la Ley Reglamentaria del Juicio de Amparo ha establecido el procedimiento sencillo y breve a que se refieren los textos internacionales mencionados y el artículo 49 de la Constitución venezolana de 1961.

En efecto, de acuerdo con las disposiciones de la Ley Reglamentaria de que se trata, la demanda puede ser interpuesta, inclusive por simple comparecencia, por cualquier persona en nombre del afectado que

como los atribuidos a los grupos campesinos por el artículo 27 constitucional, en tanto que la verdadera garantía de tales derechos está constituida por el juicio de amparo reglamentado por los artículos 103 y 107 de la propia Constitución. Tampoco es feliz la connotación “garantías del gobernado”, propuesta por Ignacio BURGOA para designar los derechos fundamentales de que se trata, ya que incurre en el error de confundir los derechos subjetivos con su garantía procesal, *Las garantías individuales*, 3<sup>a</sup> ed., México, 1961, p. 116 y ss.

14 Desde el siglo pasado, uno de los ilustres forjadores de nuestra máxima institución jurídica había sostenido que el ámbito protector del amparo no se limita a los derechos subjetivos públicos consignados en el capítulo de los derechos del hombre de la Constitución Federal de 1857, sino que debía comprender todos los establecidos en el texto constitucional que los presuponen, los explican y los complementan. Ignacio L. VALLARTA, *Votos, Cuestiones Constitucionales*, tomo III, 2<sup>a</sup> ed., México, 1896, pp. 93 y ss. Cfr. Ignacio BURGOA, *El juicio de amparo*, 5<sup>a</sup> ed., México, 1962, pp. 224 y ss.

15 *El habeas corpus, Garantía de libertad*, 2<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, 1956, p. vi.

16 Este precepto constitucional dispone: “Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, las marcas, los azotes, los palos, el tormento de cualesquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales, así como la pena de muerte para los delitos políticos, la cual sólo puede imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves de orden militar.”

se encuentre imposibilitado para hacerlo, aunque el promovente sea menor de edad o mujer casada; el juez está dotado de amplios poderes de investigación y dirección del proceso, con la facultad de dictar las medidas necesarias para lograr la comparecencia del agraviado, después de resolver sobre la medida cautelar denominada suspensión definitiva, la que debe concederse de oficio (artículos 17, 18, 117 y 123, fracción I, de la propia Ley de Amparo).<sup>17</sup>

En estos casos, el ejercicio de la acción no está sujeto a términos preclusivos, sino que puede hacerse valer en cualquier tiempo (artículo 22, fracción II), a cualquier hora del día o de la noche (artículo 23, segundo párrafo), y en casos de urgencia, puede formularse por telégrafo.<sup>18</sup>

Cuando se trata de estas situaciones gravemente afflictivas de la dignidad humana, se establece un sistema flexible de competencias para conocer de las demandas de amparo, ya que las mismas pueden formularse, no sólo ante los Jueces de Distrito, como en los casos menos apremiantes, sino también ante los Jueces de Primera Instancia, o en su defecto, ante cualquier autoridad judicial, dentro de cuya jurisdicción radique la autoridad que ejecuta o trata de ejecutar los actos reclamados, pudiendo dichos funcionarios locales detener provisionalmente la realización de los actos lesivos de la vida o de la libertad, remitiendo posteriormente los autos al Juez de Distrito correspondiente, para la tramitación y resolución del asunto (artículos 38, 39 y 40).

Los restantes derechos subjetivos públicos reconocidos por nuestra Ley Fundamental, tales como las libertades de imprenta, de reunión, de pensamiento, de cultos, el derecho de petición, etcétera, han sido protegidos a través del procedimiento relativo al amparo de doble instancia, denominado también, indirecto, que si bien está regido por el principio de la concentración procesal, que en la realidad no siempre se realiza, carece de la flexibilidad y de la ausencia de formalismo que caracterizan la protección de los derechos estimados como de mayor jerarquía.

17 Debe advertirse que cuando el acto reclamado consista en la detención del quejoso por orden de las autoridades administrativas, que es la situación clásicamente protegida por el *habeas corpus*, el artículo 136, párrafo tercero, de la Ley de Amparo, otorga efectos restitutorios a la medida cautelar, pues dispone en la conducente, que el afectado podrá ser puesto en libertad provisional, mediante medidas de aseguramiento y sin perjuicio de que se haga la consignación que corresponda.

18 Siempre que en este último caso la demanda telegráfica se ratifique por escrito dentro de los tres días siguientes, de acuerdo con lo establecido por los artículos 118 y 119 de la Ley Reglamentaria del Juicio Constitucional.

## MANDATO DE SEGURIDAD Y JUICIO DE AMPARO

9

Sólo cuando se trata de los derechos protectores del acusado en el proceso criminal, regulados especialmente por los artículos 19 y 20 de la Constitución Federal, se establece, en beneficio del imputado, la facultad discrecional de los tribunales de amparo para suplir la deficiencia de la queja, es decir, para corregir los errores u omisiones en que hubiere incurrido el promovente, si se encuentra que ha habido en contra del procesado una violación manifiesta de la ley que lo hubiese dejado sin defensa o cuando se le haya juzgado por una ley que no es exactamente aplicable al caso (artículos 107, fracción II, párrafo tercero, de la Constitución, y 76, párrafo tercero, de la Ley de Amparo).<sup>19</sup>

Si confrontamos este aspecto del amparo mexicano, que podemos calificar de “amparo-libertad”, con el sistema establecido por el derecho brasileño, podemos observar que realiza una doble función; por una parte se asemeja al *habeas corpus*, en el sentido estricto en que se encuentra consignado por el artículo 141, parágrafo 23, de la Constitución brasileña de 1946, o sea como garantía procesal establecida exclusivamente en beneficio de quien sufriere o se hallare amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad de movimiento, como consecuencia de una ilegalidad o abuso de poder;<sup>20</sup> en segundo lugar, el amparo puede asimilarse al *mandato de seguridad* en cuanto instrumento tutelar de los derechos fundamentales de los particulares frente a las autoridades públicas, pues si bien es cierto que el parágrafo 24 del invocado artículo 141 de la Constitución vigente en el Brasil, sólo habla del referido mandato como institución protectora contra la ilegalidad y el abuso de poder y no se refiere a los actos inconstitucionales, deben conceptuarse implícitos y estimarse que la tutela comprende la defensa de todos los derechos fundamentales no protegidos por el *habeas corpus*.<sup>21</sup>

Si dirigimos una mirada retrospectiva, es posible afirmar que el “amparo-libertad” corresponde a la institución delineada por la llamada

19 Sobre la institución de la suplencia de la queja en el juicio de amparo, pueden consultarse los siguientes trabajos: Juventino V. CASTRO, *La suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo*, México, 1953; Armando CHÁVEZ CAMACHO, *La suplencia de la deficiencia de la queja*, en “Jus”, N° 67, México, febrero de 1944, pp. 95 y ss.

20 Cfr. Themistocles B. CAVALCANTI, *Las Constituciones de los Estados Unidos del Brasil*, Madrid, 1958, pp. 682-683; CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*, 6<sup>a</sup> ed., Rio-São Paulo, 1961, pp. 208 y ss.; CASA DE RUI BARBOSA, *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, tomo I, Rio, 1961, pp. 51 y 52.

21 Cfr. J. M. Othon SIDOU, *Do mandado de segurança*, 2<sup>a</sup> ed., Rio-São Paulo, 1959, p. 73; *Id.*, *Para proteger direito líquido e certo*, en “Revista de direito processual civil”, año I, vol. 2, São Paulo, julio-diciembre de 1960, p. 94.

22 Cfr. CASA DE RUI BARBOSA, *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, cit., tomo I, pp. 197-199.

*doctrina brasileña del habeas corpus*,<sup>22</sup> que comprendía toda una serie de derechos fundamentales relacionados directa o indirectamente con la libertad de movimiento, así como los interdictos posesorios de los derechos del hombre, ambas instituciones reputadas como antecedentes nacionales del moderno mandato de seguridad.<sup>23</sup>

El motivo por el cual el derecho mexicano no adoptó la institución anglosajona del *habeas corpus* o de exhibición personal<sup>24</sup> tal como fue acogida por la gran mayoría de las legislaciones latinoamericanas,<sup>25</sup> lo encontramos en la influencia de la tradición hispánica, especialmente del proceso foral aragonés de la *manifestación de las personas*, a través del cual el Justicia de Aragón *amparaba* contra detenciones arbitrarias.

Así lo ha entendido el tratadista brasileño J. M. Othón SIDOU, al afirmar que debido al proceso foral de la manifestación, no tuvo el derecho ibero-mexicano, diversamente de los demás derechos de todos los pueblos cultos del mundo, la necesidad de parangonar la institución inglesa del *habeas corpus*.<sup>26</sup>

En consecuencia, el juicio de amparo mexicano cuando actúa como instrumento de protección de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución Federal, puede equipararse a dos garantías constitucionales brasileñas: el *habeas corpus*, en su acepción actual, de tutela contra

23 Cfr. Arnold WALD, *El mandato de seguridad (Historia y naturaleza)*, traducción de Javier ELOLA, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", N° 24, septiembre-diciembre de 1955, pp. 39-45; *Id.*, *O mandado de segurança na prática judiciária*, Rio, 1958 pp. 25 y ss.; Themistocles B. CAVALCANTI, *Do mandado de segurança*, 4<sup>a</sup> ed., Rio-São Paulo, 1957, pp. 50 y ss.

24 Sin embargo, debe hacerse mención que en uno de los primeros documentos constitucionales elaborados durante la guerra de independencia, o sean los llamados *Elementos Constitucionales*, circulados por el licenciado Ignacio LÓPEZ RAYÓN en agosto de 1811, y que contenían los principios fundamentales para un futuro proyecto de Constitución Política, se decía en el punto 31: "Cada uno se respetará en su casa como en un asilo sagrado, y se administrará con las ampliaciones, restricciones que ofrezcan las circunstancias, la célebre ley *corpus habeas* de la Inglaterra." Este intento de establecer el *habeas corpus* no volvió a repetirse en los documentos constitucionales posteriores. Cfr. Felipe TENA RAMÍREZ, *Leyes Fundamentales de México 1808-1957*, México, 1957, p. 26.

25 La República de Chile ha seguido a México en la terminología para designar a la institución protectora contra restricciones arbitrarias de la libertad personal, ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia denominan "recurso de amparo" al procedimiento de exhibición personal establecido por el artículo 16 de la Constitución de 1925, reformada en 1943, y reglamentado por los artículos 306 a 317 del Código de Procedimiento Penal. Cfr. Carlos ESTÉVEZ GASMURI, *Elementos de Derecho Constitucional*, Santiago, 1949, pp. 143-144; Mario BERNASCHINA GONZÁLEZ, *Manual de Derecho Constitucional*, 3<sup>a</sup> ed., Santiago, 1958, tomo II, pp. 161-165; Jaime DEL VALLE ALLENDE, *Comunicación al Seminario sobre Amparo, Habeas Corpus y otros recursos similares*, México, 1961.

26 *Do mandado de segurança*, cit., p. 16.

detenciones arbitrarias que afecten exclusivamente la libertad de movimiento, y el *mandato de seguridad*, en el aspecto en que salvaguarda los derechos subjetivos públicos de carácter constitucional.

B. Otra de las modalidades del amparo es aquella que se ha estimado como la más estrictamente constitucional,<sup>27</sup> o sea la garantía jurisdiccional contra las leyes inconstitucionales, que constituye un trasplante de uno de los aspectos más importantes del sistema estadounidense de la *judicial review*, pero que se ha desarrollado con rasgos originales en el derecho mexicano.

En sus comienzos, el amparo contra leyes tuvo mayor semejanza con lo que hoy constituye el *mandato de seguridad*, en cuanto esta institución brasileña se hace valer contra actos apoyados en leyes que se estiman inconstitucionales.

En efecto, los tratadistas mexicanos e ilustres Magistrados de la Suprema Corte de Justicia, en la época en que se iniciaba la evolución del amparo, o sean José María LOZANO<sup>28</sup> e Ignacio L. VALLARTA,<sup>29-30</sup> consideraron que la acción de amparo procedía exclusivamente contra los actos concretos de aplicación, pero no contra la ley en abstracto, con motivo de su promulgación, y más aún, no la consideraban admisible para dirigir la demanda contra los órganos supremos del Estado que intervienen en el procedimiento legislativo, es decir, el Congreso de la Unión y el Presidente de la República, o las Legislaturas y Gobernadores de los Estados de la República.

Los autores mencionados reputaban la ley en abstracto como un ordenamiento inocuo, que no ofendía ni causaba perjuicio y debía considerarse como letra muerta en tanto no se aplicara por las autoridades encargadas de su ejecución, a los casos concretos correspondientes.

En forma análoga, tanto la doctrina como la jurisprudencia que actualmente predominan en Brasil, consideran que no es admisible el mandato de seguridad contra la ley en abstracto, sino exclusivamente contra los

27 Cfr. Mariano AZUELA, *Aportación al estudio del amparo contra leyes*, en “Revista Jurídica Veracruzana”, tomo VII, N° 1, Jalapa, marzo de 1957, p. 7.

28 *Tratado de los derechos del hombre*, México, 1876, p. 439.

29 *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, México, 1881, p. 117.

30 La labor del ilustre VALLARTA como Presidente de la Suprema Corte de Justicia, de 1887 a 1892, ha sido equiparada con la obra de John MARSHALL como Presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos, y en este orden de ideas podemos afirmar, si se quiere encontrar un paralelo, que los trabajos judiciales y doctrinales de José María LOZANO, también Presidente de la Suprema Corte en los años de 1876 y 1892, pueden compararse a los del gran jurisconsulto y Magistrado Joseph STORY.

actos de aplicación de la misma;<sup>31</sup> afirmando, además, que no se puede enjuiciar a los órganos legislativos, tanto federales como locales, cuando actúan como creadores de la ley, sino exclusivamente en sus funciones de carácter estrictamente administrativo.

Esta situación perduró en nuestro país ya bajo la vigencia de la Constitución actual de 5 de febrero de 1917, pues la Ley de Amparo anterior a la vigente, o sea la de 18 de octubre de 1919, tampoco admitía el amparo contra la ley en abstracto, según se desprende con claridad de la redacción de su artículo 12.<sup>32</sup>

Sin embargo, el panorama ha cambiado radicalmente según el sistema establecido por la Ley Reglamentaria del Juicio de Amparo en vigor, o sea la de 30 de diciembre de 1935, que consagró las enseñanzas del ilustre jurisconsulto Emilio RABASA<sup>33</sup> sobre la procedencia del amparo contra las leyes en abstracto, siempre que las mismas, con motivo de su expedición, afectaran la esfera jurídica de los particulares.<sup>34</sup>

Expresamente, la actual Ley de Amparo admite en varios de sus preceptos,<sup>35</sup> que el juicio de amparo pueda interponerse contra la ley en abstracto, es decir, con motivo de su promulgación, siempre que se afecte la esfera jurídica de los promoventes, es decir, que se trate de disposiciones cali-

31 Así, en la doctrina Cfr. CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 117 y ss.; CAVALCANTI, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 184 y ss.; Arnold WALD, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 136 y ss.; Alfredo BUZAI, *Juicio de amparo e mandado de segurança*, cit., p. 145, etcétera. La jurisprudencia dominante, en especial, la del Supremo Tribunal Federal, tiene la misma orientación, Cfr. CASA RUI BARBOSA, *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, cit., tomo I, pp. 85 y ss.; Tito GALVÃO FILHO, *Dicionário de jurisprudência no mandado de segurança*, Curitiba, Paraná, 1960, pp. 156 y ss.

32 Dicho precepto disponía: "Es autoridad responsable *la que ejecute o trate de ejecutar el acto reclamado*, pero si éste consistiere en una resolución judicial o administrativa, se tendrá también como responsable a la autoridad que la haya dictado."

33 Expresadas fundamentalmente en su obra *El Juicio Constitucional*, 2<sup>a</sup> ed., México, 1955, pp. 285 y ss. La primera edición de esta obra apareció en el año de 1919.

34 No obstante que Emilio RABASA nunca formó parte de la Suprema Corte de Justicia, su obra doctrinaria ha tenido una influencia decisiva para muchos aspectos de nuestro juicio de amparo y aun de varios principios constitucionales, por lo que su espíritu renovador puede aproximarla al distinguido Magistrado y jurisconsulto estadounidense Oliver Wendell HOLMES, cuya influencia en el derecho público de los Estados Unidos ha sido estudiada con acierto por Julio CUETO RÚA, *El Common Law. Su estructura normativa, su enseñanza*, Buenos Aires 1957, pp. 55 y ss.

35 El artículo 11 de la ley vigente establece que es autoridad responsable la que dicte u ordene, ejecuta o trate de ejecutar la Ley o acto reclamado. — Además, diversos preceptos de la propia Ley Reglamentaria del Amparo se refiere a la posibilidad de enjuiciar una ley en abstracto y de demandar a los órganos legislativos, y a este respecto deben citarse los artículos 22, fracción I, y 73, fracciones VI y XII, según párrafo.

ficadas como auto-aplicativas o auto-ejecutivas, sin perjuicio, naturalmente, de que también puedan impugnarse los actos de aplicación del ordenamiento que se estime contrario a los preceptos o principios establecidos por la Constitución Federal.

De manera que de acuerdo con la legislación de amparo vigente, es decir, conforme a la Ley Reglamentaria de 30 de diciembre de 1935, sustancialmente reformada por Decreto de 30 de diciembre de 1950, publicado el 19 de febrero de 1951, que entró en vigor el 20 de mayo siguiente, el amparo contra leyes tiene una doble configuración:<sup>36</sup>

a) La que podemos denominar *acción de inconstitucionalidad de las leyes*, que consiste en el enjuiciamiento del ordenamiento legal que se considera inconstitucional, a través de un verdadero proceso, en el cual figuran como contrapartes del quejoso los órganos del Estado que han intervenido en el procedimiento legislativo. La reclamación debe hacerse en primera instancia ante el Juez de Distrito en cuya jurisdicción radique la autoridad que aplica o pretende aplicar el ordenamiento impugnado, o bien los órganos legislativos, cuando no existe esa aplicación, y en segundo grado, a través del recurso llamado de revisión (en realidad, apelación) ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, de acuerdo con las diversas reformas a la legislación de amparo, publicadas el 31 de diciembre de 1957.<sup>37</sup>

Pero aún dentro de este *proceso por vía de acción*, encontramos a su vez, dos modalidades:

a') La *impugnación de la ley en abstracto* cuando sus disposiciones afectan, por su promulgación, los intereses jurídicos de los particulares, o sea que se trate de una de las leyes que la jurisprudencia ha calificado como auto-aplicativas, auto-ejecutivas, de acción automática, con principio de ejecución, etc.<sup>38</sup>

Resulta impreciso el criterio jurisprudencial para determinar cuándo debe estimarse que una ley en abstracto puede afectar la esfera jurídica de los particulares, pero la doctrina más autorizada<sup>39</sup> ha establecido que

36 Héctor FIX ZAMUDIO, *Algunos problemas que plantea el amparo contra leyes*, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", N° 37, enero-abril de 1960, pp. 24 y ss.; *Id.*, *Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana*, cit., pp. 184 y ss.

37 Artículos 107, fracciones VII y VIII, inciso a) de la Constitución Federal; 114, fracciones I y II; 84, fracción I, inciso a), de la Ley de Amparo, y 42, fracciones III y IV y 11, fracción XII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

38 Cfr. la tesis jurisprudencial número 97, p. 215 del Apéndice al Seminario Judicial de la Federación publicado en el año de 1955.

39 Que es la del tratadista Mariano AZUELA, *Aportación al estudio del amparo contra leyes*, cit., pp. 7-43.

admiten el amparo desde el momento de su promulgación, las leyes que causan perjuicio por el imperativo que contienen, y existe perjuicio por la sola creación o extinción, en forma incondicionada, de situaciones concretas de derecho.

b') *El enjuiciamiento de los actos de aplicación de los ordenamientos legales calificados de constitucionales*, procedente contra toda clase de disposiciones, inclusive las juzgadas auto-aplicativas, que no se hubiesen combatido con motivo de su promulgación dentro del plazo de treinta días establecido por el artículo 22, fracción I, de la Ley de Amparo, siempre que la demanda se interponga, en todo caso, dentro de los quince días siguientes al conocimiento por el quejoso del primer acto de aplicación de la ley combatida (artículos 21 y 73, fracción XII, segundo párrafo, de la propia ley de Amparo).

En ambos supuestos, es decir, tanto en el de un amparo enderezado contra una ley auto-ejecutiva, como en el caso de la impugnación de los actos de aplicación de un ordenamiento constitucional, es necesario llamar a juicio en calidad de demandadas, tanto a las autoridades que expedieron las disposiciones reclamadas, como aquellas que las han aplicado o pretenden aplicarlas en perjuicio del quejoso.<sup>40</sup>

b) Últimamente se está abriendo paso, con apoyo en lo dispuesto por el artículo 133 constitucional<sup>41</sup> el control judicial de las leyes en vía de excepción, tal como existe en los Estados Unidos, configurándose lo que podría llamarse el *recurso de constitucionalidad de las leyes*, que todavía no se ha consolidado plenamente, pues la jurisprudencia de la Suprema Corte, hasta hace poco tiempo, se inclinaba por el monopolio del Poder Judicial Federal para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, con

40 En el supuesto de que el quejoso no señale como autoridades demandadas a las que intervinieron en el procedimiento legislativo correspondiente, la jurisprudencia de la Suprema Corte ha establecido que esa omisión es suficiente para determinar el sobreseimiento del amparo, porque no es posible estudiar la constitucionalidad de los actos imputados a autoridades que no fueron llamadas ni oídas en el proceso constitucional. Tesis número 181, página 363 del mismo Apéndice al Semanario Judicial de la Federación publicado en el año de 1955.

41 Este precepto fue tomado por los constituyentes de 1857 del artículo VI, segundo párrafo de la Constitución de los Estados Unidos, y formó parte del artículo 126 de la Carta Fundamental de ese año, siendo reproducido por el Congreso Constituyente de 1917, de la siguiente manera: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. — Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados."

la consecuencia de que no se autorizaba a los jueces de los Estados para desaplicar las disposiciones locales que reputaran inconstitucionales, ya que esta materia no debía plantearse en el juicio ordinario, sino en vía de amparo de doble instancia o indirecto, ante un Juez de Distrito.

Por este motivo, una parte de la doctrina considera aún que existe una contradicción insalvable entre las disposiciones constitucionales de los artículos 103, que otorga al Poder Judicial Federal la atribución exclusiva para conocer de las controversias contra leyes o actos inconstitucionales, y el 133, que obliga a los jueces locales el preferir a la Ley Suprema de la Unión sobre los preceptos contrarios que existan en los ordenamientos estatales.<sup>42</sup>

No obstante lo anterior y todavía con timidez, la misma Suprema Corte ha rectificado su criterio, admitiendo que los juzgadores locales pueden y deben cumplir con la obligación que les impone el artículo 133 constitucional, cuando se trate de preceptos estatales ostensiblemente contrarios a la Constitución Federal, y que contra la sentencia definitiva procede *el amparo directo*, ante las Salas de la Suprema Corte o ante los Tribunales Colegiados de Circuito, y en este último caso, el problema de constitucionalidad puede llegar hasta el Pleno de la propia Suprema Corte, a través del recurso de revisión (apelación), que sólo en este supuesto se admite contra las sentencias de dichos Tribunales Colegiados, pues en todos los demás casos se consideran firmes.<sup>43</sup>

Por virtud del recurso de inconstitucionalidad de las leyes no se enjuicia directamente el ordenamiento reclamado, sino que se revisa la legalidad de una resolución judicial ordinaria, dictada en un proceso común, en el cual surge por vía de excepción y planteado por una de las partes, un problema sobre la inconstitucionalidad de la ley local aplicable al caso,

42 El constitucionalista mexicano Felipe TENA RAMÍREZ ha llegado a sostener que el artículo 13 Constitucional es, por cualquier lado que se le considere, un precepto oscuro, incongruente y dislocador de nuestro sistema, *Derecho Constitucional Mexicano*, 5<sup>a</sup> ed., México, 1961, p. 473. En diverso sentido se expresa Antonio MARTÍNEZ BÁEZ, *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", N° 15, México, julio-septiembre de 1942, pp. 243-253.

43 Aunque la impugnación no procede cuando la decisión o la interpretación constitucional realizada por los Tribunales Colegiados, se apoyen en la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia o se trate de los casos de aplicación de normas procesales de cualquier categoría o de violación a disposiciones legales secundarias. Cfr. artículos 107, fracciones V y VI y IX de la Carta Fundamental y 158, 158 bis, 83, fracción V y 84, fracción II, de la Ley Reglamentaria del Juicio de Amparo.

cuestión que los jueces estadales deben resolver de acuerdo con la jerarquía normativa establecida por el referido artículo 133 constitucional.<sup>44</sup>

Ahora bien, si hacemos un examen comparativo entre las diversas modalidades que asume el amparo contra leyes en el derecho mexicano y el sistema de impugnación de las disposiciones legales de carácter inconstitucional en el derecho brasileño, podemos llegar a los siguientes resultados:

Por lo que se refiere al amparo contra leyes en abstracto, cuando se trata de disposiciones que por su expedición afectan incondicionalmente la esfera jurídica de los particulares, se puede afirmar que no tiene correspondencia con el mandato de seguridad, según el estado actual de la doctrina y de la jurisprudencia brasileñas, que consideran, en términos generales, que es inadmisible el mandato para impugnar una ley en abstracto.<sup>45</sup>

Sin embargo, existe la tendencia de atemperar el principio absoluto de improcedencia del mandato contra leyes, y puede observarse que en los anteproyectos de Ley Reglamentaria del Mandato de Seguridad (actualmente Ley 1533 de 31 de diciembre de 1951) formulados bajo los auspicios del *Instituto dos Advogados Brasileiros*<sup>46</sup> si bien se reafirma la prohibición de la garantía constitucional contra leyes en abstracto, por excepción se admite dicho medio de impugnación contra ordenamientos respecto de los cuales se demuestre que de sus efectos futuros pueda resultar daño de difícil o incierta reparación.<sup>47</sup>

El tratadista J. M. Othon SIDOU justifica esta excepción partiendo de bases semejantes a las aceptadas por la doctrina y la jurisprudencia mexicanas respecto del amparo contra leyes auto-aplicativas, ya que afirma que la ley en abstracto contra la que no debe proceder el mandato de seguridad es la que produce efectos inocuos, que se encuentran sólo latentes y se actualizan a través del acto administrativo, pero muy distinta es la situación derivada de las disposiciones que antes de entrar en vigor ya prometen

44 Recientemente las Salas de la Suprema Corte se han avocado y resuelto problemas de inconstitucionalidad de leyes en vía de excepción, planteados en amparos directos contra sentencias definitivas dictadas por los jueces o tribunales comunes o por las Juntas de Conciliación y Arbitraje (tribunales paritarios en materia laboral), y entre las ejecutorias respectivas pueden citarse, entre otras, las dictadas en los siguientes amparos directos: 6476-957, Casimiro Santoyo Santoyo, fallado el 29 de octubre de 1958; 4885-956, Daniel Castillo Rogel, resuelto el 20 de febrero de 1958, y 1218-958, "Banco del Pequeño Comercio del Distrito Federal" resuelto el 26 de febrero de 1959.

45 Ver autores y jurisprudencia citados en la nota 31.

46 *Ante-Projeto de Lei do Mandado de Segurança*, introducción del doctor Otto GIL, ponencia del profesor Celestino Sá FREIRE BASÍLIO, Rio, 1960, y el otro redactado por J. M. Othon SIDOU, *Projeto de Reforma da Ley 1.533 de 1951, sobre o mandado de segurança, (con justificação das alterações propostas)*, Rio, 1959.

47 Artículo 6º, fracción III, párrafo único, p. 35, del primer proyecto, y artículo 3º, fracción III, párrafo único del proyecto SIDOU.

generar derechos adquiridos en favor de unos y en perjuicio de otros, criterio similar al mexicano, de la afectación incondicionada de la esfera jurídica de los particulares por la promulgación de una ley.

Por otra parte, existen fallos de algunos tribunales locales brasileños, así como votos particulares o minoritarios de varios Ministros del Supremo Tribunal Federal, que consideran admisible el mandato de seguridad, en casos excepcionales, contra leyes auto-ejecutivas, y en tales casos, como ocurre en el derecho mexicano, se estima que debe demandarse a los Poderes Legislativo y Ejecutivo que intervinieron en el procedimiento que dio origen a la ley impugnada.<sup>48</sup>

Por el contrario, el amparo contra los actos de aplicación de las leyes inconstitucionales, en vía de acción, tiene muchos puntos de contacto con el mandato de seguridad formulado contra los actos de las autoridades administrativas apoyados en disposiciones legales contrarias a la Constitución Federal, pero con las siguientes distinciones:

En el derecho mexicano, el amparo contra los actos de aplicación de una ley inconstitucional, se estima como un proceso contra la misma ley, aun cuando ese ordenamiento se ataque a través de su ejecución, y esta es la causa por la que se admite la impugnación contra disposiciones auto-ejecutivas o auto-aplicativas, inclusive por virtud de su aplicación, cuando no fueron combatidas oportunamente con motivo de su promulgación (artículo 73, fracción XII, segundo párrafo, de la Ley de Amparo), por lo que en forma ineludible deben llamarse a juicio, como autoridades responsables, los órganos del Estado que intervinieron en el procedimiento legislativo correspondiente, según se expresó con anterioridad.

En el mandato de seguridad la situación es diversa, pues aun cuando el acto o actos impugnados tengan su apoyo en disposiciones consideradas inconstitucionales, siempre se estima que dicha garantía es admisible exclusivamente contra las autoridades encargadas de su aplicación y no contra los órganos legislativos.<sup>49</sup> En el derecho brasileño se ha sentado el principio general, que admite limitadísimas excepciones, de que la ley nunca puede ser enjuiciada directamente, sino siempre en vía de consecuencia.<sup>50</sup>

48 Cfr. para la situación durante la vigencia del Código Procesal Civil, en cuanto al mandato de seguridad, Luiz Antonio DE ANDRADE, *Do mandado de segurança*, en *Comentários ao Código de Processo Civil*, de Luiz MACHADO GUIMARÃES, vol. IV, Rio, 1942, p. 339. En cuanto a la jurisprudencia actual, véase, CASA RUI BARBOSA, *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, cit., tomo I, pp. 85-86.

49 Cfr. Luiz Eulálio DE BUENO VIDIGAL, *Da inmutabilidade dos julgados que concedem mandado de segurança*, São Paulo, 1953, p. 124.

50 Cfr. CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 118-119.

Por otra parte, la impugnación de preceptos contrarios a la Ley Suprema por vía de excepción, que configura lo que hemos denominado *recurso de inconstitucionalidad de las leyes*, no tiene semejanza con el mandato de seguridad, sino que se aproxima a otra institución procesal brasileña de índole constitucional, que tiene también su fuente en la *judicial review* del derecho angloamericano; nos referimos al llamado *recurso extraordinario*,<sup>51</sup> cuyo conocimiento corresponde al Supremo Tribunal Federal, según lo establecido por el artículo 101, fracción III, de la Carta Fundamental de 1946.<sup>52</sup>

Tanto en el amparo en funciones de recurso de inconstitucionalidad como en el recurso extraordinario brasileño, la cuestión de inconstitucionalidad se plantea por una de las partes como una excepción en el proceso común u ordinario, que se sigue en todas sus instancias, en el caso de que no sea única, y el fallo definitivo constituye la materia que deben conocer el Supremo Tribunal Federal o la Suprema Corte de Justicia.<sup>53</sup>

C. Una de las características peculiares del amparo mexicano consiste en la tutela de la legalidad de las resoluciones judiciales, que tiene una

51 La denominación de este recurso no es estrictamente técnica, según se ha concebido en el derecho europeo, ya que la calificación de *extraordinario* indica que la competencia del tribunal que conoce de este medio de impugnación está *limitada* exclusivamente a las cuestiones jurídicas materia de la propia impugnación, en tanto que desde este punto de vista, el *recurso ordinario* es el que otorga jurisdicción *plena* al tribunal revisor para conocer íntegramente de las cuestiones controvertidas, tanto de hecho como de derecho, en los límites de la propia impugnación, Cfr. Alcides de MENDONCA LIMA, *O recurso ordinário constitucional*, en sobretiro de la “Revista de Faculdade de Direito de Pelotas”, vol. III, Nº 4, Porto Alegre, octubre de 1958, pp. 96 y ss.; *Id.*, *Naturaleza da execução na pendéncia dos chamados recursos extraordinários*, en sobretiro de la misma Revista, año v, Nº vi, septiembre de 1960, pp. 115 y ss.

52 Dicho precepto constitucional establece: “Art. 101. Corresponde al Supremo Tribunal Federal... III. Juzgar en *recurso extraordinario* las causas decididas en única o última instancia por otros tribunales o jueces: a) Cuando la decisión fuese contraria a alguna disposición de esta Constitución o al texto de un tratado o ley federal. b) Cuando se impugnase la validez de una ley federal, por inconstitucionalidad, y la sentencia recurrida negare la aplicación de la ley impugnada. c) Cuando se impugnare la validez de una ley o acto de un Gobierno local, por inconstitucionalidad o infracción de la ley federal, y la decisión recurrida juzgare válida la ley o el acto en cuestión. d) Cuando en la decisión recurrida la interpretación de la ley federal invocada fuese distinta de la que le haya dado cualquiera de los otros tribunales o el propio Supremo Tribunal Federal.” Cfr. T. B. CAVALCANTI, *Las Constituciones de los Estados Unidos del Brasil*, cit., pp. 647 y ss.

53 Sin embargo, conviene hacer la aclaración de que en el juicio de amparo puede combatirse la sentencia definitiva, cualquiera que sea su sentido sobre el problema de constitucionalidad planteado, mientras que por virtud del recurso extraordinario, únicamente se puede impugnar el fallo desfavorable a la validez de una ley federal, o contrario a alguna disposición constitucional.

estrecha vinculación con el recurso de casación, por lo que la doctrina lo ha denominado “amparo-casación”.<sup>54</sup>

El amparo como medio de impugnación de las resoluciones judiciales se impuso en forma inexorable a través de una interpretación viciosa del artículo 14 de la Constitución de 1857, el cual, a pesar de su defectuosa redacción, únicamente había consagrado el derecho fundamental al “devido proceso legal”.<sup>55</sup> Sin embargo, no obstante su origen, resistió victoriOSamente los embates de la doctrina y aun de la legislación.<sup>56</sup>

Aun cuando el artículo 14 de nuestra Constitución vigente, de 5 de febrero de 1917, acogió la extensión protectora del amparo a los negocios judiciales,<sup>57</sup> todavía perdura la controversia entre los partidarios de su pureza constitucional<sup>58</sup> y los que sostienen que este aspecto constituye el resultado de una evolución necesaria, que es la orientación que predomina en la actualidad.<sup>59</sup>

54 Respecto de las relaciones del juicio de amparo con el recurso de casación pueden consultarse los siguientes trabajos: Fernando VEGA, *El Juicio de amparo y el recurso de casación francés*, en “Revista de Legislación y Jurisprudencia”, tomo I, México, 1889, pp. 69 y ss.; reproducido en “Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia”, N° 31, México, julio-septiembre de 1946, pp. 231 y ss.; Miguel ALATRISTE DE LA FUENTE, *El Juicio de amparo y el recurso de casación civil*, México, 1948; Teófilo OLEA Y LEXVA, *Genealogía jurídica de la casación y el amparo mexicano en materia penal*, en *Problemas jurídicos y sociales de México*, México, 1955, pp. 41-90; J. RAMÓN PALACIOS, *El mito del amparo*, en “Revista de la Facultad de Derecho de México”, N° 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 275-301; Alejandro Ríos ESPINOZA, *Amparo y casación*, México, 1960.

55 Así lo puso de relieve, de manera indiscutible, el ameritado Emilio RABASA en su clásica monografía *El artículo 14. Estudio Constitucional*, 1<sup>a</sup> ed., México, 1906; 2<sup>a</sup> ed., conjuntamente con *El Juicio Constitucional*, México, 1955.

56 El artículo 8º de la Ley de Amparo de 20 de enero de 1869 prohibió expresamente el amparo en negocios judiciales, pero este precepto fue declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia a los pocos días de entrar en vigor, admitiendo ampares contra decisiones judiciales, lo que provocó graves razones entre el Supremo Tribunal y el Congreso, Cfr. Silvestre MORENO CORA, *Tratado del juicio de amparo conforme a las sentencias de los tribunales federales*, México, 1902, pp. 29 y ss.; 784 y ss.

57 El citado precepto fundamental, expresa en su parte conducente: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. — En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no está decretada por una ley exactamente aplicada al delito de que se trata. — En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.”

58 Esta corriente que podemos calificar de “ortodoxa” está inspirada en las enseñanzas de Emilio RABASA, que consideró al amparo judicial como “corrupción” de la institución, *El juicio constitucional*, 2<sup>a</sup> ed., México, 1955, pp. 313 y ss.

59 Cfr. FIX ZAMUDIO, *La garantía jurisdiccional de la Constitución Mexicana*, cit., pp. 144 y ss

Lo cierto es que, con independencia de toda consideración de índole doctrinal, el amparo-casación se ha consolidado por razones histórico-políticas que perduran hasta nuestros días y que impiden cualquier retorno al amparo clásico, o sea, al amparo como garantía estrictamente protectora de los derechos fundamentales de la persona humana.

Entre los motivos determinantes de la configuración casacionista del amparo, suelen citarse, la tradición hispánica, fuertemente centralista en lo que se refiere a la administración de justicia; <sup>60</sup> la falta de independencia de los tribunales locales; la ausencia de un foro debidamente organizado en la mayoría de las Entidades Federativas, y la necesidad de unificar la jurisprudencia; factores que contribuyen a la concentración de todos los asuntos judiciales en el Poder Judicial Federal y especialmente en la Suprema Corte de Justicia, aun cuando a partir de las reformas de la legislación de amparo que entraron en vigor en mayo de 1951, se efectuó una descentralización parcial, siempre dentro del seno del Poder Judicial Federal, al atribuirse a los Tribunales Colegiados de Circuito, creados por virtud de esa reforma, el conocimiento de las violaciones de carácter procesal reclamadas en los amparos judiciales, así como de la materia de fondo de aquellos que se interpongan contra resoluciones, que de acuerdo con la legislación ordinaria, no admitan el recurso de apelación, es decir, asuntos de menor cuantía (artículo 107, fracciones V y VI de la Constitución Federal, y 158 y 158 bis de la Ley de Amparo).

Puede afirmarse que el amparo judicial ha arraigado tan profundamente en el ordenamiento procesal mexicano, que a pesar de todos los esfuerzos de la corriente “ortodoxa”, su consagración es definitiva, como lo demuestra la circunstancia de que los asistentes al Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal, hubiesen aprobado por aclamación, durante la sesión efectuada en la Ciudad Universitaria de México el martes 16 de febrero de 1960, la siguiente conclusión: “*El juicio de amparo debe conservar su doble control actual de constitucionalidad y de legalidad*” <sup>61</sup>

Tal como está estructurado el amparo en materia judicial, puede considerarse como una *casación de carácter federal*, pues tiene como objeto el examen de la legalidad de las resoluciones definitivas o de última instancia dictadas por todos los tribunales del país, tanto locales como federales. <sup>62</sup>

60 Cfr. Alfonso NORIEGA, Jr., *El origen nacional y los antecedentes hispánicos del juicio de amparo*, en “Jus”, tomo IX, N° 50, México, septiembre de 1942, pp. 151 y ss.

61 *Actas del Primer Congreso Mexicano y Segundas Jornadas Latino-Americanas de Derecho Procesal*, México, 1960, p. 17.

62 Aunque la casación coexistió por algún tiempo y en forma precaria al lado del amparo, fue absorbida por éste, siendo suprimida en la esfera federal por el

De acuerdo con las reglas clásicas de la casación, las infracciones alegadas se dividen en *violaciones cometidas durante la secuela del procedimiento*, siempre que afecten las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo (*errores in procedendo*) y *violaciones de fondo efectuadas en las sentencias o laudos*<sup>63</sup> (*errores in iudicando*). Pueden reclamarse ambas violaciones en la misma demanda, pero en ese supuesto, la causa se divide: el aspecto procesal se somete al conocimiento de los Tribunales Colegiados de Circuito, y la materia de fondo, salvo los casos de menor cuantía, se eleva ante la Suprema Corte, si se desestiman las infracciones de carácter instrumental.

En los amparos civiles y penales se exige al promovente, como presupuesto de admisibilidad, que reclame ante el juez del conocimiento, y en vía de agravio en segunda instancia, en caso de haberla, la infracción procesal relativa, a través de un trámite incidental que la doctrina y la jurisprudencia han calificado de “reparación constitucional”, pero que en realidad sólo tiene por objeto la depuración del procedimiento (artículos 107 constitucional, fracción III, inciso a), y 161 de la Ley de Amparo).<sup>64</sup>

Siguiendo los principios de la casación, el examen de los fallos impugnados en amparo debe limitarse al estudio de su *legalidad*, de acuerdo con los principios establecidos por el artículo 14 constitucional (ver nota 57) que reproduce el artículo 158 bis de la Ley Reglamentaria del Juicio Constitucional, *sin que pueda hacerse un nuevo examen de los hechos, los que deben apreciarse tal como fueron probados ante la jurisdicción ordinaria*, según lo dispone el artículo 78 del mismo ordenamiento.

Por otra parte, cuando los tribunales conceden el amparo a la parte quejosa en cuanto al fondo de la controversia, no se sustituyen al juez de la causa, sino que le devuelven los autos para que dicte nueva resolución de acuerdo con los lineamientos establecidos en la ejecutoria, que es obligatoria para el propio juzgador.

Si confrontamos el amparo-casación antes delineado, con las instituciones establecidas por el ordenamiento brasileño, podemos concluir que es

Código Federal de Procedimientos Civiles de 26 de diciembre de 1908, y en el Distrito y Territorios Federales, expresamente por el artículo 9º transitorio de la Ley Orgánica de los Tribunales del Fueno Común en el Distrito y Territorios de la Federación, de 9 de septiembre de 1919.

63 Los laudos son las sentencias dictadas por los tribunales paritarios en materia de trabajo, denominados Juntas de Conciliación y Arbitraje por la fracción xx del artículo 123 constitucional, y que no obstante realizar funciones claramente jurisdiccionales, pertenecen formalmente al campo de la administración

64 Se excluye de la llamada reparación constitucional a la materia del trabajo, en virtud del carácter eminentemente tutelar del derecho laboral, que exige la reducción al mínimo de las formalidades legales, según se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley vigente, de 30 de diciembre de 1935.

el aspecto o modalidad del amparo que menos contacto tiene con las disposiciones procesales del gran país del Sur.

Efectivamente, no puede equipararse al mandato de seguridad, ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia imperantes en el Brasil, están acordes en negar, por regla general, la procedencia de esa garantía constitucional contra los actos jurisdiccionales.<sup>65</sup>

Se ha estimado que únicamente procede el mandato contra la actividad administrativa de los funcionarios judiciales,<sup>66</sup> pero siempre que no se trate de providencias de jurisdicción voluntaria,<sup>67</sup> pues las mismas pueden ser corregidas mediante una simple renovación de la solicitud del interesado.

Sin embargo, debido a la gran amplitud protectora del mandato de seguridad, según lo establecido por el artículo 141, parágrafo 24, de la Constitución Federal, y los artículos 1º y 5º fracción II, de la Ley Reglamentaria, núm. 1533, la jurisprudencia ha llegado a admitir su procedencia contra actos jurisdiccionales en casos verdaderamente excepcionales, o sea, cuando no exista contra la resolución respectiva un recurso eficaz con efecto suspensivo por virtud del cual puedan evitarse perjuicios de difícil o imposible reparación.<sup>68</sup>

La preocupación constante de los tratadistas y de los jueces brasileños es evitar que el mandato se transforme, debido a su tramitación rápida y eficaz, en un sustituto de los recursos procesales ordinarios, y por ello se admite contra resoluciones jurisdiccionales con extrema cautela y en los casos excepcionales antes señalados.<sup>69</sup>

65 Guilherme ESTELITA, *Mandado de segurança contra ato jurisdicional*, en *Atti del Congresso Internazionale di diritto processuale civile*, Padova, 1953, pp. 230 y ss.; DE BUENO VIDIGAL, *Da imutabilidade dos julgados que concedem mandado de segurança*, cit., pp. 111 y ss.; CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 126 y ss.

66 Cfr. ESTELITA, *Mandado de segurança contra ato jurisdicional*, cit., pp. 230; Celso AGRICOLA BARBI, *Do mandado de segurança*, Belo Horizonte, 1960, pp. 79 y ss. DE BUENO VIDIGAL, *Da imutabilidade dos julgados que concedem mandado de segurança*, cit., p. 119.

67 La opinión dominante en la doctrina es que los actos y providencias de jurisdicción voluntaria tienen carácter administrativo, aunque no se trata de un criterio específicamente aceptado, según lo ha puesto de relieve el profundo y documentado estudio de ALOALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria*, en "Revista de Derecho Procesal", Buenos Aires, 1949, 1<sup>a</sup> parte, pp. 287-336.

68 ESTELITA, *Mandado de segurança contra ato jurisdicional*, cit., pp. 237 y ss.; CASA RUI BARBOSA, *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, cit. tomo I, p. 278. Tito GALVÃO FILHO, *Dicionário de jurisprudéncia no mandado de segurança*, cit., pp. 29 y ss.

69 Cfr. Alfredo BUZAID, *Juicio de amparo e mandado de segurança*, cit., p. 145.

Esta diferencia evidente entre el mandato de seguridad y el juicio de amparo, motiva la observación de CASTRO NUNES en el sentido de que es inexacto identificar ambas instituciones, pues en su concepto, el amparo es principalmente un remedio contra sentencias y procedimientos judiciales y sólo en segundo plano contra actos de autoridad distinta de la judicial.<sup>70</sup>

Creemos que es un tanto estricta la respetable opinión del ilustre tratadista brasileño, ya que si bien es verdad que un elevado porcentaje de los juicios de amparo son formulados contra resoluciones judiciales, sin embargo no es éste el único sector ni el más importante de nuestra institución procesal, puesto que también han alcanzado un gran florecimiento los juicios que se enderezan contra los actos privativos de libertad fuera de procedimiento judicial y contra leyes inconstitucionales, y últimamente un gran número de amparos se hacen valer contra actos de las autoridades administrativas, cuya actividad se ha acrecentado notablemente debido a la complejidad de funciones gubernativas del moderno Estado Social de Derecho, a tal extremo, que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, que conoce de los amparos administrativos más importantes, en grado de revisión, ha sufrido una verdadera inundación de esta clase de negocios en los últimos años, y es precisamente el amparo que se endereza contra los actos de la administración activa, el que guarda mayor semejanza con el mandato de seguridad brasileño, según veremos más adelante.

Podemos, por tanto, concluir con la afirmación de que el amparo judicial es el que tiene menos similitud con la garantía constitucional brasileña, especialmente en virtud de que en nuestro país la procedencia del amparo contra resoluciones jurisdiccionales constituye la regla, en tanto que en el gran país del Sur el mandato contra actos judiciales es una excepción que se admite en forma muy restringida para evitar perjuicios irreparables, en ausencia de un recurso suspensivo adecuado.

Por otra parte, como no existe en el régimen procesal brasileño un medio de impugnación equiparable a una casación federal, pensamos que es difícil asimilar nuestro juicio constitucional a algunos de los numerosos y complicados recursos procesales existentes en el Brasil,<sup>71</sup> a no ser que pudiera

70 *Do mandado de segurança*, cit., p. 59, nota 18.

71 La complejidad excesiva del sistema de recursos del derecho procesal brasileño ha sido destacada por el ameritado jurisconsulto Alfredo BUZAI en un brillante y fundamental estudio, *Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil*, sobretiro de la "Revista Jurídica", vol. 22, Porto Alegre, 1956, habiéndose efectuado serios intentos para lograr su simplificación, como se desprende del acusoso anteproyecto para su reglamentación en materia civil formulado por E. D. MONIZ DE ARAGÃO, *Dos recursos civéis (Esbócio legislativo)*, Curitiba, Paraná, diciembre de 1961.

estimarse que existe alguna semejanza con aquel aspecto del *recurso extraordinario* que procede contra las sentencias judiciales que se apoyan en una indebida interpretación de la ley federal invocada (artículo 101, fracción III, inciso d), de la Constitución Federal), ya que una de las funciones esenciales del amparo-casación radica, justamente, en la unificación de la jurisprudencia sobre leyes federales, y con este objeto la Ley Reglamentaria establece al obligatoriedad de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia que llene determinados requisitos,<sup>72</sup> jurisprudencia obligatoria tanto para la misma Corte como para los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, los Jueces de Distrito, los jueces y tribunales de los Estado y del Distrito y Territorios Federales, y las Juntas de Conciliación y Arbitraje, siempre que se trate de la *interpretación de la Constitución, leyes federales o tratados celebrados con potencias extranjeras* (artículos 193 y 193 bis de la Ley Reglamentaria del Juicio Constitucional).

Así, en forma similar a lo que ocurre con el recurso extraordinario por indebida interpretación de una ley federal brasileña, el amparo en materia judicial procede en nuestro país, cuando los tribunales locales o federales realizan en sus fallos una interpretación que se aparte de la establecida por la jurisprudencia de la Suprema Corte en relación con disposiciones constitucionales, de leyes federales o de tratados internacionales, que constituyen la Ley Suprema de la Unión, en los términos del artículo 133 constitucional (*ver nota 41*).<sup>73</sup>

D. Hablaremos ahora brevemente del aspecto del amparo que no obstante haber adquirido su autonomía en último lugar, ha alcanzado un impulso extraordinario en virtud de las actividades intervencionistas, siempre crecientes, del Estado Mexicano. Se trata del *amparo administrativo*, que en nuestro concepto, a la inversa de lo que sucede con el amparo judicial, es el que tiene una conexión más estrecha y un parentesco más íntimo con el mandato de seguridad brasileño.

72 O sea que lo resuelto se encuentre en cinco ejecutorias no interrumpiéelas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas, si fueron dictadas por el Tribunal en Pleno, por lo menos por catorce Ministros y si fueron sustentadas por las Salas, por un mínimo de cuatro, en la inteligencia de que el Tribunal en Pleno se integra con veintiún Ministros con un quórum de quince, en tanto que las Salas están formadas por cinco Ministros, pudiendo funcionar con la presencia de cuatro.

73 Sobre el particular debemos tomar en consideración la autorizada opinión del procesalista Alfredo BUZAI, el cual estima que la jurisprudencia no tiene efecto obligatorio en el derecho brasileño, no obstante los esfuerzos de la doctrina por establecer la imperatividad de la propia jurisprudencia en materia constitucional (como si existe en México), *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, en "Revista de Derecho Procesal", Madrid, 1957, N° 3, p. 580.

A pesar de su aparente unidad, el amparo administrativo se desdobra, a su vez, en dos modalidades o características, que con gran acierto y profundidad ha destacado el constitucionalista mexicano Felipe TENA RAMÍREZ<sup>74</sup>

a) En primer término, el amparo mexicano opera como un sustituto del llamado *contencioso-administrativo*, en cuanto se utiliza para impugnar las resoluciones o actos definitivos emitidos por los órganos de la administración activa, siempre que afecten los derechos de los particulares.

No previeron sus creadores que el juicio de amparo fuera a asumir la función de protector de los particulares contra los actos ilegales de las autoridades administrativas, pero se hizo necesario y aún indispensable que tomara el lugar de un proceso administrativo, ya que hasta la expedición de la Ley de Justicia Fiscal de 27 de agosto de 1936, que creó un órgano jurisdiccional formalmente administrativo denominado Tribunal Fiscal de la Federación, actualmente regido por el Código Fiscal de la Federación de 30 de diciembre de 1938, la impugnación de los actos de la administración activa se realizaba ante los jueces comunes a través de procedimientos ordinarios, que en la materia federal se denominaban juicios de oposición; es decir, que con excepción de la materia fiscal y sin contar con el breve periodo en que existió el Consejo de Estado con funciones de tribunal contencioso-administrativo (1853-1855),<sup>76</sup> ha imperado en México el sistema angloamericano del control de los actos administrativos por el Poder Judicial, y aunque en materia federal han desaparecido los juicios de oposición, cuya lentitud los hacía poco adecuados para realizar una verdadera justicia administrativa,<sup>77</sup> todavía en algunos Estados de la República se conserva el sistema de impugnación judicial de ciertos actos administrativos, inclusive fiscales, con la tendencia de establecer tribunales administrativos de carácter fiscal, según el modelo adoptado por la Federación.

74 *Fisonomía del amparo en materia administrativa*, cit., pp. 126 y ss.

75 La denominación tradicional de "contencioso-administrativo" ha sido objeto de la crítica justificada de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, pues en su concepto, que es el nuestro, debe sustituirse por proceso o enjuiciamiento administrativo, *Proceso administrativo*, en "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales" año IX, N° 1, Montevideo, enero-marzo de 1958, pp. 303 y ss.; *Id.*, *Nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en España*, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", N° 31, enero-abril de 1958, pp. 89-90.

76 Alfonso NAVA NEGRETE, *Derecho Procesal Administrativo*, México, 1959, pp. 278 y ss.

77 El último de estos juicios de oposición, admitido contra las resoluciones dictadas en materia de patentes y marcas por la Secretaría de Economía, actualmente de Industria y Comercio, fue suprimido por la Ley de la Propiedad Industrial, de 31 de diciembre de 1942.

En Brasil se ha presentado una situación semejante, pues si bien es verdad que durante el periodo imperial se estableció un Consejo de Estado según el modelo francés (artículos 137 a 144 de la Constitución de 1824) <sup>78</sup> es decir que entre sus funciones se encontraba el examen de la legalidad de los actos administrativos, la Constitución republicana de 1891 adoptó, como la nuestra de 1857, el sistema angloamericano de la impugnación de los actos administrativos ante las autoridades judiciales. Como el proceso ordinario es inadecuado para la defensa de los particulares frente a la administración, se creó una acción sumaria especial, según la Ley número 221 de 1894, cuyo artículo 13 daba competencia a los jueces y tribunales federales para proceder en las causas fundadas en lesión de derechos individuales por actos de las autoridades administrativas, <sup>79</sup> que no obstante su escasa aplicación práctica constituyó uno de los antecedentes del mandato de seguridad.

Uno de los motivos esenciales que determinó la creación del propio mandato de seguridad, fue la ausencia de un proceso administrativo apropiado para la defensa de los particulares, y ésta es también la causa por la cual se utilizó al amparo mexicano para combatir, si no en forma adecuada, sí de manera eficaz, los actos de la administración activa. Encontramos, pues, una coincidencia de origen y un paralelismo de funciones entre el amparo administrativo y la institución brasileña, que explican, a nuestro modo de ver, la aproximación que existe entre estas dos garantías jurisdiccionales, para la defensa de los individuos frente a una administración cada vez más absorbente y cada vez más poderosa.

En nuestro país, sin embargo, la doctrina ha señalado los inconvenientes de que el amparo realice una función que estrictamente no le corresponde <sup>80</sup> y por eso se pretende el establecimiento de un verdadero proceso administrativo, técnico, flexible y especializado, sometido a un tribunal formalmente administrativo, paralelo al Fiscal de la Federación, llegándose a formular un proyecto legislativo, que no se ha presentado al Congreso. <sup>81</sup>

78 Cfr. T. B. CAVALCANTI, *Las Constituciones de los Estados Unidos del Brasil*, cit., pp. 221 y ss.

79 Arnold WALD, *El mandato de seguridad*, cit., p. 39; *Id.*, *Do mandado de segurança*, cit., p. 21.

80 Antonio CARRILLO FLORES, *La defensa de los particulares frente a la administración*, cit., pp. 273 y ss.; Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo*, tomo I, Madrid, 1955, pp. 228 y ss.; Gabino FRAGA, *Derecho Administrativo*, 3<sup>a</sup> ed., México, 1944, p. 837; Felipe TENA RAMÍREZ, *Fisonomía del amparo en materia administrativa*, cit., p. 130.

81 TENA RAMÍREZ, *op. ult. cit.*, pp. 130-131. El Presidente de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia durante el año de 1961, licenciado José RIVERA PÉREZ CAMPOS, señaló como una de las causas del rezago de la propia Sala: "la ausencia de una jurisdicción contencioso-administrativa que, semejante a la justi-

b) En segundo lugar, el amparo que se endereza contra las sentencias del aludido Tribunal de la Federación, asume el carácter de una verdadera *casación administrativa*, ya que tiene por objeto el examen de la legalidad de sus resoluciones jurisdiccionales, aunque formalmente administrativas, tanto por errores de procedimiento como de fondo, y por tanto, constituye un recurso similar a la casación judicial civil, penal y laboral que conoce la Suprema Corte de Justicia y los Tribunales Colegiados de Circuito, en amparo directo o de única instancia.<sup>82</sup>

Forma parte de esta casación administrativa un medio de impugnación conocido con el nombre de *revisión fiscal*, creado por la reforma al artículo 104 constitucional, según Decreto de 30 de diciembre de 1946<sup>83</sup> aunque formalmente se le considera autónomo, está estrechamente vinculado al amparo contra sentencias del Tribunal Fiscal de la Federación, con la diferencia de que se tramita directamente ante la Segunda Sala de la Suprema Corte de justicia, en única instancia, y que los promotores no son los particulares, que disponen del amparo, sino las autoridades hacendarias afectadas con las referidas sentencias.

No obstante que el amparo administrativo se escinde en dos aspectos: *proceso administrativo* y *casación*, ambas modalidades han sido estructuradas en forma unitaria por la Ley Reglamentaria del Juicio de Garantías, o sea, que están sujetas al procedimiento del amparo de doble instancia, con la circunstancia, ya anotada, de que la revisión fiscal se plantea en forma directa ante la Sala Administrativa de la Suprema Corte de Justicia, todo lo cual se debe a la desorientación que existe en relación con la rama administrativa del amparo no sólo por parte del legislador sino aún de la doctrina y la jurisprudencia, desconcierto que ha sido señalado por el profundo pensamiento de TENA RAMÍREZ.<sup>84</sup>

ticia fiscal, permitiera que los asuntos llegaran a la Suprema Corte con un criterio de la autoridad depurado a través de un procedimiento de libre controversia." *Informe rendido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación por su Presidente el señor licenciado Alfonso Guzmán Neyra al terminar el año de 1961*, México, 1961, Segunda Sala, p. 5.

82 TENA RAMÍREZ, *op. ult. cit.*, pp. 126-127.

83 Este recurso está reglamentado por los Decretos de 30 de diciembre de 1946 y 29 de diciembre de 1948, reformados, respectivamente, por los diversos Decretos de 30 de diciembre de 1949 y 1950, para las materias tributarias federal y de la hacienda del Departamento del Distrito Federal, estableciéndose en ambos ordenamientos que la tramitación del recurso es la que señala la Ley Reglamentaria del Juicio Constitucional para la revisión de las sentencias dictadas por los Jueces de Distrito en los juicios de amparo indirecto o de doble instancia.

84 "El amparo administrativo es una rama del juicio de garantías, pero es una rama cuya existencia —y con mayor razón su singularidad— han pasado inadvertidas para la ley y en buena parte para la doctrina. La especialización de una de las Salas de la Suprema Corte de Justicia, así como de los Juzgados de Distrito en

Después del rapidísimo recorrido que hemos efectuado en el terreno del amparo administrativo, podemos reafirmar nuestra impresión de que éste es el aspecto de nuestro juicio constitucional que más se aproxima al mandato de seguridad, ya que según hemos visto, la institución brasileña realiza su función protectora, normalmente respecto de actos gubernativos, y sólo de manera excepcional, en relación con resoluciones jurisdiccionales o disposiciones legislativas.

Además, el mandato de seguridad procede, como nuestro amparo, no sólo contra los actos de la administración activa que afecten los derechos individuales<sup>85</sup> sino también contra las decisiones de los tribunales administrativos, como lo son en Brasil, el Tribunal de Cuentas, el Consejo de los Contribuyentes y la Cámara de Reajuste Económico.<sup>86</sup>

3. *Naturaleza y estructura procesal de las dos instituciones.* Este es uno de los temas más debatidos por la doctrina y la jurisprudencia de ambos países.

Son varias las teorías que se han expuesto sobre la naturaleza del juicio de amparo, debiendo mencionarse en primer lugar la que lo caracterizó como un *interdicto*, en virtud de su procedimiento breve y sencillo y los efectos restitutorios del fallo protector.

José María LOZANO opinó que podía asimilarse al interdicto de despojo,<sup>87</sup> Fernando VEGA manifestó que existía semejanza entre los efectos del amparo y los interdictos restitutorios,<sup>88</sup> mientras que en la exposición de motivos del proyecto de Ley de Amparo presentado al Senado de la República el 4 de octubre de 1881, exposición de motivos formulada por Ignacio L. VALLARTA, se habla de que el amparo es el “interdicto” de recuperar el goce de las garantías violadas”.<sup>89</sup>

Materia Administrativa en el Distrito Federal, han permitido que se elabore una jurisprudencia en esta materia, paulatinamente, cautamente, acaso sin conciencia de sí misma, en todo caso sin relacionarla con la doctrina general del amparo.” *Fisionomía del amparo en materia administrativa*, cit., p. 111.

85 Sólo escapan de la apreciación del Poder Judicial, a través del mandato de seguridad, los actos de la administración que no lesionen derechos individuales, en los términos del artículo 141, parágrafo 4º de la Constitución Federal de 1946, Cfr. DE BUENO VIDIGAL, *Da imutabilidade dos julgados que concedem mandado de segurança*, cit., pp. 53-56.

86 Arnold WALD, *Do mandado de segurança*, cit., p. 160; CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança*, cit., p. 168 y ss.

87 *Tratado de los derechos del hombre*, cit., pp. 257 y ss.

88 *La Nueva Ley de Amparo*, México, 1883, p. 209.

89 Proyecto publicado en el Diario Oficial de la Federación correspondiente al 24 de octubre de 1881, p. 3.

Otros autores como Silvestre MORENO CORA,<sup>90</sup> Rodolfo REYES<sup>91</sup> y Ricardo COUTO,<sup>92</sup> han afirmado que el amparo constituye una *institución política*, que se reviste con el ropaje de un procedimiento judicial, pero que en realidad no puede equipararse a un verdadero proceso, pues su finalidad es la de tutelar los derechos fundamentales de la persona humana y mantener el equilibrio entre las esferas de atribuciones de las autoridades estatales y las de la Unión. Dentro de esta corriente, el procesalista Arturo VALENZUELA afirmó que la naturaleza política del amparo guardaba una apariencia de proceso, por lo que podía calificarse de *cuasi-proceso*.<sup>93</sup>

Por su parte, las primeras leyes reglamentarias de la garantía jurisdiccional mexicana, o sean las de 26 de noviembre de 1861, 20 de enero de 1869 y 14 de diciembre de 1882, consideraban que el amparo era solamente un *recurso*, y no fue sino hasta el Código de Procedimientos Federales de 1897 cuando se le designó como *juicio*, o sea como un verdadero proceso autónomo, y es la denominación que ha conservado en el Código de Procedimientos Civiles de 1908 y las Leyes de 1919 y la vigente de 1935.

La doctrina mayoritaria representada, entre otros autores, por Roberto A. ESTEVA RUIZ,<sup>94</sup> Ignacio BURGOA,<sup>95</sup> Romeo LEÓN ORANTES,<sup>96</sup> Ignacio MEDINA<sup>97</sup> y Carlos FRANCO SODI,<sup>98</sup> considera que el amparo es un verdadero *proceso autónomo* y no un simple recurso, aun en materia judicial, puesto que da lugar a una acción que se califica de “*sui géneris*”<sup>99</sup> por virtud de la cual se establece una relación jurídico-procesal diversa de la que se origina ante la jurisdicción ordinaria, ya que la controversia de amparo se entabla siempre entre los particulares afectados y las autoridades judiciales que dictaron los fallos impugnados. Por este motivo José CASTILLO LARRAÑAGA y Rafael DE PINA expresan que se trata de un *proceso autónomo de impugnación*.<sup>100</sup>

90 *El Juicio de amparo*, cit., pp. 49 y ss.

91 *La Defensa Constitucional*, Madrid, 1934, pp. 234 y ss.

92 *Tratado teórico-práctico de la suspensión en el amparo*, 2<sup>a</sup> ed., México, 1957, pp. 32-33.

93 *La forma procesal del amparo*, Morelia, 1960, pp. 26 y ss.

94 En el volumen publicado por el Colegio de Abogados de México, intitulado: *Indicación motivada de las reformas que convendría hacer al Código de Procedimientos Federales en el capítulo destinado al juicio de amparo*, México, 1906, pp. 148 y ss.

95 *El juicio de amparo*, cit., pp. 169 y ss.

96 *El juicio de amparo*, cit., p. 26.

97 *La sentencia civil impugnada en amparo en el derecho mexicano*, sobretiro de los *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1957, p. 4, quien inclusive sostiene en forma categórica que el amparo es un verdadero *proceso*.

98 *El procedimiento penal mexicano*, 4<sup>a</sup> ed., México, 1957, p. 351.

99 Cfr. Ignacio BURGOA, *El juicio de amparo*, cit., p. 171.

100 *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, 4<sup>a</sup> ed., México, 1958.

En realidad, el amparo mexicano constituye un medio de impugnación sumamente complejo, que no puede explicarse en forma simplista, sino que como hiciera notar Emilio RABASA,<sup>101</sup> en algunos aspectos es un verdadero proceso y en otros solamente un recurso vinculado con el procedimiento que motiva la resolución reclamada.

En efecto, el juicio de amparo asume la configuración de un proceso autónomo cuando tutela los derechos fundamentales de la persona humana, protege a los habitantes del país contra las leyes inconstitucionales o actúa como defensa de los particulares frente a la administración activa, pues en tales casos se establece una relación jurídica-procesal diversa, en la cual figuran como partes el titular de un derecho subjetivo público y las autoridades que están obligadas a respetarlo; pero por el contrario, constituye un recurso cuando se endereza contra resoluciones judiciales, pues entonces la relación procesal de amparo está unida y constituye la continuación de la que se ha establecido ante la jurisdicción ordinaria, y sólo artificiosamente se hacen figurar como autoridades responsables a las judiciales que pronuncian los fallos impugnados ante los tribunales federales.

En el aspecto de recurso, puede calificarse de *extraordinario*, desde un doble punto de vista, puesto que por una parte la controversia se contrae al examen de la legalidad del fallo combatido o del procedimiento que le dio origen, pero sin estudiar la apreciación que de los hechos realizó la jurisdicción común;<sup>102</sup> y además, porque únicamente puede acudirse al amparo judicial cuando se han agotado todos los medios de impugnación establecidos por la legislación procesal ordinaria (artículo 73, fracción XIII, de la Ley Reglamentaria del Juicio de Amparo).

El mandato de seguridad carece, según se ha visto, de la complejidad procesal del amparo mexicano y sin embargo, el problema de su naturaleza ha motivado apasionadas discusiones doctrinales y jurisprudenciales, originadas, a nuestro modo de ver, porque los tratadistas brasileños, como ocurre con los mexicanos, toman en consideración alguna o algunas de las facetas de la institución, pero no realizan un estudio del conjunto de elementos que lo caracterizan.

Como lo pensaron algunos de los tratadistas mexicanos respecto del amparo, el tratadista brasileño J. M. Othon SIDOU ha sostenido que el man-

101 *El artículo 14*, cit., pp. 95-102.

102 Cfr. FIX ZAMUDIO, *Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana*, cit., pp. 203 y ss. De manera que se trata de un examen parcial y limitado de la controversia, que es lo que caracteriza a los recursos extraordinarios en el pensamiento de Alcides DE MENDONCA LIMA, *O recurso ordinario constitucional*, cit., pp. 95-96.

dato de seguridad se aproxima notablemente a los *interdictos*,<sup>103</sup> en virtud de su procedimiento sumario respecto de una controversia que se limita exclusivamente al examen de la constitucionalidad o legalidad del acto reclamado, sin perjudicar la interposición de otras pretensiones del peticionario, en los términos del artículo 15 de la Ley Reglamentaria vigente, núm. 1533 de 31 de diciembre de 1951, cuando implican un examen plenario de sus derechos y los respectivos efectos patrimoniales. Por su parte, DE BUENO VIDIGAL sostiene que el mandato se asemeja considerablemente a los *interdictos posesorios*,<sup>104</sup> en tanto que el Ministro CARVALHO MOURAO, en un famoso voto<sup>105</sup> afirmó que encuadraba dentro de los interdictos romanos tal como existían en los procesos formularios, o sea como medidas rápidas que podía tomar el Pretor para la protección de una situación de hecho o una situación jurídica violentamente modificada.<sup>106</sup> Se advierte entre los partidarios de esta orientación, la influencia de la doctrina canónica de los interdictos posesorios de los derechos personales, que perfeccionara RUI BARBOSA para la protección de derechos fundamentales, constituyendo uno de los antecedentes históricos del propio mandato de seguridad.<sup>107</sup>

Una segunda corriente acentúa el carácter ejecutivo del mandato por encima de los razonamientos lógicos del fallo, lo que significa que de los dos elementos fundamentales de la sentencia, es decir el lógico y el volutivo<sup>108</sup> estima que la preeminencia corresponde a la voluntad del Juzgador. El ilustre tratadista PONTES DE MIRANDA adopta la tesis de KUTTNER, continuada por James GOLDSCHMIDT, sobre la *acción mandamental*<sup>109</sup> estimada como aquella que se encamina a obtener un mandato dirigido a otro

103 En diversos trabajos, debiendo mencionarse especialmente, *O mandado de segurança, liminar e a influência dos interditos romanos*, Belém, Pará, 1956, pp. 31-32.

104 *Do mandado de segurança*, cit., p. 549.

105 Voto transrito por CAVALCANTI, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 327 y ss.

106 El propio CAVALCANTI, *op. ult. cit.*, pp. 123-125, hace la crítica de la asimilación del mandato con los interdictos, en virtud de que para la procedencia de estos últimos es suficiente una apariencia de derecho, en tanto que para que pueda otorgarse el mandato es necesario demostrar la certeza e indiscutibilidad del derecho del demandante.

107 Arnold WALD, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 51 y ss.

108 En relación con estos dos elementos de la sentencia son clásicos los estudios de CALAMANDREI, *La génesis lógica de la sentencia civil*, y *La sentencia subjetivamente compleja*, en *Estudios sobre el proceso civil*, traducción de Santiago SENTÍS MELENDO, reimpresión, Buenos Aires, 1961, pp. 369 y ss., 468 y ss.

109 *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, tomo 1, Río de Janeiro, 1948, p. 192.

órgano del Estado, por medio de la sentencia judicial,<sup>110</sup> doctrina que a pesar del prestigio de sus sostenedores, no ha tenido éxito.<sup>111</sup>

Con menos énfasis, pero también destacando el carácter ejecutivo del mandato, DE BUENO VIDIGAL<sup>112</sup> asevera que constituye una medida positiva o negativa de ejecución, ya sea cautelar o posesoria. A este respecto, CASTRO NUNES considera que el carácter ejecutivo del mandato está implícito en su propia denominación.<sup>113</sup>

Consideramos acertadas las agudas críticas que endereza BUZAID<sup>114</sup> contra esta manifestación ejecutiva del mandato, cuando estima en primer lugar, que no todas las sentencias de mandato son de condena, sino que también existen fallos constitutivos y declarativos,<sup>115</sup> y en segundo término, que la característica fundamental del mandato no radica tanto en la orden que el juez expide como en el reconocimiento del derecho líquido y cierto declarado en la sentencia, ya que la decisión es un *prius* y la orden un *posteriorius*.

La corriente mayoritaria califica al mandato de seguridad como una *acción*,<sup>116</sup> lo que significa que se trata de un verdadero *proceso*, ya que la *acción* no constituye sino un elemento generador del proceso<sup>117</sup> y los tratadistas partidarios de este concepto están de acuerdo en que el mandato de seguridad constituye un procedimiento jurisdiccional que tiene por finalidad la resolución de una controversia entre los particulares titulares de un derecho líquido y cierto y las autoridades que han afectado este derecho por ilegalidad o abuso de poder.

110 Cfr. James GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal Civil*, traducción de Leonardo PRIETO CASTRO, Barcelona, 1936, pp. 113 y ss.

111 Alfredo BUZAID hace una crítica acertada de la llamada acción mandamental, la que no constituye una categoría autónoma en la clasificación de las acciones, de manera que no puede servir de base para la determinación del mandato, *Do mandado de segurança*, cit., p. 495.

112 *Da imutabilidade dos julgados que concedem mandado de segurança*, cit., pp. 199-200.

113 *Do mandado de segurança*, cit., p. 69.

114 *Do mandado de segurança*, cit., pp. 495-497.

115 Sobre los elementos lógico y volitivo de la sentencia de condena, Cfr. Alfredo Rocco, *La sentencia civil*, traducción de Mariano OVEJERO, México, s. f., pp. 239 y ss.

116 Cfr. DE BUENO VIDIGAL, *Da imutabilidade dos julgados que concedem mandado de segurança*, cit., p. 86; BUZAID, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 493-494; *Id.*, *Juicio de amparo e mandado de segurança*, cit., p. 143; ESTELITA, *Mandado de segurança contra ato jurisdiccional*, cit., p. 239; AGRICOLA BARBI, *Do mandado de segurança*, cit., p. 47.

117 Cfr. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*, en *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, 1946, pp. 778 y ss.

Sin embargo, aquí conviene hacer una distinción que con toda claridad destaca ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO<sup>118</sup> sobre la *doble configuración política y jurídica del mandato de seguridad*,<sup>119</sup> expresamente reconocida por Ary Florencio GUIMARÃES cuando sostiene que el mandato es al mismo tiempo una *institución de libertad civil y de libertad política*.<sup>120</sup>

Desde el punto de vista político, o más estrictamente, jurídico-político, el mandato de seguridad es caracterizado como una *garantía constitucional*, según lo han afirmado expresamente los tratadistas CASTRO NUNES<sup>121</sup> y Alfredo BUZAID,<sup>122</sup> así como algunos fallos de los tribunales brasileños<sup>123</sup> y debido a este aspecto político del mandato, la Constitución Brasileña de 1946 lo consagra en el capítulo relativo a los derechos y garantías individuales,<sup>124</sup> como uno de los medios (el otro es el *habeas corpus*) destinado a la protección jurisdiccional de los derechos esenciales de la persona humana establecidos por la propia Constitución, a través de un proceso que en este sentido puede caracterizarse como un *proceso constitucional* no sólo porque sus lineamientos están establecidos en la Ley Suprema, sino porque su finalidad consiste en la tutela de derechos de naturaleza constitucional.

En su faceta rigurosamente jurídica, como el mandato se desenvuelve principalmente en la esfera administrativa de los tres poderes del Estado brasileño,<sup>125</sup> creemos que tiene razón el ameritado CASTRO NUNES cuando afirma que puede definirse como el *control judicial de la administración*<sup>126</sup> y coincidimos con el profundo y certero pensamiento de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO<sup>127</sup> quien asegura que el mandato de seguridad po-

118 En su magnífica comunicación al Congreso Internacional de Derecho Procesal de São Paulo, Brasil, intitulada *El mandato de seguridad brasileño, visto por un extranjero*, Nº 8.

119 El tratadista italiano Mauro CAPPELLETTI ha puesto de relieve la íntima relación existente entre la política y la función que realizan los jueces encargados de interpretar e integrar las normas constitucionales, *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico*, sobretiro de los *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1957, pp. 42 y ss. Aunque los jueces que conocen del mandato de seguridad no son jueces estrictamente constitucionales, como los de las Cortes Constitucionales de Italia y Alemania, sin embargo realizan también una elevada función política cuando deciden respecto de actos estimados inconstitucionales, pues entonces tienen que integrar disposiciones fundamentales, que en muchas ocasiones no son preceptivas sino programáticas.

120 *O Ministério Público no mandado de segurança*, Curitiba, Paraná, 1959, p. 7.

121 *Do mandado de segurança*, cit., p. 68.

122 *Juicio de amparo e mandado de segurança*, cit., p. 147.

123 Cfr. Tito GALVÃO FILHO, *Dicionário de jurisprudência no mandado de segurança*, cit., pp. 170-174.

124 CAVALCANTI, *Las Constituciones de los Estados Unidos del Brasil*, cit., pp. 220 y ss., 682 y ss.

125 Cfr. Arnold WALD, *Do mandado de segurança*, pp. 14 y ss., sobre las relaciones estrechas entre el mandato de seguridad y el derecho administrativo.

126 *Do mandado de segurança*, cit., pp. 71-73.

127 En la comunicación citada en la nota 118.

demos considerarlo como de naturaleza *procesal administrativa con una cierta contaminación constitucional*, derivada no de enraizar en la Ley Fundamental sino de la posibilidad de utilizarse frente a actos de autoridad de cualquiera de los poderes del Estado. A este respecto resulta conveniente recordar las estrechas relaciones que anotamos entre el amparo administrativo mexicano y el propio mandato de seguridad brasileño.

Finalmente, debe advertirse que además de los caracteres anteriores, un sector importante de la doctrina, encabezado por Alfredo BUZAI<sup>128</sup>, así como por una parte de la jurisprudencia,<sup>129</sup> otorgan al mandato de seguridad la categoría de *remedio excepcional o heroico*, ya que se ha establecido para conferir protección a situaciones jurídicas especiales, que no son susceptibles de refutación o contradicción por el poder público, por lo que reclaman una solución urgente y eficaz. A su vez J. M. Othón SIDOU,<sup>130</sup> afirma que el mandato de seguridad fue moldeado desde su origen a través de una vía rápida, que es suya en forma inmanente en atención al derecho que tutela, que es el derecho a las garantías individuales, o sea el mínimo denominador de la coexistencia del hombre en una sociedad determinada.

En este sentido, podemos sostener que el mandato de seguridad constituye un *proceso extraordinario*, ya no en el sentido del conocimiento limitado a determinado aspecto de la controversia, sino en el de la restricción de su empleo a los casos de excepción en que por la índole de los derechos protegidos, se requiere una tutela especial. Lo que pretenden los partidarios de la heroicidad del mandato es evitar que por las ventajas de su tramitación sumaria y eficiente, termine por absorber a los recursos procesales ordinarios y sufra una hipertrofia que nulifique la noble finalidad para el que fue creado.

Haciendo un resumen del sentir mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia brasileñas podemos definir la naturaleza del mandato de seguridad, como la *garantía constitucional que se traduce en el proceso extraordinario administrativo para la tutela rápida y eficaz de los derechos ciertos e indiscutibles de los particulares contra la ilegalidad o abuso de poder de cualquier autoridad*.

En cuanto a la *estructura procesal* de las dos instituciones que estamos examinando, encontramos una similitud en cuanto a que ambas abarcan el doble aspecto de la tutela constitucional y legal de los derechos

128 *Do mandado de segurança*, cit., pp. 499 y ss.

129 CASA DE RUI BARBOSA, *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, cit., tomo I, pp. 72 y ss.

130 *Para proteger direito líquido e certo*, 1<sup>a</sup> parte, cit., p. 94.

de los particulares frente a cualquier autoridad. En el juicio de amparo ya hemos visto que este doble aspecto de tutela constitucional y legal constituye una de sus características esenciales e indestructibles, y por lo que se refiere al mandato de seguridad, ya también se ha establecido anteriormente que no obstante que la Constitución vigente de 1946, diversamente de la de 1934, no alude de modo expreso al “acto inconstitucional”, es la institución más adecuada para apreciarlo, puesto que precisamente fue establecido para la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos, inclusive contra leyes inconstitucionales, aunque no directamente sino a través de su aplicación.<sup>131</sup>

Pero en cambio, existe una diferencia esencial entre el mandato y el amparo en cuanto a que el mandato de seguridad, por regla general y salvo los casos muy contados en que proceda respecto de actos jurisdiccionales contra los cuales no exista recurso con efecto suspensivo, constituye un *proceso autónomo e independiente* del procedimiento administrativo que motiva los actos reclamados, en tanto que nuestro juicio de amparo, según expresamos en su oportunidad, asume el *doble aspecto de proceso y recurso*, según que la relación jurídica procesal tenga autonomía o se encuentre estrechamente relacionada, como ocurre en el amparo-casación, con la que se ha establecido ante la jurisdicción ordinaria.

4. *Tribunales de amparo y de mandato.* En relación con los órganos jurisdiccionales que deben conocer de los dos procesos libertarios que hemos venido examinando, observamos a primera vista dos diferencias ostensibles:

El juicio de amparo está encomendado por disposición expresa y categórica del artículo 103 de la Constitución Federal, exclusivamente a los Tribunales de la Federación, de modo que puede hablarse de una verdadera *jurisdicción de amparo*, ya que si bien es verdad que en su tramitación pueden intervenir, en algunos casos, los tribunales locales, los mismos lo hacen no por su propia jurisdicción sino como auxiliares de la justicia federal, existiendo solamente una hipótesis de jurisdicción concurrente, a la que haremos referencia con posterioridad, la que además de su escasa o nula eficacia práctica, constituye una verdadera excepción que no desvirtúa el carácter federal del amparo.

En forma diversa, el mandato puede ser solicitado tanto ante las jurisdicciones locales como a través de los tribunales federales, de acuerdo con un sistema sumamente complicado de competencias que toma en

131 Cfr. SIDOU, *Do mandado de segurança*, cit., p. 73.

cuenta fundamentalmente ya sea la jerarquía o la naturaleza federal o estadual de las autoridades demandadas,<sup>132</sup> de modo que pudiendo intervenir todos los tribunales del país, *no puede decirse que exista una jurisdicción de mandato*.

Otra diferencia visible consiste en que la legislación de amparo fija la competencia de los diversos tribunales federales tomando en cuenta de modo primario la naturaleza del acto reclamado y sólo secundariamente el carácter federal o local de las autoridades responsables.<sup>133</sup> A la inversa, en el mandato la regla fundamental de competencia radica en la naturaleza de la autoridad o en su grado jerárquico, y de manera accesoria se toma como base la materia del litigio, como cuando se trata de conflictos de carácter electoral.<sup>134</sup>

Para demostrar nuestras afirmaciones, haremos una descripción esquemática de los tribunales respectivos y de las materias de su conocimiento.

A. *La jurisdicción de amparo* está integrada por los siguientes tribunales: *Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunales Colegiados de Circuito en materia de amparo, Juzgados de Distrito y los jueces locales, ya sea en jurisdicción concurrente o como auxiliares de la justicia federal*.

a) *La Suprema Corte de Justicia* es el órgano supremo del Poder Judicial Federal, dividido en cuatro Salas (de la Primera a la Cuarta, que conocen, respectivamente, de materias penal, administrativa, civil y del trabajo), formadas cada una por cinco Ministros, pudiendo funcionar con la presencia de cuatro (artículo 15 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación), y todos los Ministros, en unión de su presidente, o sean veintiuno, integran el Tribunal en Pleno, que tiene un quórum de quince (artículo 3º de la propia Ley Orgánica).

En *materia de amparo*<sup>135</sup> cada una de las Salas, según su especialidad, conoce en *única instancia* de los amparos judiciales<sup>136</sup> exclusivamente.

132 Cfr. CASTRO NUNES, *Do mandado de seguridad*, cit., p. 280.

133 Los artículos 107, fracción VIII, inciso b), de la Constitución Federal, y 84, fracción I, inciso b), de la Ley Reglamentaria del Juicio de Amparo, establecen la competencia de la Suprema Corte de Justicia para conocer de los juicios de amparo en revisión, cuando la autoridad responsable en amparo administrativo sea federal.

134 Cfr. CASTRO NUNES, *Do mandado de seguridad*, cit., p. 277.

135 Tanto la Suprema Corte como los demás tribunales federales, con excepción de los Colegiados de Circuito, que conocen exclusivamente de juicios de amparo, deciden también las controversias ordinarias de carácter federal, de acuerdo con los lineamientos establecidos por los artículos 104 a 106 de la Constitución Federal.

136 Con excepción de los amparos administrativos que comúnmente se traman en doble instancia, primero ante los Juzgados de Distrito y en revisión ante la Segunda Sala de la Corte.

te por lo que ve a las violaciones de fondo (errores *in iudicando*) (artículos 158 de la Ley Reglamentaria, y 24, fracción III, 25, fracción II, 26, fracción III, y 27, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

En *grado de revisión* (apelación) las propias Salas conocen únicamente de las sentencias de fondo dictadas por los jueces de Distrito en los juicios de amparo en los cuales la autoridad administrativa tenga carácter federal o se reclame en materia criminal la violación del artículo 22 constitucional (*ver nota 16*).

*El Tribunal en Pleno* tiene encomendado el conocimiento de los amparos en revisión contra las sentencias dictadas por los jueces de Distrito en los juicios en los cuales se controveja la constitucionalidad de una ley federal o local o se discute la invasión de las esferas de la Unión o de los Estados, respectivamente (artículos 84, fracción I, inciso a), de la Ley de Amparo, y 11, fracciones XII y XIII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación); así como del único caso en que admiten recurso las resoluciones de los Tribunales Colegiados de Circuito, o sea cuando al resolver un juicio de amparo directo o de única instancia, decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución (artículo 107, fracción IX de la Constitución Federal y 83, fracción V, de la Ley de Amparo).

b) *Los Tribunales Colegiados de Circuito*,<sup>137</sup> conocen en *única instancia* de los juicios de amparo interpuestos contra sentencias definitivas dictadas en materia penal, civil y del trabajo cuando se aleguen violaciones cometidas durante la secuela del procedimiento (errores *in procedendo*) y también de sentencias definitivas pronunciadas en juicios civiles o penales contra las que no procede recurso de apelación de acuerdo con las leyes que las rigen, cualesquiera que sean las violaciones alegadas (artículo 158 bis de la Ley de Amparo y 7º bis, fracción I, de la Orgánica del Poder Judicial de la Federación), y en *grado de revisión* conocen tanto de acuerdos de trámite dictados por los jueces de Distrito (queja), como respecto de resoluciones pronunciadas por los mismos jueces que desechen o tengan por no interpuesta una demanda, decidan

137 Fueron establecidos de acuerdo con las reformas de 1951 y están integrados cada uno por tres Magistrados. Existen actualmente seis de estos tribunales, divididos en cinco circuitos; dos de ellos que integran el primero, radican en la ciudad de México y los restantes en las ciudades de Puebla, Saltillo, Guadalajara y Veracruz, según los artículos 1º bis, 71, inciso b) y 72 bis, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

sobre las providencias cautelares en el incidente de suspensión, los autos de sobreseimiento y las sentencias de fondo que por su importancia no corresponden a la Suprema Corte de Justicia (artículos 95, fracciones V, VIII y IX de la Ley Reglamentaria del Juicio Constitucional y 7º bis, fracciones II, III y IV de la Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

c) Los *Juzgados de Distrito*<sup>138</sup> tienen competencia para avocarse en primera instancia de los juicios de amparo promovidos contra leyes inconstitucionales, sean o no auto-aplicativas; contra actos de autoridades distintas de las judiciales y de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, aunque emanen de un procedimiento en forma de juicio; contra actos de autoridades judiciales ejecutados fuera de juicio o después de concluido; contra actos en el juicio que tengan sobre las personas o las cosas una ejecución que sea de imposible reparación, y contra actos ejecutados dentro o fuera de juicio que afecten a personas extrañas a él, si la Ley no establece un recurso o medio de defensa y siempre que no se trate de juicio de tercera, finalmente contra actos o leyes que invadan la esfera de las autoridades federales o locales, respectivamente (artículos 114 de la Ley de Amparo y 41, fracciones III y IV, 42, fracciones II, III y IV, 43, fracción VI, y 45, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).<sup>139</sup>

d) Los *tribunales de los Estados y del Distrito y Territorios Federales*, tienen intervención en el conocimiento de los juicios de amparo en dos casos, en *jurisdicción concurrente y como auxiliares de la justicia federal*:

La *jurisdicción concurrente* está consagrada por la fracción XII del artículo 107 de la Carta Fundamental y por los artículos 37 y 83, fracción IV, de la Ley Reglamentaria del Juicio Constitucional, los que disponen que la violación de los derechos fundamentales de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 (también derechos del acusado en los pro-

138 Se integran con jueces unitarios situados en las capitales o ciudades más importantes de todos los Estados y Territorios que forman la Unión, ascendiendo actualmente a 48, de los cuales 7 están en la ciudad de México divididos por materias, tres conocen amparos criminales, dos civiles y dos administrativos, de acuerdo con los artículos 37, 40, 72, 72 bis y 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

139 La regla general de competencia es la de que el amparo ante los Jueces de Distrito debe interponerse ante el del lugar donde resida la autoridad que ejecute o trate de ejecutar la ley o acto reclamado, y cuando no requiere ejecución material, el conocimiento corresponde al Juez Federal en cuya jurisdicción tenga su domicilio la autoridad que los hubiese dictado, según lo establecido por el artículo 36 de la Ley Reglamentaria del Juicio Constitucional.

cesos criminales), se reclamará ante el *superior del tribunal que la cometía* o ante el Juez de Distrito que corresponda, pudiéndose recurrir en revisión, en uno y otro caso, las resoluciones que se pronuncien. Esta jurisdicción concurrente no ha tenido eficacia práctica, ya que los afectados prefieren acudir ante el Juez Federal, al que tienen mayor confianza, que a los tribunales superiores de los Estados, de modo que puede afirmarse que es absoluta la federalización o centralización del amparo.

Son *auxiliares de la justicia federal* los jueces de primera instancia de los lugares en donde no resida Juez de Distrito en cuyo territorio radique la autoridad que ejecute o trate de ejecutar el acto reclamado, y cuando el amparo se pida contra dicho Juez de Primera Instancia y no haya en el lugar otro de la misma categoría, o bien, cuando no resida en dicho lugar o no pudiera ser habido, asumen ese carácter auxiliar, cualquiera de las autoridades judiciales de la población respectiva. Dichos juzgadores locales tienen facultad para recibir la demanda, solicitar los informes de las autoridades responsables e inclusive suspender provisionalmente los actos reclamados cuando sean de aquellos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento judicial, deportación o destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 constitucional (artículos 38 a 40 de la Ley Reglamentaria del Juicio de Amparo). Como puede observarse sólo intervienen como auxiliares los jueces locales tratándose del que hemos llamado amparo-libertad, pues en relación con los restantes aspectos de nuestra máxima institución procesal, la demanda siempre debe interponerse ante los Tribunales Federales.

B. *Tribunales brasileños que conocen del mandato de seguridad.* Es sumamente complicado el sistema establecido por la legislación brasileña sobre el conocimiento del mandato de seguridad, ya que corresponde prácticamente a todos los tribunales del país, tanto federales como locales, y por tanto, las reglas de competencia están consignadas no sólo en las disposiciones de la Constitución y de las Leyes federales reglamentarias, sino también en las legislaciones de los distintos Estados que integran la Unión.<sup>140</sup>

En consecuencia, únicamente haremos referencia a los lineamientos más destacados sobre el conocimiento del mandato de seguridad para los efectos del estudio comparativo que venimos realizando, ya que lo contrario significaría un examen de toda la organización judicial del Brasil,

140 CAVALCANTI, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 290 y ss.

lo que queda fuera de los fines y de las posibilidades de este modesto trabajo.

a) *El Supremo Tribunal Federal* tiene encomendado el conocimiento del mandato de seguridad tanto en jurisdicción ordinaria como en grado de recurso, según lo establecido por las fracciones I a III del artículo 101 de la Constitución Federal vigente.<sup>141</sup>

En *única instancia* le compete conocer de los mandatos de seguridad que se enderecen contra actos del Presidente de la República, de la Mesa de la Cámara y del Senado y del Presidente del propio Supremo Tribunal Federal (artículo 101, fracción I, inciso i), de la Carta Fundamental).

En vía de *recurso ordinario constitucional*,<sup>142</sup> de las resoluciones de negatorias del mandato dictadas por los tribunales locales o federales.

En *recurso extraordinario* de las decisiones dictadas por cualquier tribunal en *única* o *última instancia*, cuando se plantea un problema sobre aplicación directa de un precepto constitucional o la interpretación de una ley federal<sup>143</sup> en los casos estrictamente ennumerados por los cuatro incisos de la fracción III, del citado artículo 101 constitucional (*ver nota 52*).

De acuerdo con su Reglamento Interno, el Supremo Tribunal Federal funciona en dos Secciones o Salas (Turmas) que son las que conocen de los recursos extraordinarios, y también en Tribunal en Pleno, al cual se atribuye la competencia para decidir los recursos ordinarios de carácter constitucional,<sup>144</sup> y cuando existan tesis contradictorias entre las citadas Secciones o de una de ellas con el Tribunal en Pleno, procede ante este último el recurso de *embargo*, que tiende a la unificación de jurisprudencia.<sup>145</sup>

Este recurso de embargo ante el Supremo Tribunal Federal, realiza una función similar al sistema de denuncia de contradicción de tesis establecido entre los Tribunales Colegiados de Circuito o entre las Salas de la Suprema Corte, en los términos de los artículos 107 constitucional, fracción XIII, párrafos segundo y tercero, y 195 y 195 bis de

141 CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 280 y ss., CAVALCANTI, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 281 y ss.

142 Según la denominación adoptada por DE MENDONCA LIMA, *O recurso ordinário constitucional*, cit., pp. 99 y ss.

143 CAVALCANTI, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 282 y ss.

144 Cfr. Alfredo BUZAIID, *Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil*, cit., p. 9.

145 Cfr. BUZAIID, *op. ult. cit.*, p. 9.

## MANDATO DE SEGURIDAD Y JUICIO DE AMPARO

41

la Ley de Amparo<sup>146</sup> que se aproxima a la casación en interés de la ley, también con el objeto de unificar la jurisprudencia.

b) El *Tribunal Federal de Recursos*, por lo que se refiere al mandato de seguridad, tiene también competencia originaria y en vía de recurso.

En *única instancia* decide los mandatos de seguridad solicitados contra actos de los Ministros de Estado, del propio Tribunal de Recursos o de su Presidente (artículo 104 constitucional, fracción I, inciso b).

En *grado de recurso* conoce de las decisiones dictadas por los jueces locales cuando la autoridad responsable en el mandato de seguridad respectivo, tenga carácter federal, en los términos del artículo 104, fracción II, inciso b), de la Constitución de 1946.

c) *Tribunales Electorales*. Según el artículo 109 de la Constitución Federal Brasileña<sup>147</sup> la Justicia Electoral está integrada por el *Tribunal Superior*, los *Tribunales Regionales*, las *Juntas* y los *Jueces Electorales*. La misma Ley Suprema en su artículo 119, fracción VII, establece la competencia de dichos tribunales para conocer del mandato de seguridad *por razón de la materia*, de manera que toma en consideración esencialmente y en primer término, el objeto de la controversia y no la calidad o jerarquía de las autoridades demandadas, como ocurre en los restantes aspectos de la garantía constitucional que examinamos.

De acuerdo con los artículos 120 y 121, fracción IV, de la misma Carta Fundamental, las resoluciones del Tribunal Superior Electoral son irrecuperables, a no ser que nieguen la concesión del mandato de seguridad, pues entonces son impugnables ante el Supremo Tribunal Federal, y las decisiones de la misma naturaleza dictadas por los Tribunales Regionales, pueden recurrirse ante el propio Tribunal Superior.

En cuanto a la distribución interna del conocimiento del mandato de seguridad, nos dice CASTRO NUNES,<sup>148</sup> debe fijarse atendiendo a la jerarquía de las autoridades señaladas como responsables.

146 De acuerdo con estos preceptos, cuando los Tribunales Colegiados de Circuito o las Salas de la Suprema Corte sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, el Procurador General de la República, los citados Tribunales o las Salas relativas podrán denunciar la contradicción ante la Sala que corresponda o al Tribunal en Pleno de la propia Corte, según el caso, a fin de que decidan cuál es la tesis que debe prevalecer, en la inteligencia de que la resolución que se dicte será sólo para el efecto de la fijación de la jurisprudencia y no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias contradictorias en el juicio en que fueron pronunciadas.

147 Cfr. CAVALCANTI, *Las Constituciones de los Estados Unidos del Brasil*, cit., pp. 654 y ss.

148 Cfr. CASTRO NUNES. *Do mandado de segurança*, cit., pp. 293 y ss.

d) *Los Tribunales Militares y del Trabajo* (artículos 106 a 108 y 112-123 de la Constitución) no tienen asignadas facultades específicas para resolver sobre procesos de mandato, estimando el propio CASTRO NUNES,<sup>149</sup> que solamente pueden avocarse al conocimiento de los que se hacen valer contra actos administrativos emanados de los propios tribunales del fuero, pero no los intentados contra las resoluciones jurisdiccionales de su materia, de acuerdo con la regla fundamental de que la institución libertaria brasileña opera esencialmente contra actos de naturaleza administrativa y no jurisdiccionales.

e) Finalmente y por eliminación, conocen también del mandato de seguridad los *tribunales y jueces locales*, fuera de los casos especialmente asignados por la Carta Magna al Supremo Tribunal Federal, al Tribunal Federal de Recursos o a la Justicia Electoral, de acuerdo con los lineamientos establecidos por las leyes de organización judicial de cada uno de los Estados de la Unión.<sup>150</sup>

De la breve relación que hemos hecho de los órganos judiciales que deben conocer de las dos garantías constitucionales, se advierte claramente que difieren en tres aspectos esenciales, pues en primer lugar y según lo expresamos anteriormente, notamos la ausencia de una verdadera jurisdicción especial de mandato de seguridad, y además la regla fundamental de competencia, con excepción de la justicia electoral, se apoya en la naturaleza y jerarquía de las autoridades señaladas como responsables de ilegalidad o abuso de poder.

Pero además, el régimen brasileño presenta, debido a su dispersión, el peligro de una anarquía jurisprudencial, como lo señala atinadamente ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO,<sup>151</sup> ya que los dos recursos fundamentales para unificar la jurisprudencia, o sean la revista y los embargos,<sup>152</sup> por sí mismos son insuficientes para concentrar en un solo cuerpo los diferentes criterios de los muchos tribunales que conocen del mandato, ya que el Supremo Tribunal Federal solamente decide sobre determinado tipo de mandatos, ya sea en única instancia o a través de los recursos ordinario y extraordinario de carácter constitucional, escapando a su control un gran número de decisiones dictadas en esta materia. Esta situación la podemos observar con mayor precisión desde México, pues uno de los éxitos más destacados de nuestro juicio de amparo

149 Cfr. CASTRO NUNES, *op. ult. cit.*, pp. 295 y ss.

150 Cfr. CAVALCANTI, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 290 y ss.

151 *El mandato de seguridad brasileño, visto por un extranjero*, cit.

152 Cfr. BUZAID, *Ensaio para uma revisão do sistema de recursos no Código de Processo Civil*, cit., pp. 8 y ss.

ha consistido en la admirable labor unificadora de la Suprema Corte de Justicia, a través de la institución de su jurisprudencia obligatoria para todos los tribunales del país (artículos 193 y 193 bis de la ley Reglamentaria del Juicio Constitucional), pues si bien es verdad que esa imperatividad se limita a la interpretación de las disposiciones constitucionales, leyes o tratados, su prestigio ha determinado que se siga sin discusión por todos los tribunales, salvo casos excepcionales, también respecto a la interpretación de las leyes locales.<sup>153</sup>

La relativa descentralización, siempre dentro del marco federal, que significó el establecimiento de los Tribunales Colegiados de Circuito, según la reforma de la legislación de amparo publicada en febrero de 1951, ha puesto de relieve la necesidad de conservar la unificación de la jurisprudencia que con tanto celo había construido la Suprema Corte de Justicia, pues la falta de una publicidad adecuada, ya que las ejecutorias de estos Tribunales no se consignan en el Semanario Judicial de la Federación, así como la ausencia de una disposición legal que establezca su obligatoriedad,<sup>154</sup> ha traído como consecuencia que no funcione eficazmente el sistema de denuncia de contradicción de las tesis sustentadas por dichos Tribunales, prevista por el artículo 195 de la Ley de Amparo (*Ver nota 146*).

5. *Las partes en los procesos de amparo y de mandato.* a) *Sujeto activo.* Examinaremos ahora en forma suscinta las diversas partes que pueden intervenir en las garantías constitucionales de México y Brasil.

En el juicio de amparo el actor lo es el *quejoso o agraviado*, es decir, el que sufre una afectación en su esfera jurídica con la actividad u omisión inconstitucional o ilegal de cualquier autoridad. De acuerdo con el artículo 4º de la Ley Reglamentaria, el juicio de amparo únicamente puede promoverse por la persona a quien perjudique el acto o ley que reclama, de modo que el *perjuicio jurídico* constituye el presupuesto del interés para obrar en el juicio constitucional, perjuicio que tanto la doctrina como la jurisprudencia reputan como *personal y directo*.<sup>155</sup>

153 Cfr. Jorge IÑARRITU, *El estatuto de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia*, en "Boletín de Información Judicial", N° 97, México, marzo de 1955, pp. 135 y ss.

154 El artículo 107, fracción XIII, primer párrafo, de la Constitución Federal no limita la obligatoriedad de la jurisprudencia a la que establezca la Suprema Corte de Justicia, sino que se refiere en general a los Tribunales Federales, en los siguientes términos: "La ley determinará los términos y casos en que sea obligatoria la jurisprudencia de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, así como los requisitos para su modificación."

155 Cfr. Ignacio BURGOA, *El juicio de amparo*, cit., pp. 240 y ss., según la tesis 59, p. 128 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación publicado en el año de 1955, el agravio indirecto no da lugar al amparo.

Por otra parte, no es preciso que ese perjuicio personal y directo sea actual sino que es posible solicitar el amparo contra actos futuros, siempre que sean *inminentes* y no inciertos o simplemente probables, según lo ha establecido la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.<sup>156</sup>

Están legitimados para interponer el amparo no sólo los habitantes del país, nacionales y extranjeros<sup>157</sup> *individualmente* considerados, sino también las *personas colectivas privadas*, a través de sus representantes (artículo 8º de la Ley de Amparo), en la inteligencia de que la Suprema Corte, apoyada en el artículo 460 de la Ley Federal del Trabajo, admite que los sindicatos de trabajadores o patrones soliciten la protección federal tanto en relación con los derechos colectivos como respecto de los personales e individuales de sus asociados;<sup>158</sup> así como los *organismos públicos* por conducto de los funcionarios o representantes que designen las leyes, cuando el acto o la ley que reclamen afecte sus intereses patrimoniales (artículo 9º de la Ley Reglamentaria).<sup>159</sup>

En consecuencia, puede decirse que el sujeto activo de la relación jurídico-procesal de amparo es el llamado quejoso o graviado, estimado como la *persona jurídica individual o colectiva, generalmente de carácter privado, pero en cierto casos también autoridad u organismo público, que sufre un perjuicio jurídico personal y directo, actual o inminente, por la actividad u omisión inconstitucional o ilegal de cualquier autoridad*.

Ahora bien, la doctrina imperante sostiene que para adquirir la titularidad de la acción de amparo es preciso que exista una violación a las “garantías individuales” (en realidad, derechos fundamentales) del sujeto, concluyendo con la *negativa de la autonomía procesal de la acción de amparo*, a la que consideran vinculada con el derecho subjetivo público que pretende hacerse valer a través de su ejercicio.<sup>160</sup>

156 Tesis 44, p. 110, del mismo Apéndice del Semanario Judicial de la Federación publicado en el año de 1955, debiendo hacerse la aclaración de que la jurisprudencia mencionada confunde los actos futuros con los inciertos o probables.

157 De acuerdo con el artículo 1º de la Constitución Federal: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.”

158 Tesis 1013, p. 1833 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación publicado en el año de 1955.

159 Además, a través de la ficción del Estado Patrono también pueden solicitar amparo los funcionarios afectados por las resoluciones del Tribunal de Arbitraje para los trabajadores al servicio del Estado.

160 Ignacio BURGOA, *El juicio de amparo*, cit., pp. 278 y ss., afirma que el titular de la acción de amparo es el sujeto como gobernado víctima de cualquier contravención de alguna garantía constitucional, cometida por cualquier autoridad del Estado, y que por ende, la acción de amparo no es autónoma en el sentido procesal que se atribuye al término autonomía de la acción. Véase también Romeo LEÓN ORANTES, *El juicio de amparo*, cit., pp. 140 y ss.

No haremos referencia al debatido problema de la naturaleza de la acción como derecho concreto o como derecho abstracto, aunque la segunda corriente se ha ido imponiendo paulatinamente, pero lo que no se puede negar es el reconocimiento pacífico por la doctrina procesal contemporánea de la autonomía de la acción respecto del derecho subjetivo, pues según la cétera frase de Eduardo J. COUTURE, “para la ciencia del proceso la separación del derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo”.<sup>161</sup> Y si por otra parte es preciso admitir el principio de la unidad esencial de la propia acción, no creemos que pueda válidamente sostenerse la falta de autonomía de la acción de amparo, pues los partidarios de la violación de derechos fundamentales como presupuesto de su ejercicio, confunden la acción con la pretensión y más particularmente con la pretensión fundada, es decir, con el derecho a obtener una sentencia favorable.<sup>162</sup>

Por tanto, la efectiva violación de un derecho fundamental o la afectación ilegal de un derecho subjetivo del promovente, no constituye un presupuesto del ejercicio de la acción de amparo, sino un requisito para obtener una sentencia estimatoria.

De acuerdo con los lineamientos establecidos por los artículos 141, párrafo 113, de la Constitución brasileña de 1946, y 1º de la Ley N° 1533, de 31 de diciembre de 1951, la legitimación activa para solicitar el mandato de seguridad corresponde al titular de un *derecho líquido y cierto*, mientras que la Carta Suprema de 1934, que creó la institución, exigía en su artículo 113, párrafo 33, la existencia de un derecho *cierto e indiscutible (incontestable)* amenazado o violado por acto manifiestamente inconstitucional o ilegal de cualquier autoridad.<sup>163</sup>

Aquí nos tropezamos con uno de los aspectos más espinosos del mandato de seguridad y que ha ocasionado fuertes dolores de cabeza a la doctrina y a los tribunales, ya que no se ha llegado a establecer con precisión la naturaleza de este derecho subjetivo público calificado de “cierto, líquido e indiscutible”, pues se han mezclado los adjetivos establecidos por los textos constitucionales de 1934 y 1946.

Los tratadistas advierten que estas características del derecho subjetivo tutelado por el mandato de seguridad surgió en la doctrina y la juris-

161 *Fundamentos*, cit., p. 63.

162 Cfr. Niceto ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, *Enseñanzas y sugerencias... acerca de la acción*, cit., pp. 798 y ss.; Jaime GUASP, *La pretensión procesal*, en “Revista de Derecho Procesal”, Buenos Aires, 1951, vol. I, pp. 356 y ss.

163 Cfr. CAVALCANTI, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 203 y ss.

prudencia del *habeas corpus* anterior al establecimiento del propio mandato, fundamentalmente por las enseñanzas del ameritado jurisconsulto Pedro LESSA.<sup>164</sup>

Son numerosos los ensayos para dar contenido a la expresión “líquido y cierto” consagrada por las disposiciones constitucionales y reglamentarias que regulan la institución brasileña.<sup>165</sup> Primeramente imperó una opinión *subjetiva*, la de Carlos MAXIMILIANO,<sup>166</sup> en el sentido de que se trataba de un derecho translúcido, evidente, fuera de toda duda razonable, que podía determinarse de plano, sin necesidad de un examen minucioso ni de meditaciones laboriosas.

A continuación se hizo el intento de obtener una base *objetiva*, y así el Ministro CASTRO MANSO,<sup>167</sup> consideró que los que se debían demostrar como ciertos e indiscutibles eran los hechos base de la pretensión, pues “desde el momento en que el hecho sea cierto e indiscutible resolverá el juez la cuestión de derecho por más intrincada y difícil que se presente, para conceder o negar el mandato de seguridad.”

CASTRO NUNES al mismo tiempo que reconoce que las expresiones constitucionales no pueden estimarse como criterios o condiciones objetivas, sino más bien como una recomendación al juez para que limite la concesión de la garantía, sin embargo, considera que pueden establecerse dos supuestos objetivos: derecho probado de plano, documentalmente, e ilegalidad del procedimiento administrativo que origina el acto o la omisión reclamados.<sup>168</sup> Por su parte Alfredo BUZAID afirma que la esencia del derecho cierto radica en su indiscutibilidad, es decir, en una afirmación jurídica que no pueda ser seria y válidamente impugnada por el poder público, y que tiene dos polos, uno positivo, porque se funda en la ley, y otro negativo, porque nace de la infracción a la propia ley.<sup>169</sup>

Una opinión similar sustenta CAVALCANTI cuando expresa que el medio judicial está restringido a la protección de aquellos derechos cuya

164 Arnold WALD, *Do mandado de segurança*, cit., p. 114; CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 96 y ss.; AGRICOLA BARBI, *Do mandado de segurança*, cit., p. 51.

165 Resumidos en forma concisa y profunda por nuestro compatriota Alejandro Ríos ESPINOZA en su magnífica comunicación al Congreso Internacional de Derecho Procesal de São Paulo, intitulada *Fundamentación constitucional del mandado de seguridad*, N° 4.

166 Cfr. Alfredo BUZAID, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 497-498; CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 90 y ss.

167 Cfr. CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 92 y ss.; AGRICOLA BARBI, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 52 y ss.

168 *Do mandado de segurança*, cit., pp. 96 y ss.

169 *Juicio de amparo e mandado de segurança*, cit., pp. 144 y ss.

certidumbre sea manifiesta y que resistan una contradicción razonable, pues no es admisible que el juez otorgue la protección si dentro del plazo y las condiciones muy limitadas establecidas por la ley, no pudiere tener la convicción plena, la certeza absoluta de que el derecho pueda merecer protección.<sup>170</sup>

En virtud de las dificultades para definir la naturaleza de este derecho cierto e indiscutible, cuyos perfiles se presentan bastante imprecisos, se ha ido imponiendo el criterio de que no existe la posibilidad de determinarlo objetivamente, pues se trata de una cuestión que depende de la apreciación subjetiva del juez en cada caso concreto,<sup>171</sup> en la inteligencia de que las expresiones constitucionales deben entenderse como una recomendación al propio juzgador para que no otorgue la protección de manera tan liberal que transforme el mandato en un recurso ordinario.<sup>172</sup>

La jurisprudencia ha estado oscilando entre el criterio de la demostración documental de la certeza del hecho, y el de la evidencia del derecho del promovente, pero han concluido por reconocer con una amplitud progresiva, la libre apreciación del juzgador en cada caso concreto, permitiendo el desenvolvimiento de la institución, que reservada a los casos en que no hubiese controversia, ninguna razón la justificaría y ningún motivo tendría para sobrevivir.<sup>173</sup>

Sin pretender intervenir en una discusión en la que han participado los más ilustres y destacados jurisconsultos brasileños, descubrimos cierta similitud en la situación que guarda la doctrina mexicana respecto de la acción de amparo, con un sector de los tratadistas brasileños por lo que se refiere a la confusión de la acción procesal de mandato con el derecho subjetivo público que se pretende tutelar con su ejercicio.<sup>174</sup>

Paralelamente a lo que ocurre con la acción de amparo con la infracción de derechos fundamentales, la liquidez, indiscutibilidad y certeza

170 *Do mandado de segurança*, cit., p. 24.

171 Cfr. DE ANDRADE, *Do mandado de segurança*, en *Comentários*, de MACHADO GUIMARÃES, cit., tomo IV, p. 335.

172 PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, 1, pp. 181-182; CAVALCANTI, *Do mandado de segurança*, cit., p. 127.

173 CASA DE RUI BARBOSA, *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, cit., tomo I, pp. 134 y ss.; Tito GALVÃO FILHO, *Dicionário de jurisprudência no mandado de segurança*, cit., pp. 87-89.

174 Nos parece significativo que AGRICOLA BARBI, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 50 y ss., que estudió la acción de mandato desde el punto de vista procesal, se afilió a la concepción de CHIOVENDA de la acción como derecho potestativo y concreto, que ha sido superada por quienes estiman que a pesar del prestigio de su autor, se confunde con la pretensión, y son precisamente las ideas chiovendianas sobre la acción las que sirven de base a los tratadistas mexicanos BURGOA y LEÓN ORANTES (*nota 160*) para su elaboración de la acción de amparo, a la que niegan autonomía.

del derecho afectado por ilegalidad o abuso de poder no constituyen presupuesto de la acción de mandato, sino que como lo sostiene Othón SIDOU,<sup>175</sup> a nuestro modo de ver acertadamente, son elementos sustanciales de la pretensión fundada, que debe examinar el juzgador en cuanto al fondo del asunto, en cada situación concreta, para otorgar la protección al promovente.

En consecuencia, el sujeto activo (*impetrante*) de la relación jurídico-procesal del mandato de seguridad es toda persona que sufra una afectación, actual o inminente en sus derechos fundamentales, por la actividad u omisión de cualquier autoridad, estimadas como ilegalidad o abuso de poder.<sup>176</sup>

El fundamento constitucional de la acción de mandato, estimada como un derecho autónomo — subjetivo de carácter fundamental, lo encontramos en el artículo 141, parágrafo 4º de la Constitución vigente de 1946, que dispone: “La ley no podrá excluir de la apreciación del Poder Judicial cualquier lesión de derecho individual”, precepto al cual no se le ha otorgado la importancia doctrinal que merece, según lo advierte el procesalista brasileño José Frederico MARQUES.<sup>177</sup>

Y como quiera que la redacción del primer párrafo del artículo primero de la Ley 1533, Reglamentaria del Mandato de Seguridad, no destaca la autonomía de la acción de mandato, nos parece preferible, para evitar confusiones en relación con el derecho líquido y cierto, que es materia de fondo y no procesal, según hemos visto, el texto que propone el jurisconsulto J. M. Othon SIDOU<sup>178</sup> en el cual ya no se hace referencia al requisito de la titularidad del derecho líquido y cierto como presupuesto de la interposición del mandato.

En cuanto a la legitimación para solicitar el mandato de seguridad, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 141 de la Carta Fundamental y de manera similar al sistema mexicano, se concede tanto a los brasileños

175 *Para proteger direito líquido e certo*, cit., 1ª parte, pp. 98 y ss.

176 La jurisprudencia brasileña habla de *dano individual causado o inimamente*, CASA DE RUI BARBOSA, *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, cit., tomo I, p. 174; GALVÃO FILHO, *Dicionário de jurisprudência no mandado de segurança*, cit., p. 71.

177 *O artigo 44, parágrafo 4º, da Constituição Federal*, en “Revista de Direito Processual Civil”, año I, vol. 2, São Paulo, julio-diciembre de 1960, pp. 16 y ss.

178 En el artículo 2º de su *Projeto de Reforma da Lei 1.533 de 1951, sobre o mandado de segurança*, cit., de acuerdo con el cual, se concede el mandato de seguridad a las personas naturales o jurídicas de derecho privado, frente a la ilegalidad o abuso de poder (tanto consumado como cuando hubiere justo recelo), por parte de cualquier autoridad y en ejercicio de cualesquiera funciones.

como a los extranjeros residentes en el país, beneficio que algunas resoluciones judiciales han ampliado inclusive a los no residentes.<sup>179</sup>

Por otra parte, la jurisprudencia dominante, en forma diversa al criterio adoptado por los tribunales mexicanos (*ver nota 158*) no admite que las asociaciones de clase puedan requerir la protección en beneficio de los derechos individuales de sus asociados, pues únicamente se autoriza el ejercicio de sus derechos gremiales.<sup>180</sup>

Una materia sumamente controvertida es la que se refiere a la titularidad de la acción de mandato en beneficio de los organismos públicos, aun cuando en la jurisprudencia impera la opinión de que tales organismos se encuentran legitimados para solicitar la tutela.<sup>181</sup>

Los tratadistas combaten esta extensión del mandato en beneficio de los organismos públicos, ya que por un lado SIDOU<sup>182</sup> considera que no pueden ser titulares de derechos fundamentales, coincidiendo con la opinión del tratadista mexicano Ignacio BURGOA<sup>183</sup> que hace la crítica del artículo 9º de la Ley de Amparo, en tanto que AGRICOLA BARBI afirma que la situación procesal más favorable del mandato de seguridad se explica y justifica solamente por la necesidad de otorgar una protección rápida y eficaz al particular contra actos del Poder Público, pero no respecto de unas autoridades en relación con otras.<sup>184</sup>

Otra diferencia que podemos advertir en la legitimación activa del mandato de seguridad en relación con la del juicio de amparo mexicano, es la admisión expresa en el artículo 3º de la Ley 1533, de la sustitución procesal en beneficio de aquel cuyo derecho dependa del ejercicio que del mismo debe hacer un tercero, pues en caso de que el titular originario no interponga el mandato dentro de un plazo razonable, no obstante que sea requerido por notificación judicial, puede hacerlo el sustituto, que configura lo que en la práctica judicial civil mexicana se conoce con la denominación impropia de “acción oblicua” o “subrogatoria” (artículo 29 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales),<sup>185</sup> sustitución procesal que la jurisprudencia no reconoce tratándose

179 Cfr. GALVÃO FILHO, *Dicionário de jurisprudência no mandado de segurança*, cit., p. 175.

180 Cfr. CASA DE RUI BARBOSA, *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, cit., tomo I, pp. 178-181.

181 Cfr. AGRICOLA BARBI, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 59 y ss.

182 *Para proteger direito líquido e certo*, cit., 1ª parte, pp. 99 y ss.

183 *El juicio de amparo*, cit., pp. 291 y ss.

184 *Do mandado de segurança*, cit., pp. 60 y ss.

185 Cfr. Rafael DE PINA, *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales*, Anotado, México, 1961, pp. 19-20; Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Examen crítico del Código de Procedimientos Civiles de Chihuahua*, Chihuahua, 1959, p. 33.

del juicio de amparo, pues ya se ha visto que la protección constitucional no puede solicitarse en virtud de un interés indirecto (*ver nota 155*).

6. b). *Autoridad demandada.* En el juicio de amparo la parte demandada está constituida por las *autoridades responsables*, y tienen este carácter, de acuerdo con lo establecido por el artículo 11 de la Ley Reglamentaria del Juicio Constitucional, las que dictan u ordenan, ejecutan o tratan de ejecutar la ley o el acto reclamado, lo que significa que existen dos clases de autoridades demandadas: las ordenadoras, o sean las que emiten la ley o el acto impugnados, y las ejecutoras, que pretenden aplicarlos en perjuicio del quejoso, por lo que pueden ser enjuiciadas a través del amparo todas las autoridades del país, desde los órganos fundamentales del Estado, como lo son el Congreso de la Unión y el Presidente de la República, hasta los funcionarios locales y municipales más modestos.<sup>186</sup>

Sin embargo, no pueden figurar como autoridades demandadas la Suprema Corte de Justicia ni los Ministros que la integran, ya que constituyen el órgano supremo de la Justicia Federal, ni tampoco los Tribunales Colegiados de Circuito y los Jueces de Distrito, cuando actúan como jueces de amparo (artículo 73, fracciones I y II de la Ley Reglamentaria).<sup>187</sup>

Tampoco pueden ser enjuiciadas las autoridades que ejercen funciones estrictamente políticas, como son las que tienen a su cargo atribuciones electorales, pues las fracciones VII y VIII del artículo 73 de la Ley Reglamentaria, establecen la improcedencia del juicio constitucional contra las resoluciones o declaraciones de presidentes de las casillas, juntas computadoras o colegios electorales, en materia electoral, y contra las resoluciones o declaraciones del Congreso Federal o de las Cámaras que lo constituyen, de las Legislaturas de los Estados o de sus respectivas Comisiones o Diputaciones Permanentes, en elección, suspensión o remoción de funcionarios, en los casos en que las Constituciones correspondientes les confieran la facultad de resolver soberana o discrecionalmente.<sup>188</sup>

186 En la tesis jurisprudencial número 180, página 361, del último Apéndice publicado del Semanario Judicial de la Federación, se establece que son autoridades responsables no solamente la autoridad superior que ordena el acto, sino también las subalternas que lo ejecuten o traten de ejecutarlo, y contra cualquiera de ellas procede el amparo.

187 Los Tribunales Unitarios de Circuito, que conocen únicamente en grado de apelación de los juicios ordinarios federales, y los Jueces de Distrito cuando intervienen en la resolución de los propios juicios ordinarios, pueden ser enjuiciados a través del amparo.

188 Esta limitación se explica en virtud de que en México no existe, como en Brasil, una jurisdicción electoral, sino que por el contrario, el artículo 60 de la Constitución Federal dispone que: "Cada Cámara (de Diputados y de Senadores) calificará las elecciones de sus miembros y resolverá las dudas que hubiese

Aun cuando la Ley Reglamentaria del Juicio Constitucional no contiene disposición expresa, la Suprema Corte ha estimado que no procede el amparo, por regla general, contra actos de los organismos públicos descentralizados, no obstante que tengan encomendada la realización de servicios públicos, por estimar que tales organismos, cuyo número se ha multiplicado extraordinariamente en los últimos tiempos debido a la creciente complejidad de los propios servicios públicos, carecen del carácter de autoridad<sup>189</sup> y sólo excepcionalmente se llega a otorgar legitimación pasiva a las instituciones descentralizadas, como ocurre con el Instituto Mexicano del Seguro Social, que tiene a su cargo la realización de funciones de previsión social, pues de acuerdo con su Ley Orgánica está facultado para determinar los créditos que deben cubrir los particulares, los cuales exige a través de la facultad económico-coactiva, por conducto de las autoridades fiscales.<sup>190</sup>

Por el contrario, el amparo mexicano nunca procede contra actos de particulares, aunque los mismos tengan autorización o concesión para la prestación de servicios públicos, y así lo ha establecido categóricamente la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia,<sup>191</sup> coincidiendo en parte con el mandato de seguridad y a diferencia de lo que ocurre con el amparo argentino, ya que la Suprema Corte del país del Sur, en el famoso caso "Kot" resuelto el 5 de septiembre de 1958, y que despertó apasionadas controversias, admitió la protección respecto de actos de particulares, aunque se trata más bien de grupos de presión.<sup>192</sup>

sobre ellas. Su resolución será definitiva e inatacable." Y este ha sido el principio que han seguido las Constituciones locales. — A su vez, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha establecido que los derechos políticos no pueden dar lugar al amparo, a no ser que el acto que se reclame pueda entrañar también infracciones a los derechos fundamentales del promovente, según las tesis 345 y 346, páginas 654 y 656 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación publicado en el año de 1955.

189 Cfr. Ignacio BURGOA, *El juicio de amparo*, cit., pp. 302 y ss.

190 La tesis jurisprudencial número 922, página 1804, del último Apéndice publicado del Semanario Judicial de la Federación expresa que a partir de la reforma del artículo 135 de la Ley del Seguro Social, que establece la facultad del Instituto del Seguro Social para determinar el monto de las aportaciones obrero-patronales que deben cubrirse para atender los servicios que presta, es de estimarse que el propio Instituto actúa como organismo fiscal autónomo y que, por tanto, tiene el carácter de autoridad para los efectos del amparo que contra él se interponga.

191 La tesis jurisprudencial número 36, página 97, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación publicado en el año de 1955, establece que los actos de particulares no pueden ser objeto del juicio de garantías, que se ha instituido para combatir los de las autoridades, que se estimen violatorios de la Constitución.

192 Sobre este aspecto peculiar del amparo argentino existe una amplísima bibliografía, pero nos limitaremos a citar los trabajos que explican la materia con mayor amplitud: Genaro B. CARRIÓN, *Recurso de amparo y técnica judicial*

*En relación con el mandato de seguridad* se advierte que el concepto que la ley, la doctrina y la jurisprudencia tienen del sujeto pasivo, o sea de la autoridad responsable (*coatora*), es mucho más amplio que el otorgado a la autoridad demandada en el juicio de amparo.

En efecto, el artículo 141, parágrafo 24, de la Constitución Federal vigente, expresa que el mandato procede: “sea cual fuera la autoridad responsable por ilegalidad o abuso de poder”, disposición que el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley Reglamentaria, núm. 1533, de 1951, extiende a los administradores o representantes de las entidades autónomas y de las personas naturales o jurídicas con función delegada del Poder Público, solamente por lo que se refiere a dichas funciones.<sup>193</sup>

En consecuencia, se ha otorgado el carácter de parte demandada no sólo a las autoridades propiamente dichas sino también a una serie de organismos descentralizados o de entidades concesionarias de servicios públicos, que de acuerdo con el derecho mexicano carecen del carácter de autoridad y contra las cuales no procede el amparo.<sup>194</sup>

La jurisprudencia del Brasil, partiendo del concepto sumamente lato de autoridad que consigna el legislador, ha otorgado legitimación pasiva a un conjunto de entidades que no son órganos del Estado, sino que inclusive podrían estimarse como particulares desde el punto de vista del amparo mexicano. Así, por ejemplo, los tribunales brasileños han reconocido legitimación pasiva en el mandato de seguridad a las organizaciones de abogados y a las corporaciones gremiales cuando lesionan los derechos de sus asociados, aunque se la han negado a los partidos políticos,<sup>195</sup> en cambio admiten como demandadas a empresas privadas concesionarias de servicios públicos, por considerar que tienen facultades delegadas del poder público.<sup>196</sup>

En consecuencia, y no obstante que el mandato de seguridad no procede contra actos de particulares, ya que uno de sus presupuestos fundamentales

(*análisis crítico del caso “Kot”*), Buenos Aires, 1959; Segundo V. LINARES QUINTANA, *Acción de amparo. Estudio comparado con el juicio de amparo de México y el mandato de seguridad de Brasil*, Buenos Aires, 1960, pp. 21 y ss.; Germán J. BIDART CAMPOS, *Derecho de Amparo*, Buenos Aires, 1961, pp. 40 y ss.

193 La ampliación de la legitimación pasiva a las entidades autónomas y concesionarios de servicios públicos proviene de la primera ley reglamentaria, o sea la número 191 de 16 de enero de 1936, parágrafo único de su artículo 1º, disposición que se reprodujo en el parágrafo segundo del artículo 319 del Código del Proceso Civil.

194 Cfr. CAVALCANTI, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 246-249.

195 Cfr. CASA DE RUI BARBOSA, *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, cit., tomo I, pp. 89 y ss.

196 Cfr. GALVÃO FILHO, *Dicionário de jurisprudência no mandado de segurança*, cit., p. 100.

radica precisamente en que el acto reclamado provenga de una autoridad pública o de organismos equiparados,<sup>197</sup> presupuesto que nuestro distinguido compatriota Alejandro Ríos ESPINOZA<sup>198</sup> califica de fundamento constitucional, como en Brasil se asimilan o equiparan con las autoridades públicas a los organismos descentralizados y personas que realizan servicios públicos concesionados, podemos situar al mandato de seguridad, por lo que ve al sujeto pasivo, en un lugar intermedio entre el amparo mexicano, que sólo se admite respecto de funcionarios y organismos dotados de imperio, y el amparo argentino que se endereza inclusive contra actos de particulares, aunque en realidad se trate de grupos de presión.

También existe mayor amplitud en la legitimación pasiva del mandato de seguridad en relación con el amparo mexicano, en cuanto se admite respecto de autoridades que realizan funciones de carácter estrictamente político, ya que como lo señala el tratadista Arnold WALD,<sup>199</sup> un acto político, por muy político que pueda ser, si afecta un derecho civil o político de un particular, puede ser enjuiciado ante las autoridades jurisdiccionales, y por este motivo se ha establecido una jurisdicción electoral, contra cuyos actos y resoluciones se admite expresamente el mandato, de acuerdo con las mismas disposiciones constitucionales (artículos 119, fracción VII, 180 y 181), mientras que según vimos con anterioridad, la Ley de Amparo, en su artículo 73, fracciones VII y VIII, establece la improcedencia del juicio constitucional contra actos provenientes de autoridades que realicen funciones electorales.<sup>200</sup>

Una cuestión que debemos señalar en relación con la autoridad demandada en el mandato de seguridad, es el relativo a si resulta necesario, de acuerdo con la legislación vigente, emplazar a la persona de derecho público interesada, como litis consorte necesaria de la autoridad responsable (*coautora*), estimada esta última como la que ordena, ejecuta o pretende ejecutar de manera inmediata, los actos impugnados. Por persona jurídica interesada debe entenderse la Unión, los Estados o los Municipios.<sup>201</sup>

El problema ha surgido en virtud de que la Constitución de 1946 no reprodujo la disposición consignada en el artículo 133, parágrafo 33, de la Carta Fundamental de 1934, que establecía la obligación de oír en el

197 Cfr. Othon SIDOU, *Para proteger direito líquido e certo*, cit., 1<sup>a</sup> parte, p. 98.

198 *Fundamentación constitucional del mandado de seguridad*, cit., N° 8.

199 En la obra publicada por la CASA DE RUI BARBOSA, *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, cit., tomo II, pp. 865 y ss., donde se señalan varios casos muy importantes en los cuales se discutieron problemas estrictamente políticos.

200 SIDOU, *Do mandado de segurança*, cit., p. 133, señala como una de las diferencias entre mandato y amparo, la procedencia del primero en materia política, que está prohibido respecto del segundo.

201 Cfr. CAVALCANTI, *Do mandado de segurança*, cit., p. 292.

proceso de mandato a la persona de derecho público interesada,<sup>202</sup> precepto que reglamentaron especialmente los artículos 8º y 9º de la Ley núm. 191 y el 322, fracción II, del Código del Proceso Civil, pero que naturalmente no contiene la Ley Vigente, núm. 1533 de 1951.

La doctrina está dividida sobre el particular, pues DE BUENO VIDIGAL<sup>203</sup> afirma que el Estado es el único titular del interés en litigio, y la autoridad responsable asume el papel de un sustituto procesal, ya que realiza la actividad necesaria para la defensa del interés ajeno, y por ello resulta indispensable el emplazamiento a la persona de derecho público correspondiente.

CAVALCANTI, por su parte, estima que de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 1533 que ordena se oiga al Ministerio Público, se establece en realidad, la asistencia jurídica de la persona jurídica de derecho público interesada, a la cual representa dicho Ministerio;<sup>204</sup> y éste parece ser también el criterio de CASTRO NUNES.<sup>205</sup>

Por el contrario, Ary Florencio GUIMARÃES considera que tanto la Constitución de 1946 como la Ley 1533 cambiaron el sistema anterior, y por tanto, en la actualidad sólo la autoridad responsable debe intervenir como sujeto pasivo del mandato de seguridad, pues el Ministerio Público de ninguna manera puede estimarse como defensor o representante de la propia persona de derecho público.<sup>206</sup>

Aunque nos consideramos incapacitados para tomar parte en la discusión, nos inclinamos a pensar que el sistema vigente implica un cambio de orientación que lo aproxima al régimen mexicano sobre el juicio de amparo. En efecto, de acuerdo con la legislación mexicana únicamente tiene el carácter de parte demandada la autoridad o autoridades responsables (artículo 5º, fracción II, de la Ley Reglamentaria), y no es preciso emplazar a la Federación, a los Estados o demás entidades autónomas, ya que la controversia se entabla directamente con los órganos de dichas entidades que han emitido o tratan de ejecutar los actos que se estiman ilegales o contrarios a la Carta Fundamental.

Este parece ser, al menos en apariencia, el criterio seguido por el legislador brasileño a partir de la Constitución de 1946, el cual nos parece más lógico que el anterior, ya que como lo ha hecho notar el ameritado jurista vienes Hans KELSEN, las obligaciones y derechos del Estado (y en un

202 Cfr. CAVALCANTI, *Las Constituciones de los Estados Unidos del Brasil*, cit., p. 434.

203 *Da imutabilidade dos julgados que concedem mandado de segurança*, cit., pp. 101 y 102.

204 *Do mandado de segurança*, cit., pp. 258 y ss.

205 *Do mandado de segurança*, cit., pp. 323 y ss.

206 *O Ministério Público no mandado de segurança*, cit., pp. 187 y ss.

régimen federal, los de las entidades autónomas) son obligaciones y derechos de los órganos estatales.<sup>207</sup> Sólo así podría explicarse la contradicción aparente denunciada por BURGOA en México y por SIDOU en Brasil, en el sentido de que el Estado pueda solicitar protección contra sí mismo, ya que no siendo la Unión ni las Entidades Federativas las titulares de obligaciones y derechos, sino sus órganos, éstos pueden, en determinadas condiciones, acudir a la garantía constitucional en defensa de sus derechos, siempre, claro está, que no se trate de derechos fundamentales de la persona humana, pero tanto el amparo como el mandato de seguridad tutelan una serie de derechos, inclusive de carácter social, que no pertenecen exclusivamente al individuo.

7. c) *Tercero interesado*. El tercero interesado, o sea aquél que tiene interés en la subsistencia de la situación derivada de la actividad o la omisión reclamadas, es considerado formalmente como parte en el juicio de amparo, según lo dispone el artículo 5º, fracción III, de la Ley Reglamentaria del Juicio Constitucional, que lo designa con la denominación de “tercero perjudicado”.<sup>208</sup>

No obstante que la Ley de Amparo señala tres clases de terceros perjudicados, en realidad podemos considerarlos en dos categorías: en los amparos judiciales o en los promovidos respecto de controversias seguidas en forma de juicio, los citados terceros asumen el papel de una verdadera parte, ya que han figurado en la relación procesal ordinaria, contradiciendo las pretensiones del quejoso.

En los casos en que el amparo funciona como un verdadero proceso, lo que ocurre tratándose de violaciones directas a preceptos constitucionales o respecto de actos provenientes de la administración activa, el tercero perjudicado no es una parte en el estricto sentido de su connotación procesal, sino que más bien debe estimarse como coadyuvante de las autoridades responsables y por eso la ley exige, como presupuesto de su legitimación procesal, que haya gestionado el acto que se reclama.<sup>209</sup>

El tercero interesado en el mandato de seguridad se encuentra aún en una etapa falta de precisión, pues la ley vigente, número 1533, no lo men-

<sup>207</sup> *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de Eduardo GARCÍA MÁYNÉZ, México, 1949, p. 210.

<sup>208</sup> La designación de “tercero perjudicado” no es apropiada desde el punto de vista de la técnica jurídica, porque no se trata de un extraño, ni del litigio, ni del proceso, pero esta denominación tiene un origen histórico derivado de la concepción clásica del amparo como un proceso de parte única dirigido exclusivamente a la defensa de la libertad individual frente a los órganos del Estado.

<sup>209</sup> Tesis jurisprudenciales números 1073 y 1074, páginas 1935 y 1939 del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación publicado en el año de 1955.

ciona, ni tampoco lo hacen los ordenamientos anteriores, y sólo la jurisprudencia ha llegado a admitir su intervención de acuerdo con el principio procesal que exige la citación de todos aquéllos que tienen interés en la decisión de la causa, otorgándole el derecho de impugnar la sentencia de mandato, en recurso extraordinario, cuando no se le ha llamado a juicio.<sup>210</sup>

Sin embargo, la doctrina más reciente ha procurado precisar la situación del tercero interesado. En el anteproyecto de Ley Reglamentaria formulado por el *Instituto dos Advogados Brasileiros*,<sup>211</sup> se le otorga únicamente el derecho de impugnar la sentencia de mandato cuando puede influir en su relación jurídica con las partes, pero sus redactores estimaron que no se justifica la intervención del propio tercero como coadyuvante de la autoridad responsable durante todo el curso del proceso (artículo 5º, parágrafo 1º). En el diverso proyecto de reformas a la ley vigente elaborado por Sidoú<sup>212</sup> se adopta una posición más liberal y se propone la redacción del artículo 10, en el sentido de que cuando en los informes rendidos por la autoridad responsable, el Juez tuviere conocimiento de que existe comunicación de interés pasivo en el derecho materia de la causa, capaz de perjudicar a tercero, mandará citar a los interesados dentro de veinticuatro horas, señalándoles un plazo de cinco días para contestar la demanda.

Por tanto, podemos concluir que la situación del tercero perjudicado en la legislación brasileña, ya sea como parte o como coadyuvante de la autoridad responsable, todavía no se ha fijado con claridad, mientras que en el amparo mexicano se le ha otorgado una categoría autónoma de sujeto procesal, pero todo ello como el resultado de una lenta evolución realizada por la jurisprudencia que sólo con posterioridad fue acogida por el legislador.<sup>213</sup>

8. d) *Ministerio Público*. El Ministerio Público es una institución sumamente compleja cuya naturaleza no pretenderemos desentrañar en esta ocasión, pues ha sido objeto de numerosos y profundos estudios de destacados procesalistas, que han intentado explicar sus diversos aspectos, sin resultados definitivos, y sin que todavía se haya alcanzado un concepto

210 CASA DE RUI BARBOSA, *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, cit., tomo II, pp. 794 y ss.

211 INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS, *Anteprojeto de lei do mandado de segurança*, cit., pp. 24 y 34.

212 *Projeto de reforma da Lei 1533 de 1951 sobre o mandado de segurança*, cit., art. 10.

213 Cfr. FIX ZAMUDIO, *Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana*, cit., p. 170, nota 131.

## MANDATO DE SEGURIDAD Y JUICIO DE AMPARO

57

unitario que abarque el conjunto disímil de funciones que las diversas legislaciones atribuyen al citado Ministerio.<sup>214</sup>

En esta oportunidad únicamente nos ocuparemos de la situación del Ministerio Público como sujeto procesal en el juicio de amparo y en el mandato de seguridad, en los cuales asume una función similar, según veremos a continuación.

La fracción IV, del artículo 5º de la Ley Reglamentaria del Juicio Constitucional asigna al Ministerio Público el carácter de parte en el juicio de amparo, pero esta designación no está justificada por las atribuciones que se otorgan a los representantes del propio Ministerio, los cuales no intervienen en la controversia en defensa de determinados intereses, sino que sus funciones se reducen estrictamente a la vigilancia, asesoramiento y equilibrio procesales, y por este motivo la jurisprudencia de la Suprema Corte lo ha calificado de *parte reguladora*,<sup>215</sup> en tanto que la doctrina lo designa como *parte equilibradora* de las pretensiones de las demás partes.<sup>216</sup>

En la práctica, no obstante que los artículos 113 y 157 de la referida Ley Reglamentaria establecen a cargo del Ministerio Público la obligación de vigilar tanto la prosecución de los juicios de amparo como la ejecución de las sentencias dictadas en ellos, su intervención real se ha reducido a la redacción de un dictamen, cuando estima que en el caso existe interés público, pues en caso contrario puede abstenerse de formular una opinión en el negocio, de acuerdo con el invocado artículo 5º, fracción IV, del mismo Ordenamiento.

La función que desempeña el Ministerio Público en el mandato de seguridad está regulada por el artículo 10 de la Ley 1533, que establece la necesidad de oír a su representante, lo que implica, de acuerdo con la autorizada opinión de Ary Florencio GUIMARÃES, que el citado representante del Ministerio Público carece del carácter de parte, pues sus atribuciones son funcionales y técnicas, ya que a través de sus dictámenes sugiere al Juzgador la manera más adecuada de la prestación jurisdiccional, realizando así una actividad fiscalizadora del proceso de acuerdo con el interés social y político de que sean bien aplicadas las normas legales.<sup>217</sup>

214 A este respecto pueden consultarse los fundamentales ensayos de Niceto ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, *El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias o dudosas*, sobretiro de los *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1957, pp. 70 y ss.; Rafael DE PINA, *El Ministerio Público en el proceso civil*, en *Temas de Derecho Procesal*, 2ª ed., México, 1951, pp. 169 y ss.

215 Tesis 626, páginas 986-987, del Apéndice al tomo LXXVI del Semanario Judicial de la Federación.

216 Cfr. Ignacio BURGOA, *El juicio de amparo*, cit., p. 310.

217 *O Ministério Público no mandado de segurança*, cit., pp. 182 y ss.

reiterar el acto reclamado (artículos 107 constitucional, fracción XVI, y 108 y 109 de la Ley Reglamentaria relativa).

También predomina el principio de investigación oficial en la fundamental institución de la *suplencia de la queja* (*ver nota 19*), que consiste en la facultad discrecional otorgada al Juez del amparo para corregir las deficiencias o errores en que hubiese incurrido el quejoso al formular su demanda. Este instrumento protector procede exclusivamente en los siguientes aspectos de la garantía constitucional mexicana: en materia penal y la de la parte obrera en materia de trabajo, cuando se encuentre que ha habido en contra del agraviado una violación manifiesta de la ley que lo ha dejado sin defensa, y en materia penal, cuando se le haya juzgado por una ley que no es exactamente aplicable al caso: así como cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (artículo 107 constitucional, fracción II, párrafos segundo y tercero, y 76 de la Ley Reglamentaria); y finalmente, por adición a la invocada fracción II del artículo 107 constitucional, según Decreto de 30 de octubre de 1962, publicado el 2 de noviembre siguiente, actualmente también procede la suplencia en materia agraria cuando se reclamen actos que tengan o puedan tener como consecuencia privar de la propiedad o posesión y disfrute de sus tierras, aguas, pastos y montes a los ejidos y a los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, o a los ejidatarios y comuneros.

El impulso oficial está consagrado expresamente en el artículo 157 de la Ley de Amparo, que establece que los jueces de Distrito deben cuidar de que los juicios de amparo no queden paralizados proveyendo lo que corresponda hasta dictar sentencia, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario. A partir de las reformas de 1951 se atenuó considerablemente este principio, al introducirse el sobreseimiento por inactividad procesal en los juicios de amparo en los cuales se consideró que no existe un interés público predominante, como son los que se enderezan contra actos de autoridades civiles o administrativas, quedando vigente en los demás sectores del amparo, e inclusive, de acuerdo con la mencionada reforma de 30 de octubre de 1962, se excluyó expresamente del citado sobreseimiento a los amparos agrarios en los cuales se afecten intereses de los núcleos de población.<sup>223</sup>

223 La parte conducente del párrafo cuarto de la fracción II del artículo 107 constitucional, quedó redactado de la siguiente manera: "...y no procederán el desistimiento ni la caducidad de la instancia (se pretendió decir, sobreseimiento del juicio por inactividad procesal), cuando se afecten derechos de los ejidos o núcleos de población comunal."

En cuanto al mandato de seguridad, se advierte desde luego que como se trata de una institución homogénea, los principios formativos del procedimiento son más definidos que en el amparo, aunque no por ello deja de observarse similitud con nuestra institución, en aquellos aspectos más ligados con el interés público.

El legislador brasileño, precisamente por la menor complicación del mandato, ha establecido un procedimiento verdaderamente sencillo y breve, con una concentración procesal eficaz, pues cuando menos en primera instancia, los plazos son muy breves, ya que de acuerdo con los artículos 7º, fracción I, y 10 de la Ley 1533, desde el mismo auto admisorio de la demanda se debe fijar un plazo de cinco días a las autoridades responsables, a partir del emplazamiento, para que rindan los informes necesarios,<sup>224</sup> concediéndose otros cinco días al Ministerio Público para formular su dictamen, y finalmente otros cinco al Juez para dictar sentencia.<sup>225</sup>

De manera más definida se advierte el predominio del principio inquisitivo sobre el dispositivo, ya que no existe la caducidad del proceso o de la instancia, por inactividad procesal, y además, de acuerdo con el artículo 12 de la propia Ley 1533, se establece un recurso *ex officio* respecto de la sentencia de primera instancia que concede el mandato, en tanto que el artículo 86 de la Ley de Amparo solamente admite la impugnación del fallo a petición de parte.<sup>226</sup>

Como no existe una jurisdicción especial para el mandato de seguridad, el legislador brasileño ha querido destacar la urgencia de su tramitación, y

224 Precepto muy semejante al establecido por el artículo 149 de la Ley de Amparo, que señala a las autoridades responsables un plazo de cinco días, prorrogables por otros cinco si la importancia del caso lo amerita, a juicio del Juez de Distrito, para rendir los informes con justificación que le son solicitados en el auto admisorio de la demanda.

225 El tratadista brasileño J. M. Othon Sibouy denuncia que los breves plazos del procedimiento de mandato no se respetan casi nunca, por el gran número de estos procesos que se tramitan ante los tribunales brasileños, proponiendo en el artículo 18 de su proyecto, que se establezca la imposibilidad de ampliar los citados plazos, facultándose al Presidente del Tribunal *ad quem* para avocarse al conocimiento de los mandatos que no se fallen en los plazos legales, tomando medidas disciplinarias contra las autoridades judiciales omisas, *Para proteger direito líquido e certo*, segunda parte, en “Revista de direito processual civil”, año II, vol. 3, enero-junio de 1961, pp. 141 y ss.

226 El legislador mexicano había adoptado, a partir de la segunda Ley de Amparo, o sea la de 20 de enero de 1869, el predominio del impulso judicial, puesto que todos los juicios de amparo eran de doble instancia, la primera ante los Jueces de Distrito, y el segundo grado ante la Suprema Corte de Justicia, mediante una revisión de oficio; pero este carácter inquisitivo fue atenuado por la Ley de 18 de octubre de 1919, que estructuró el amparo en la doble categoría procedural de juicios de única o de doble instancia, pero en todo caso, el segundo grado sólo se abre mediante recurso a petición de parte, que es el régimen que establece la Ley vigente en su artículo 86.

por este motivo el artículo 17 de la referida Ley 1533 establece que los procesos de mandato tendrán prioridad sobre todos los actos judiciales, salvo el *habeas corpus*.

Finalmente, el juez está dotado de facultades discrecionales muy amplias cuando conoce de los procesos de mandato, tanto por lo que ve a la suspensión de los actos impugnados (artículo 7º, fracción II), como en cuanto a la ejecución del fallo, ya que se concede a los Presidentes del Supremo Tribunal Federal, del Tribunal Federal de Recursos, o del Tribunal de Justicia respectivo, la facultad de ordenar al juez del conocimiento, la suspensión de la ejecución de la sentencia protectora (artículo 13).<sup>227</sup>

De lo expuesto brevemente es posible inferir que tanto en el mandato como en el juicio de amparo predominan el principio oficial sobre el dispositivo; que existe la tendencia, más marcada en la institución brasileña, hacia la brevedad y concentración del procedimiento, otorgándose al Juzgador en ambos procesos, amplios poderes discretionarios para dirigir el procedimiento, especialmente por lo que ve al otorgamiento de las medidas precautorias y la ejecución de los fallos protectores.

Apreciamos, sin embargo, una diferencia por lo que respecta al plazo preclusivo para interponer la demanda. En el juicio de amparo, el artículo 21 de su Ley Reglamentaria, ha establecido un plazo genérico de quince días hábiles contados a partir del siguiente en que el quejoso tenga conocimiento de los actos reclamados,<sup>228</sup> mientras que el artículo 18 de la Ley 1533 preceptúa que el derecho de requerir mandato de seguridad se extingue, transcurridos ciento veinte días a partir del conocimiento, por el interesado, del acto impugnado.<sup>229</sup>

227 El referido jurisconsulto brasileño Othon Sidou ha puesto de relieve la ausencia de una disposición que establezca la obligación concreta de la autoridad responsable de cumplir, inclusive por medios coactivos, la sentencia que otorga la protección, precepto que existía en los artículos 1º, parágrafo único de la Ley N° 191, y 327 del Código del Proceso Civil, y propone en el artículo 12 de su proyecto, un sistema similar al establecido por la Ley de Amparo mexicana para la ejecución de las sentencias de amparo, *Para proteger direito líquido e certo*, segunda parte, cit., pp. 136-137.

228 En el artículo 22 se establecen términos diversos para situaciones especiales, y así se conceden treinta días para combatir las leyes autoaplicativas, y cuando existe falta de emplazamiento en asuntos del orden civil, se otorgan noventa y cien ochenta días, respectivamente, a los interesados que residan dentro o fuera del país, para acudir al amparo, y finalmente los actos que importen privación de la vida, ataques a la libertad personal, deportación, destierro, cualquiera de los actos prohibidos por el artículo 22 constitucional, o la incorporación forzosa al servicio del ejército o la armada nacionales, pueden impugnarse en cualquier tiempo.

229 Este plazo es tradicional en el mandato de seguridad, ya que fue establecido por el artículo 3º de su primera Ley Reglamentaria, o sea la número 191 de 16 de enero de 1936, y se consagró también en el artículo 331 del Código Procesal Civil.

10. *Influencia y compenetración recíprocas.* Una gran parte de los tratadistas brasileños reconocen la influencia que ha ejercido el amparo mexicano, así sea indirectamente, en la creación del mandato de seguridad, ya que nuestra garantía constitucional, conjuntamente con los *writs* anglo-americanos, especialmente el *mandamus* y el *injunction*, y los recursos administrativos franceses, sirvieron de inspiración externa para modelar la institución brasileña.<sup>230</sup>

Es significativo que dos publicistas que influyeron decisivamente en la configuración del mandato, o sean el Ministro Edmundo MUNIZ BARRETO, en su ponencia al Congreso Jurídico de 1922,<sup>231</sup> y el diputado Gudesteu PIRES, en la Exposición de Motivos de su proyecto presentado ante la Cámara de Diputados en 1926,<sup>232</sup> se refieren expresamente al amparo mexicano como uno de los modelos en que debía inspirarse la nueva institución que pertendía establecerse en su país.<sup>233</sup>

También debe señalarse la circunstancia de que un sector importante de la doctrina jurídica brasileña se ha preocupado, en los últimos años, por realizar un estudio sobre el juicio de amparo mexicano en sus trabajos sobre el mandato de seguridad,<sup>234</sup> e inclusive se han formulado monografías de carácter comparativo que analizan con profundidad los diversos aspectos de ambas instituciones, como son las redactadas por los ameritados jurisconsultos Alfredo BUZAID<sup>235</sup> y J. M. Othon SIDOU,<sup>236</sup> lo que nos in-

230 Cfr. Phanor J. EDER, *Judicial Review in Latin America*, sobretiro de "Ohio State Law Journal", otoño de 1960, volumen 21, N° 4, p. 581; CASA DE RUI BARBOSA, *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, cit., tomo I, pp. 41-46; Arnold WALD, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 67 y ss.; DE ANDRADE, *Do mandado de segurança*, cit., p. 332.

231 Ponencia que se encuentra transcrita en la obra de CAVALCANTI, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 335 y ss., especialmente p. 337; ESTELITA, *Mandado de segurança contra ato jurisdiccional*, cit., p. 229; CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 20-22.

232 Cfr. CAVALCANTI, *op. ult. cit.*, pp. 63 y ss., especialmente p. 355.

233 No resulta inútil señalar que el tratadista español Manuel FRAGA IRIBARNE utiliza el término *mandamiento de amparo*, para designar a la institución brasileña, en su traducción de la Ley Suprema de 1946, que figura en el libro de CAVALCANTI, *Las Constituciones de los Estados Unidos del Brasil*, cit., pp. 583 y ss.

234 Cfr. CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 59 y ss.; CAVALCANTI, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 33 y ss.; Arnold WALD, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 80 y ss.; CASA DE RUI BARBOSA, *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, cit., tomo I, pp. 41-44; AGRICOLA BARBI, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 17 y ss.

235 *Juicio de amparo e mandado de segurança, (Contrastes e confrontos)*, en "Actas del Primer Congreso Mexicano y Segundas Jornadas Latino-Americanas de Derecho Procesal", México, 1960, pp. 107-150.

236 *O juicio de amparo (subsídios ao estudo do mandado de segurança no direito comparado)*, Recife, 1958, 47 pp.

dica el ascendiente y el prestigio que ha llegado a adquirir nuestro amparo ante los ojos de los cultivadores del mandato de seguridad.

Este influjo no implica que los juristas brasileños tengan la intención de realizar una copia o trasplante de nuestra máxima institución procesal, como tampoco los mexicanos hemos tenido el propósito, al reconocer la influencia del derecho angloamericano sobre nuestro amparo, de realizar una simple adaptación de la *judicial review* y de los *writs* anglosajones.

Ambas instituciones, la mexicana y la brasileña, son profundamente nacionales, porque no obstante haber tomado las ideas libertarias de otros países, las han transformado esencialmente en el crisol de su nacionalidad, conformándolas de acuerdo con las necesidades y aspiraciones de sus pueblos respectivos.

En tal virtud, no puede hablarse de preeminencia, de valimiento o de supremacía, de una garantía constitucional sobre la otra, pero sí de una compenetración recíproca, aprovechando las mutuas conquistas alcanzadas en los dos países americanos. Por este motivo, varios destacados jurisconsultos del gran país del Sur, aunque advierten que con posterioridad a la creación del mandato, el amparo mexicano ha ejercido poca influencia en las leyes reglamentarias de la institución brasileña, reconocen que la experiencia de más de un siglo de aplicación puede suministrar conceptos atractivos en la evolución del mandato.<sup>237</sup>

Existe un adagio español según el cual: "Más sabe el diablo por viejo que por diablo", y por ello podemos afirmar que el amparo mexicano puede aportar a los estudiosos brasileños un acervo de conceptos, que la práctica se ha encargado de ir depurando a través de más de un siglo de una jurisprudencia que ha ido afinando lenta, pero seguramente, los contornos de la institución mexicana.

Lo cierto es que se advierte esta influencia del amparo en los anteproyectos de Ley Reglamentaria del mandato de seguridad formulados tanto por el *Instituto dos Advogados Brasileiros* en el año de 1960, y más particularmente en el redactado por el jurisconsulto J. M. Othon SIDOU, en el año de 1959, pues incorporan algunas de las experiencias del amparo, fundamentalmente las relativas a la impugnación de leyes auto-aplicativas, el régimen de las providencias precautorias y al cumplimiento de la sentencia que otorga la protección.

A su vez, el mandato de seguridad brasileño, que como hemos visto opera fundamentalmente en el campo de la Administración, puede inyectar sangre nueva y vigorosa en nuestro amparo administrativo, que como hicimos

237 Cfr. AGRICOLA BARBI, *Do mandado de segurança*, cit., p. 17; J. M. Othon SIDOU, *Do mandado de segurança*, cit., p. 28.

notar en su oportunidad, adolece de graves deficiencias en ausencia de un verdadero proceso que le sirva de antecedente (si exceptuamos la materia fiscal), y por ello resultaría sumamente útil aprovechar la magnífica experiencia que ha logrado el mandato en su corta pero fructífera y brillante existencia.

Infortunadamente, los juristas mexicanos han prestado poca atención al florecimiento del mandato de seguridad, ya que en las monografías sobre el juicio de amparo no se consagra, contrastando con la actitud de los tradidistas brasileños, un capítulo sobre la institución brasileña.

Sin embargo, los excelentes y documentados trabajos redactados especialmente para el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, celebrado en la hermosa ciudad de São Paulo en el mes de septiembre de 1962, por el ilustre jurisconsulto español Niceto ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO<sup>238</sup> y por nuestro compatriota el distinguido jurista Alejandro Ríos ESPINOZA<sup>239</sup> tienen el propósito, como también este modesto estudio, de lograr una mayor comprensión para las dos instituciones jurídicas que analizamos.

Podemos por tanto afirmar, que el intercambio que tan noblemente nos han ofrecido los jurisconsultos brasileños con sus estudios sobre el amparo, se ha iniciado ya en nuestra patria en la que se ha encendido el entusiasmo por el examen de la admirable institución del mandato de seguridad, pues los mexicanos nos sentimos hermanados con los habitantes del gran país amazónico, en la lucha constante y perenne por la conquista de las libertades ciudadanas, lucha en la cual el amparo mexicano y el mandato de seguridad brasileño constituyen instrumentos preciosos y eficaces, que si no guardan estrecha semejanza en su estructura jurídica, sí se encuentran muy próximos por su estrecha afinidad espiritual, ya que en ambos procesos se pretende esencialmente la tutela de los derechos fundamentales del hombre a través de un procedimiento sumario y breve, enderezado contra los actos inconstitucionales o ilegales de cualquier autoridad.

11. *Conclusiones.* De la exposición un tanto superficial que hemos hecho sobre las semejanzas y diferencias entre el juicio de amparo mexicano y el mandato de seguridad brasileño, podemos extraer las siguientes conclusiones:

a) El *juicio de amparo mexicano posee una mayor complejidad procesal*, en cuanto comprende cuatro aspectos diversos, o sea que funciona como instrumento protector de los derechos fundamentales de la persona humana;

238 *El mandato de seguridad brasileño, visto por un extranjero*, cit.

239 *Fundamentación constitucional del mandato de seguridad*, cit.

como medio para combatir leyes inconstitucionales; como recurso de casación, y como impugnación de los actos de la administración activa; en tanto que el mandato de seguridad brasileño tiene una estructura unitaria, realizando su función tutelar, normalmente respecto de actos gubernativos de cualquier autoridad y sólo de manera excepcional, respecto de resoluciones jurisdiccionales o disposiciones legislativas.

b) De todos los aspectos de la institución mexicana, aquel que guarda mayores puntos de contacto con el mandato de seguridad, es el *amparo administrativo*, puesto que ambas instituciones coinciden como medios de impugnación contra actos de la administración activa que afecten derechos individuales, tanto de carácter constitucional como legal, así como contra resoluciones dictadas por tribunales administrativos.

c) Por lo que se refiere a su *naturaleza*, el *amparo configura genéricamente un medio de impugnación*, que funciona como *proceso autónomo* cuando tutela los derechos fundamentales de la persona humana, protege a los habitantes del país contra leyes inconstitucionales, o defiende a los particulares frente a los actos de la administración activa, y como *recurso extraordinario*, cuando se endereza contra resoluciones judiciales; en tanto que el *mandato constituye un proceso administrativo de carácter extraordinario* para la tutela rápida y eficaz de los derechos ciertos e indiscutibles de los particulares contra la ilegalidad o abuso de poder de cualquier autoridad. Por otra parte, ambas instituciones asumen, desde el punto de vista jurídico-político, el carácter de verdaderas *garantías constitucionales*, en cuanto están encaminadas hacia la defensa de los derechos fundamentales de la persona humana y el equilibrio entre los órganos supremos de la Constitución.

d) En cuanto a su *estructura procesal*, tanto el amparo como el mandato se aproximan en su doble aspecto de protección *constitucional y legal* de los derechos de los particulares frente a cualquier autoridad, pero en cambio, fuera de los casos excepcionales en que procede contra resoluciones jurisdiccionales, la institución brasileña constituye un proceso autónomo e independiente, mientras que el amparo asume el doble aspecto de proceso y recurso, según se expresó con anterioridad.

e) No existe una jurisdicción especial de mandato, ya que está encuadrado a los tribunales ordinarios, en tanto que el amparo sólo puede ser conocido por el Poder Judicial Federal y, por otra parte, la regla fundamental de competencia en la institución brasileña, con excepción de la ma-

teria electoral, se apoya en la naturaleza y jerarquía de las autoridades demandadas, mientras que en el derecho mexicano se toma en cuenta, principalmente, la naturaleza del acto reclamado y sólo en segundo término, el carácter federal o local de las autoridades responsables.

f) El *quejoso o agraviado* en el amparo es la persona jurídica, individual o colectiva, generalmente de carácter privado, pero en algunos casos también organismo público, que sufre un perjuicio jurídico personal y directo, actual o inminente, por la actividad u omisión constitucional o ilegal de cualquier autoridad, en tanto que el *impetrante* del mandato de seguridad, es la persona afectada en sus derechos fundamentales en forma actual o inminente, por ilegalidad o abuso de poder.

Aunque la doctrina no lo ha precisado claramente, existe la plena autonomía de las acciones procesales de amparo y de mandato, en relación con el derecho subjetivo público que pretende hacerse valer.

Las diferencias esenciales que observamos por lo que respecta al sujeto activo, radican en la mayor extensión de la titularidad de la acción de amparo en beneficio de los organismos públicos, cuando se afecta su patrimonio (artículo 9º de la Ley Reglamentaria), en tanto que en Brasil se discute apasionadamente esta legitimación, que ha sido admitida por la jurisprudencia, pero no en forma tan amplia; por otra parte, el artículo 3º de la Ley 1533, reglamentaria del mandato de seguridad, admite la sustitución procesal conocida en la práctica judicial mexicana con la denominación impropia de “acción oblicua” o “acción subrogatoria”, mientras que el amparo no puede solicitarse en virtud de un interés indirecto; y finalmente, la jurisprudencia mexicana ha reconocido a las agrupaciones gremiales, la facultad de intervenir en defensa de los derechos individuales de sus asociados, en tanto que los tribunales brasileños sólo admiten la actuación de tales corporaciones cuando se trata de ejercitar derechos colectivos.

g) En el derecho mexicano el concepto de *autoridad* que consigna la Ley Reglamentaria es más estricto que en el Brasil, ya que no pueden figurar como demandados los organismos descentralizados de carácter público, en tanto que la jurisprudencia brasileña ha otorgado legitimación pasiva a un conjunto de entidades que no son órganos del Estado, sino que inclusive podrían considerarse como particulares desde el punto de vista del amparo, como son las corporaciones gremiales y las empresas concessionarias de servicios públicos, y por este motivo podemos afirmar que el mandato de seguridad se encuentra situado en un lugar intermedio entre la institución mexicana y el amparo argentino, pues este último se ha

extendido respecto de actos de particulares, aunque se trate más bien de grupos de presión.

h) El *tercero perjudicado*, o sea la persona interesada en la subsistencia de los actos impugnados, se encuentra mejor delineado en el derecho mexicano, en el cual se le ha otorgado la categoría autónoma de sujeto procesal, mientras que en el mandato de seguridad su situación no se ha fijado con claridad, y solamente se le ha tomado en cuenta en los proyectos legislativos más recientes.

i) La situación del *Ministerio Público* es similar en ambas instituciones, pues no obstante que la Ley de Amparo le asigna la calidad de parte (artículo 5º, fracción IV), en realidad no constituye una parte en sentido material o formal, sino que su función es de asesoramiento y fiscalización de los restantes sujetos de la relación jurídico procesal, a través de una actividad equilibradora.

j) Se advierte en ambos procesos el predominio del principio de impulso oficial sobre el dispositivo, con la tendencia más marcada en la institución brasileña, hacia la brevedad y concentración del procedimiento; otorgándose en los dos países, amplios poderes discrecionales al juzgador para dirigir el procedimiento, especialmente por lo que ve al otorgamiento de las medidas precautorias y la ejecución de los fallos protectores, aunque se advierte una clara divergencia respecto al plazo preclusivo para interponer la demanda, que es de ciento veinte días en el mandato (artículo 18 de la Ley 1533), mientras que sólo llega a quince días hábiles el otorgado genéricamente por la Ley de Amparo (artículo 21, con las excepciones que consigna el artículo 22), contados ambos a partir del conocimiento del acto por el afectado.

k) Es posible señalar la compenetración recíproca de las dos garantías constitucionales, pues se ha reconocido al amparo una influencia, al menos indirecta, en la creación del mandato de seguridad, además de que la antigüedad centenaria de la garantía constitucional mexicana puede ser útil, por su mayor experiencia, a la joven institución amazónica, mientras que el mandato puede renovar y prestar nuevos bríos al amparo administrativo, ya que la institución brasileña se ha desarrollado vigorosamente en el campo de la Administración.

El análisis comparativo de las dos instituciones procesales, que fue promovido primeramente por los jurisconsultos brasileños, ha iniciado un diá-

logo fecundo entre los estudiosos de México y Brasil, que se encuentran hermanados espiritualmente en la defensa jurídica de la libertad.

Héctor FIX-ZAMUDIO  
Investigador del Instituto  
de Derecho Comparado de México.



## PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES DEL MANDATO DE SEGURIDAD \*

SUMARIO: 1. *Artículo 113, inc. 3, de la Constitución de 1934.* 2. *Artículo 141, inc. 24, de la Constitución vigente de 1946 y artículo 1º de la Ley núm. 1533.* 3. PRIMER PRESUPUESTO: "Derecho líquido y cierto". "Derecho cierto e incontestable" y "Derecho líquido y cierto". 4. "Derecho líquido y cierto" a través de su interpretación histórica. *Opiniones de Castro Nunes, B. Cavalcanti y de Bueno Vidigal. Jurisprudencia.* 5. SEGUNDO PRESUPUESTO: "Habeas corpus"" y Mandato de Seguridad. *Delimitación de sus campos de aplicación. Opiniones de Seabra Fagundes, Castro Nunes y Agricola Barbi. Conclusión.* 6. TERCER PRESUPUESTO: Sujeto activo. *Restricciones al "interés en la acción".* 7. CUARTO PRESUPUESTO: Temporalidad. *Violación actual e inminente.* 8. QUINTO PRESUPUESTO: Sujeto pasivo. *Mandato de Seguridad contra actos del Poder Ejecutivo.* 9. *Mandato de Seguridad contra actos del Poder Legislativo.* 10. *Mandato de Seguridad contra actos del Poder Judicial.* 11. SEXTO PRESUPUESTO: Illegalidad o abuso de poder.

1. Fue en la Constitución de 16 de julio de 1934, donde por primera vez se creó el mandato de seguridad, dentro de las instituciones jurídicas de Brasil, como resultado final de un largo y penoso camino por encontrar la garantía idónea y efectiva que asegurase a los particulares sus derechos subjetivos públicos contra los actos ilegales y los abusos del poder público.

Estableció aquella Constitución en su artículo 113, inciso 33:

"Se otorgará mandato de seguridad para la defensa de derecho cierto e incontestable, amenazado o violado por acto manifiestamente inconstitucional o ilegal de cualquier autoridad. El proceso será el mismo del *habeas corpus*, debiendo ser siempre escuchada la persona de derecho público interesada. El mandato no perjudicará las acciones petitarias competentes."

\* Ponencia presentada al Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal y III Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal efectuados en São Paulo, Brasil, del 1º al 14 de septiembre de 1962. Capítulo IV de la monografía en preparación: *Amparo y mandato de seguridad.*

Como lo indica AGRICOLA BARBI,<sup>1</sup> esta redacción encerró y concilió las diversas corrientes doctrinales que trataban de crear ya un habeas corpus civil o instituir una extensión de la posesión de los derechos personales.

El inciso constitucional fue reglamentado por la Ley N° 191, de 16 de enero de 1936 que concedió la procedencia del mandato para todos los casos generales de defensa a que se refiere el propio inciso, salvo cuando se tratase de la libertad de locomoción, exclusivamente, de acto en que procediese recurso administrativo con efecto suspensivo, independiente de caución, fianza o depósito, de cuestión puramente política y de acto disciplinario (artículo 4º).

El mandato de seguridad sufrió algunas restricciones por el Decreto Ley N° 6 de 16 de noviembre de 1937, al prohibirse su procedencia contra actos del presidente de la república, ministros de Estado, gobernadores e interventores. Fue totalmente suprimido en la Carta Constitucional de ese mismo año y su vigencia quedó regulada ordinariamente en el Código de Procedimiento Civil de 1939.

2. La Constitución vigente de 18 de septiembre de 1946, dispone en su artículo 141, inciso 24:

*“Para proteger derecho líquido y cierto, no amparado por habeas corpus, se concederá mandato de seguridad, sea cual fuere la autoridad responsable por la ilegalidad o abuso de poder.”*

Este inciso se encuentra actualmente reglamentado por la Ley N° 1533 de 31 de diciembre de 1951, que vino a alterar las disposiciones del Código de Procedimiento Civil de 1939 relativas al mandato de seguridad. Dispone sustancialmente en su artículo 1º:

*“Art. 1º Se concederá mandato de seguridad para proteger derecho líquido y cierto, no amparado por habeas corpus, siempre que, ilegalmente o por abuso de poder, alguien sufra violación o tenga justo rececho de sufrirla, por parte de autoridad, sea de la categoría que fuere o sean cuales fueren las funciones que ejerza.”*

En consecuencia, a fin de examinar la fundamentación constitucional del mandato de seguridad y sólo tomando del artículo 1º de la ley reglamentaria el elemento de temporalidad (de la violación actual o inmediata)

1 Celso AGRICOLA BARBI, *Do mandado de segurança*. Belo Horizonte, 1961, p. 37.

nente), debemos analizar los siguientes elementos estructurales del inciso constitucional:

- A) “Derecho líquido y cierto”.
- B) “Habeas Corpus” y mandato de seguridad.
- C) Sujeto activo de la relación procesal.
- D) Temporalidad. Violación actual o inminente.
- E) Sujeto pasivo de la relación procesal.
- F) Ilegalidad o abuso de poder.

3. El primer presupuesto constitucional que se nos presenta es el de *derecho líquido y cierto*,<sup>2</sup> el cual, aunque parece un concepto claro y preciso, ha sido el punto de partida de una larga serie de polémicas doctrinarias y de tesis jurisprudenciales contradictorias.<sup>3</sup>

Originariamente la doctrina y los jueces usaron la expresión de “derecho incontestable, líquido y cierto” y ello desde mucho tiempo antes de la creación del mandato de seguridad. Fue Pedro LESSA quien la introdujo en las sentencias de habeas corpus del Supremo Tribunal<sup>4</sup> y fue quien en 1915, cuando defendió su tesis de la extensión del habeas corpus en contra de cualquier coacción o constreñimiento a la libertad individual y no únicamente a la libertad de locomoción,<sup>5</sup> afirmó que este recurso era “de mera declaración de derechos incontestables, ciertos, líquidos” y que “averiguado que el derecho intentado es discutible, incierto, es vedado al juez dirimir la cuestión relativa a ese derecho en

2 Expresión semejante al de “derecho cierto e incontestable” del artículo 113, inciso 33, de la Constitución de 1934.

3 Lo mismo aconteció con el concepto de “derecho cierto e incontestable”, de la citada Constitución de 1934, por lo cual se trató de encontrar y de expresar con mayor claridad el concepto por el Constituyente de 1946, y así lo cambió por el de “derecho líquido y cierto”. En la opinión de M. SEABRA FAGUNDES, este cambio no trajo ninguna ventaja, por lo que se han presentado las mismas controversias. Cita de Luis Eulálio DE BUENO VIDIGAL, *Da Inmutabilidade dos Julgados que concedem mandado de segurança*, São Paulo, 1953, p. 142.

4 Temístocles BRANDÃO CAVALCANTI, *Do mandado de segurança*, 4<sup>a</sup> ed., Río de Janeiro, 1957, p. 126.

5 Esta extensión del habeas corpus para la defensa de todos los derechos subjetivos públicos, inclusive para amparar derechos políticos, fue también defendida por el insigne RUY BARBOSA y significa una de las etapas que procedieron al mandato de seguridad en la búsqueda de encontrar un remedio adecuado e idóneo que defendiese aquellos mismos derechos contra las arbitrariedades del poder público. Cfr. Melchiades PICANÇO, *Mandado de segurança*, Río, 1937, pp. 9 y 10.

el proceso del *habeas corpus*, sin forma ni figura de juicio, sin las garantías jurisdiccionales que ofrece el procedimiento contencioso".<sup>6</sup>

Durante el Congreso Jurídico de 1922, el Ministro del Supremo Tribunal Federal, Edmundo MUÑIZ BARRETO,<sup>7</sup> presentó la conocida tesis de que debería crearse un instituto procesal que reintegrase inmediatamente los derechos violados no protegidos por *habeas corpus*. Así afirmó: "De lo que necesitamos es de un instituto semejante al recurso de amparo, creado en México, con procedimiento, sin embargo, más sumario, que comprenda tanto la agresión al derecho que provenga ya de la autoridad pública como de la proveniente de acto privado. Expuesto el hecho en la petición, probado con documentos que hagan prueba absoluta y citada la ley que se dice violada, con ese hecho, el juez mandará que el iniciado ofensor responda en plazo breve, instruyendo la respuesta con los instrumentos que tuviere. Como si se tratase de un proceso de *habeas corpus*, el juez juzgará sin demora la causa. Si verificare que el derecho alegado no es *cierto y líquido* o que el hecho no está probado, mandará que el requeriente recurra a los jueces comunes".

Vino la Reforma Constitucional de 1926, que no creó ningún remedio procesal que protegiese los derechos no amparados por *habeas corpus* y vuelto el clamor nacional contra aquella omisión, se presentaron en la Cámara de Diputados, entre otros, los Proyectos de Gudesteu PIRÉS y de Odilón BRAGA, que también incluyeron el término *derecho líquido y cierto*.<sup>8</sup>

Quien señaló nuevamente la expresión de *derecho incontestable*, fue João MANGABEIRA, en su Anteproyecto de la Comisión de Relaciones Exteriores. Al crearse el mandato de seguridad en la Constitución de 1934, se optó por la expresión de *derecho cierto e incontestable*<sup>9</sup> que más tarde fue sustituido por la de *derecho líquido y cierto*, en la Constitución vigente de 1946.<sup>10</sup>

4. Creado el mandato de seguridad en 1934, como ya apuntamos, la interpretación del concepto *derecho cierto e incontestable*, vino a ser el elemento más impreciso y por ello más analizado del nuevo instituto, ya que, según Melchiades PICANÇO, "no existen normas fijas ni ley, capaces de determinar lo que sea derecho cierto e incontestable..., y nadie expli-

6 *Do Poder Judiciario*, Río, 1915, pp. 345 y 346.

7 Cita de BUENO VIDIGAL, *Op. cit.*, pp. 41 y 42.

8 AGRICOLA BARBI, *Op. cit.*, p. 51.

9 Art. 113, inc. 33 de la Constitución de 1934; art. 1º de la Ley N° 191 de 1936 y artículo 319 del Código de Procedimiento Civil de 1939.

10 Artículo 141, inc. 24; art. 1º de la Ley N° 1533.

cará, con todo, de manera completa, perfecta, irrepreensible, clara, modelar, lo que sea...”<sup>11</sup> aquel concepto.

De esta manera surgieron diversas interpretaciones de la doctrina y de la jurisprudencia, entre las cuales destacó la del Ministro CASTRO MANSO, que en célebres votos manifestara:<sup>12</sup>

“El derecho cierto e incontestable de que habla la Constitución (de 1934), no es el derecho objetivo. Es el derecho subjetivo. Es preciso que el requirente demuestre con certeza el hecho en que se funda. La norma jurídica es siempre cierta e incontestable.”<sup>13</sup>

“Quien requiere el mandato defiende su derecho, esto es, el derecho subjetivo, reconocido o protegido por la ley. El derecho subjetivo, el derecho del particular, es constituido por una relación entre la ley y el hecho. La ley, sin embargo, es siempre cierta e incontestable. El hecho es el que el peticionario debe tornar cierto e incontestable para obtener el mandato de seguridad. El derecho será declarado y aplicado por el juez, que echará mano de los procesos de interpretación establecidos por la ciencia, para esclarecer los textos oscuros o armonizar los contradictorios. Sería absurdo admitir que se declare el juez incapaz de resolver de plano el litigio bajo el pretexto de existir preceptos legales esparcidos, complejos o de inteligencia difícil o dudosa. Así, desde el momento en que el hecho sea cierto e incontestable, resolverá el juez la cuestión de derecho, por más intrincada y difícil que se presente para conceder o denegar el mandato de seguridad.”<sup>14</sup>

CASTRO NUNES no estuvo acorde con la interpretación del ministro CASTRO MANSO, que él sintetiza en la expresión de que “si es cierto el hecho, cierto será el derecho, porque cierta es siempre la ley”, pues en su concepto, “cierto será el derecho si fuere cierto el hecho y cierto el fundamento legal” o en otras palabras, para dicho autor, no sólo debería demostrarse la evidencia e indiscutibilidad del derecho violado, sino que también debería ser manifiesta la ilegalidad del acto impugnado, de conformidad con el dispositivo constitucional.<sup>15</sup> “Fundado en la práctica norteamericana —nos dice AGRICOLA BARBI<sup>16</sup>— sustentó que solamente se podría conceder el mandato de seguridad cuando existiese *deber legal* de la autoridad de realizar o no realizar el acto y ese deber ha de existir en la ley

11 *O.p. cit.*, pp. 34 a 36.

12 Cita de CASTRO NUNES, in: *Do mandado de segurança*, 6<sup>a</sup> ed., Río-São Paulo, pp. 92 y 93.

13 Recurso Extraordinario N° 2654, Arquivo Judiciario, vol. 43, p. 111. Cita de CASTRO NUNES, *O.p. cit.*, pp. 92 y 93.

14 *Mandado de segurança*, N° 33, Arquivo Judiciario, vol. 41, p. 10. Cita de CASTRO NUNES, *O.p. cit.*, pp. 92 y 93.

15 *O.p. cit.*, pp. 92 y 93.

16 *O.p. cit.*, p. 54.

de manera inequívoca. Si la ley es obscura o se presta razonablemente a más de un entendimiento, no se puede obligar a la autoridad a practicar o abstenerse de practicarlo. De ahí su categórica afirmación de que es por la *evidencia* del deber legal de la autoridad que se *mide* la calificación de certeza e incontestabilidad.”

Este mismo autor opina que la razón no estaba con ninguno de dichos jurisconsultos, pues dice que aunque CASTRO MANSO definió perfectamente el concepto de “derecho cierto e incontestable”, olvidó que además de estas características la Constitución y la ley exigían que la lesión o amenaza proviniese de acto manifiestamente ilegal o constitucional. Por su parte, “el equívoco de CASTRO NUNES, fue incluir el requisito de manifiesta ilegalidad como elemento para definición de certeza e incontestabilidad del derecho”, ya que “la mayor o menor evidencia de ilegalidad nada tiene que ver con la certeza del derecho o con su inconstitucionalidad”.<sup>17</sup> La Constitución de 1946, agrega, vino a alterar los términos de su tesis, pues en ésta se suprimió el concepto de la manifiesta ilegalidad del acto combatido y además se cambió la expresión de “derecho cierto e incontestable” por la de “derecho líquido y cierto”.<sup>18</sup>

Ya en la vigencia de la actual constitución, CASTRO NUNES<sup>19</sup> consideró semejantes las expresiones de “cierto e incontestable” y de “líquido y cierto”, diciendo que el Constituyente de 1946 usó de estas expresiones para dificultar la concesión del mandato de seguridad, temeroso de que se otorgase fácilmente<sup>20</sup> y que estas locuciones no pueden ser erigidas en criterio o condición objetiva de su otorgamiento, ya que estas fórmulas verbales valen más como advertencia que como definiciones, dependiendo todo de la ecuación personal del juzgador, de sus ideas generales, preparación jurídica y en fin, de la apreciación subjetiva que haga de cada caso en particular.<sup>21</sup>

Por su parte, BRANDÃO CAVALCANTI,<sup>22</sup> haciendo referencia al concepto de “derecho cierto e incontestable” de la Constitución de 1934, nos dice que era un elemento fundamental para la concesión del mandato, criticando a su vez la adopción de la expresión de “derecho líquido y cierto” por la Constitución vigente, que ya había sido usada en los Proyectos de Gudesteu PIRES y de Odilón BRAGA, antes de la creación del mandato.<sup>23</sup>

17 *Op. cit.*, pp. 54 y 55.

18 *Op. cit.*, p. 55.

19 *Op. cit.*, p. 88.

20 *Op. cit.*, p. 95.

21 *Op. cit.*, p. 100.

22 *Op. cit.*, p. 123.

23 Salvo estos proyectos, los demás, inclusive el aprobado por el Constituyente de 1934, excluyeron la palabra “líquido”.

Esta repulsa proviene porque en su concepto el término “líquido” se refiere a la naturaleza del derecho lesionado y porque la noción de liquidez está ligada a la de cantidad, a la de valor, que puede ser verificada por una simple operación de aritmética: *quantum debeatur*; además, porque es una noción más extensa que la de “certeza, toda vez que la obligación es líquida en cuanto cierto y determinado es su objeto”. En síntesis, declara que la invocación no parece feliz, “en cuanto el concepto de liquidez, tratándose de derechos, no llena una solución objetiva, satisfactoria”.<sup>24</sup>

Para BUENO VIDIGAL,<sup>25</sup> tanto CASTRO NUNES como BRANDÃO CAVALCANTI, se equivocan al indicar que la noción de liquidez es semejante a la de cantidad, pues “aunque puede concebirse mandato de seguridad teniendo por objeto obtener el pago de prestaciones en dinero, no es admisible que la liquidez sea requisito de admisibilidad del mandato, porque innumerables y ciertamente la mayoría, son los casos en que la idea de liquidez es enteramente improcedente”.

Como ya hemos observado, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han sido variables y encontradas en cuanto a obtener un concepto definitivo de la expresión “derecho líquido y cierto”. Sin embargo, “la evolución del concepto ha sido en el sentido de reconocer con una amplitud progresiva, la libre apreciación por el juez en cada caso concreto, permitiéndose el desenvolvimiento del instituto, ya que, si reservado a los casos en que ninguna controversia hubiese, ninguna razón lo justificaría y ninguna posibilidad tendría de sobrevivir”.<sup>26</sup> En estos términos, se ha dictado sentencia disponiendo que “lo que no se admite en el mandato de seguridad es la alta indagación de hechos intrincados, complejos o dudosos. El derecho ha de ser cierto. Mas el criterio de la certeza, como el de la claridad, es cuestión de apreciación individual. Excluir la controversia, cualquier controversia, sería destituir al mandato de seguridad de cualquier alcance práctico”.<sup>27</sup>

Existen diversos casos en que la jurisprudencia admite o rechaza el mandato con base en la liquidez y certeza del derecho lesionado o amenazado, pero podemos destacar “que los jueces exigen como mínimo, la certeza del hecho alegado para que el mandato no se torne en una panacea, en un pronto socorro para todos los males procesales”.<sup>28</sup>

24 *Op. cit.*, p. 131.

25 *Op. cit.*, pp. 141 y 142.

26 *O mandado de segurança e sua jurisprudência*. Ministerio de Educacão e Cultura, Casa Rui Barbosa, 1959, p. 134.

27 *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, p. 135.

28 *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, p. 135.

5. El artículo 141, inciso 24, de la Constitución vigente, ya antes citado, establece de manera negativa el ámbito de los derechos líquidos y ciertos amparados por el mandato de seguridad, ya que dispone que serán protegidos por esta vía, todos aquellos derechos que no lo fueren por *habeas corpus*.

En consecuencia, es menester tratar de lograr una diferenciación y delimitación de las esferas de aplicación de dichas instituciones, partiendo del principio general de que el *habeas corpus* y el *mandato de seguridad*, son garantías constitucionales que procesalmente se dirigen de manera genérica y paralela, a la defensa de los derechos subjetivos públicos de los gobernados: aquél, dentro de un campo de acción más restringido, defendiendo en el ámbito del derecho penal los bienes máspreciados como son la libertad y la vida y éste, en un espacio más amplio, amparando todos los demás derechos y bienes de la vida otorgados por la Constitución y las leyes ordinarias.

El *habeas corpus* es una institución secular y por ende mucho más antigua que el mandato de seguridad, habiendo sido creado por vez primera en Brasil, en el Código de Procedimiento Criminal de 1832, que en su artículo 340 dispuso:

“Todo ciudadano que sufra prisión o constreñimiento ilegal en su libertad o cuando otro la sufra, tiene el derecho de pedir una orden de *habeas corpus* en su favor.”

Esta garantía subsistió en la ley ordinaria hasta 1891, en que fue elevada a la categoría de garantía constitucional en el artículo 72, inciso 22, de la Constitución de aquel año. La Enmienda Constitucional de 1926 y las Leyes Fundamentales de 1934, 1937 y 1946, han conservado al *habeas corpus* dentro de sus capítulos de garantías individuales. Las tres últimas establecieron su improcedencia en contra de las transgresiones y penas de carácter disciplinario o administrativo.<sup>29</sup>

La vigente Constitución de 1946 lo consagra en su artículo 141, inciso 23, en los siguientes términos:

“Se concederá *habeas corpus* siempre que alguien sufra o se encuentre amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad de locomoción, por ilegalidad o abuso de poder. En las transgresiones disciplinares no procede el *habeas corpus*.”

29 En la Enmienda Constitucional de 1926 no se hizo alusión alguna a la improcedencia del *habeas corpus* en contra de las penas disciplinares, en virtud de que el poder disciplinar de la administración pública, se encontraba en formación. Nota de *Constituições do Brasil*: 3<sup>a</sup> ed., Saraiva, p. 198.

El *habeas corpus* es considerado, justamente, como el antecedente más inmediato del mandato de seguridad, y fue en torno de la polémica suscitada desde el siglo pasado, respecto a si procedía la ampliación<sup>30</sup> o restricción de los derechos por él amparados, como surgió y fructificó la preocupación de crear un instituto protector de todo derecho o bien de la vida, que no fuere el de locomoción.<sup>31</sup>

Por esta razón es que la procedencia del mandato de seguridad se fija por exclusión, en el inciso 24 del mismo artículo 141 constitucional que contiene al *habeas corpus*, tal como antecedente y consecuente.

SEABRA FAGUNDES define al *habeas corpus* como “el remedio procesal, destinado específicamente, a amparar a todo individuo en contra de los actos administrativos que le impidan o puedan impedirle la libertad física”. Manifiesta que la autoridad administrativa puede constreñir la libertad corporal de tres maneras: a) detención en delito *in fraganti*, b) prisión administrativa y c) por restricciones a la libertad de locomoción o de ir y venir.

Así nos enseña que el primer caso, en la legislación brasileña, está previsto en las siguientes situaciones: a) cuando el delincuente está cometiendo la infracción penal; b) cuando acaba de cometerla; c) cuando es

30 RUY BARBOSA, defensor de la ampliación de los derechos amparados por *habeas corpus*, decía, a fin de que se convirtiese por sí en un equivalente de los diferentes *writs* norteamericanos (SEABRA FAGUNDES, *Do contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 3<sup>a</sup> ed., Río, 1957, p. 284), que “...el *habeas corpus* hoy no está circunscrito a los casos de constreñimiento corporal; el *habeas corpus* hoy se extiende a todos los casos en que el derecho nuestro, cualquier derecho, estuviese amenazado, maniatado, imposibilitado en su ejercicio por la intervención de un abuso de poder o de una ilegalidad” (Cita de Melchiades PICANÇO. *Op. cit.*, pp. 8 y 9). Por su parte Pedro LESSA (*op. cit.*, pp. 288, 289 y 290), de la misma corriente, defendió su tesis de que el derecho de ir y venir comprendía en sí mismo el derecho causa u objeto de la propia locomoción, cualquiera que éste fuese. Así decía: “Para garantizar la libertad individual no hay remedio sucesor del *habeas corpus* ni ninguno comparable a éste por lo que toca a rapidez en su aplicación. Además es un remedio que ningún mal produce, que se puede usar en larga escala, sin el menor inconveniente. Lo que importa mucho es solamente saber administrarlo.” También dijo que “si se requiere *habeas corpus* para prevenir o remover la coacción que se traduce no en prisión o detención, mas en la imposibilidad de *ejercer un derecho cualquiera de practicar un acto legal*, al juez, que no puede envolver en el proceso de *habeas corpus* cualquier cuestión que deba ser procesada y juzgada en acción propia, incumbe verificar si el derecho que el paciente quiere ejercer es *incontestable, lícito, no es objeto de controversia ni está sujeto a un litigio*. Solamente en el caso de concluir que es manifiestamente legal la posición del paciente, que a éste fue vedada la práctica de un acto que tenía incuestionablemente el derecho de practicar, debe el juez conceder la orden impetrada”.

31 En 1894 se creó por la Ley núm. 221 la “acción sumaria especial”, que destinada para la anulación de los actos administrativos ilegales, fracasó en la práctica por haberse convertido en un recurso de protección dilatada y por no haber servido para garantizar el derecho en los casos de amenaza. (Melchiades PICANÇO. *Op. cit.*, p. 8.)

32 *Op. cit.*, pp. 282 y ss.

perseguido inmediatamente después del hecho, en situación tal que haga presumir que es el autor del delito y d) cuando a continuación de cometido el delito, es encontrado con instrumentos, armas, objetos o papeles que hagan presumir su implicación en el hecho.<sup>33</sup>

La legislación procesal penal y la jurisprudencia,<sup>34</sup> han regulado de manera específica y estricta la actividad de la autoridad administrativa en los casos de flagrante delito y las condiciones de legalidad en cuanto a competencia, forma y tiempo, etc., que ha de revestir la prisión del individuo, no tanto en lo que se refiere al momento de la aprehensión, cuanto a la autoridad que lo recibe y redacta el auto ratificativo de la detención. En el caso de que no se cumplan aquellos requisitos, sobrevendrá la ilegalidad de la detención, en ocasión legítimamente efectuada y en consecuencia deberá ser concedido el *habeas corpus*.

En el segundo caso tenemos la prisión denominada administrativa, que siempre emana de acto de autoridad administrativa superior y que conforme al Código de Procedimiento Penal, procede en las siguientes situaciones:<sup>35</sup> a) Contra los remisos u omisos en enterar al erario público, el dinero o valores a su cargo, la que tiene como finalidad amparar los intereses del fisco a través de la coerción sumaria, que obliga al infractor a devolver las sumas o bienes de que haya dispuesto ilegalmente y a declarar la verdad sobre los hechos. b) Contra los extranjeros desertores de navío de guerra o mercante surto en puerto nacional, destinándose la prisión al inmediato traslado al navío o país de origen, y c) Contra aquellos individuos que las leyes especiales designen como posibles indiciados, como sería el caso de extranjero bajo proceso de expulsión del territorio nacional.

En estos casos, el *habeas corpus* procede generalmente por falta de competencia de la autoridad que determina la prisión o por exceso en el tiempo que debe durar el encarcelamiento.<sup>36</sup>

33 *Op. cit.*, p. 283.

34 Código de Procedimiento Penal, artículos 302, 304, inciso 3º, 306 y 332, fracc. iv. La jurisprudencia ha establecido las siguientes tesis: "La prisión in fraganti delito únicamente es legal cuando el auto de detención es redactado por autoridad competente en el plazo establecido por la ley." (Supremo Tribunal Federal, 5-1-10, Tostes Malta, *Flagrante Delito*, p. 90.) "Constituye constreñimiento ilegal la prisión del aprehendido, aun in fraganti delito, si dentro del plazo legal no fue iniciado el sumario de culpa." (Supremo Tribunal Federal, 20-4-17 y 8-11-17, Kelly, *Manual Jurídico Federal*, 2º sup. p. 55) "Delito in fraganti solamente se prueba por el respectivo auto, redactado en los términos claros y precisos exigidos por la ley. No habiendo, por tanto, delito in fraganti, cuando el auto no reviste esas formalidades y por lo tanto, la prisión en estos casos es ilegal." (Tribunal de Maranhão, 17-9-12, Piragibe, *Diccionario de Jurisprudencia Penal*). Citas de SEABRA FAGUNDES. *Op. cit.*, p. 289.

35 Artículo 319-I-II-III.

36 SEABRA FAGUNDES. *Op. cit.*, p. 284.

El tercer caso de constreñimiento a la libertad física, conforme al enunciado que hemos seguido de SEABRA FAGUNDES, se da generalmente dentro de las disposiciones establecidas por el denominado *poder de policía*,<sup>37</sup> que sin privar totalmente al individuo de su libertad física, la restringe de cierta manera, como por ej., las restricciones impuestas al tránsito de peatones o de vehículos por determinados lugares o la marcación de las velocidades para estos últimos, etc. Aquí la legalidad del acto de la autoridad administrativa, dependerá de las atribuciones legales de que goce y de la exacta interpretación de las leyes y reglamentos respectivos.

El mismo autor también hace notar que todo constreñimiento a libertad física que derive de un acto disciplinario-militar, escapa de la misma manera del control jurisdiccional por medio de *habeas corpus*, por disposición de la propia Constitución.<sup>38</sup>

Finalmente concluye que, salvo los casos citados, “el *habeas corpus* lleva al conocimiento del Poder Judicial el acto limitativo de la libertad física. Éste lo examina en base de los preceptos legales y si verifica su ilegalidad por incompetencia, vicios en cuanto a forma, finalidad, contenido, etc., expide una orden de soltura en favor del quejoso, casándolo en sus efectos”.<sup>39</sup>

CASTRO NUNES afirma que el *habeas corpus* “no se restringe a los casos de prisión consumada o amenazada, no se destina solamente a restituir la libertad a los que se encuentran presos o amenazados de prisión. Destinase a amparar la libertad de locomoción, cuyo concepto abarca sin duda los casos de privación de la libertad, por los cuales se define como su exteriorización más visible y característica, mas no solamente en éstos, sino que también en todos aquellos casos en que se presenta comprometida, con o sin prisión, la libertad física del individuo. Défínese por el derecho ele-

37 Es la denominación con que se acostumbra sintetizar a la competencia discrecional de la administración pública en todo cuanto concierne al orden, salud y tranquilidad pública, según SEABRA FAGUNDES. *Op. cit.*, p. 291. Conforme a la jurisprudencia del mandato de seguridad, “es un poder discrecional, indispensable a la autoridad pública, siendo igualmente una consecuencia de la autonomía pública de la administración. Entra en el concepto de defensa de los derechos y de los intereses sociales del Estado, siendo sus límites encontrados dentro de su propia finalidad, que es la de promover el bien público”. Hay otra tesis que señala su campo de acción, el cual debe tener como requisitos: 1º No violar precepto de la Constitución. 2º No interferir con ninguna jurisdicción privativa del poder legislativo. 3º No hacer distinción entre individuos o clases. 4º No ser ilógica o irracional, y 5º No invadir innecesariamente los derechos privados de la libertad y de la propiedad. *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, p. 265.

38 Artículo 141, inciso 23, 2<sup>a</sup> parte.

39 *Op. cit.*, pp. 284 y 285.

mental que tiene todo individuo a moverse libremente: ir, venir, parar, quedar, entrar, salir, etc.: *jus movendi, ambulandi, eundi ultro citroque*".<sup>40</sup>

Como ejemplos alusivos a lo antes afirmado por CASTRO NUNES, AGRI-COLA BARBI considera que en los casos de ejercicio de empleos, cargos o funciones, así como cuando se requiere el ingreso del individuo en dependencias administrativas o edificios, nada tiene que ver con el concepto jurídico de libertad de locomoción. Naturalmente que todo individuo necesita trasladarse de un lugar a otro para el desempeño de aquellas actividades, pero si lo que se restringe o prohíbe es el ejercicio de aquellas funciones, si lo que se niega es el derecho a las referidas actividades, el bien lesionado no es la libertad de locomoción, sino el derecho al ejercicio de estas funciones. Aquí no procederá la protección por el *habeas corpus*, toda vez que no está restringiéndose la libertad de locomoción y sí el goce de otra libertad jurídica.<sup>41</sup> En seguida concluye que, "aprovechando el lenguaje de la teoría brasileña del *habeas corpus*, puede afirmarse que fueron excluidos de la protección por esa vía, constitucionalmente, justamente aquellos casos a que la famosa doctrina pretendía extenderla, esto es, a la hipótesis en que la libertad individual "tiene por fin próximo el ejercicio de un determinado derecho". La protección en estos casos, se hace hoy por el mandato de seguridad y no más por el *habeas corpus*".<sup>42</sup>

Después de este ligero análisis histórico-doctrinario del *habeas corpus* brasileño, podemos hacer notar, que aunque su legislación, jurisprudencia y doctrina fueron una inspiración de la misma institución anglo-sajona, ha tenido un desarrollo y un desenvolvimiento *sui-generis* que lo distinguen de los cánones y principios característicos de la institución *mater*.

Como ya antes indicamos, es un antecedente directo del mandato de seguridad y junto con éste, uno de los remedios procesales extraordinarios y específicos que la Constitución ha otorgado para la defensa de los derechos subjetivos público de los gobernados.

Destinado como está para la protección de la libertad física y de la vida del individuo, el *habeas corpus* tiene un campo de acción más limitado que el mandato de seguridad, ya que la protección de esos derechos entra dentro de la esfera del derecho penal y excepcionalmente del derecho administrativo (algunas disposiciones del "poder de policía"), mientras que los derechos y bienes amparados por el mandato de seguridad abarcan casi todas las ramas del derecho, principalmente las del privado.

40 *Op. cit.*, pp. 38 y 39.

41 *Op. cit.*, p. 72.

42 *Op. cit.*, p. 72.

6. Siguiendo la tesis de CHIOVENDA, en cuanto a los “requisitos exigibles para que exista *acción*”, esto es, las condiciones para estar en posibilidad de gozar de una sentencia favorable, AGRICOLA BARBI,<sup>43</sup> aplicándolas al mandato de seguridad, nos enseña que éstas pueden ser:

1º Existencia de la norma jurídica cuya aplicación se demanda. Tratándose del mandato, es preciso, además de la existencia del derecho alegado, que éste llene los requisitos de liquidez y certeza.<sup>44</sup>

2º Legitimación o *legitimatio ad causam*, es decir, “la identidad de la persona del actor con la persona favorecida por la ley (legitimación activa) y de la parte demandada, con la persona obligada (legitimación pasiva)”.<sup>45</sup>

3º Interés de actuar, que “consiste en la necesidad de usar de los medios jurisdiccionales para obtener la aplicación de la ley en el caso concreto, pues sin este recurso, el actor sufriría un daño o una lesión a su derecho”.<sup>46</sup>

La legitimación activa está representada en el mandato por toda persona física o jurídica “que pueda usar de las acciones civiles en general”,<sup>47</sup> siempre que sea titular de un derecho líquido y cierto.

Este principio genérico sufre limitaciones por algunos sectores de la jurisprudencia,<sup>48</sup> y por las opiniones de una parte de la doctrina,<sup>49</sup> que aceptando la procedencia del mandato impetrado por persona jurídica de derecho privado (siempre que sea para la defensa de derechos de que son titulares, pues a las asociaciones de clase, como por ejemplo los sindi-

43 *Op. cit.*, p. 50.

44 *Op. cit.*, pp. 50 y 51.

45 *Op. cit.*, p. 57.

46 *Op. cit.*, p. 62.

47 *Op. cit.*, p. 59. El artículo 1º parágrafo 2º de la Ley núm. 1533 dispone que, “cuando el derecho amenazado o violado proteja a varias personas, cualquiera de ellas podrá solicitar el mandato de seguridad”.

48 La jurisprudencia, agrega AGRICOLA BARBI, ha sido orientada en la posibilidad de aceptar un mandato impetrado por persona jurídica de derecho público, a tal grado que, en ocasiones, esta circunstancia no es debatida preliminarmente y se pasa de inmediato al estudio de fondo. *Op. cit.*, p. 59.

49 AGRICOLA BARBI nos dice que se inclinan a favor de la procedencia del mandato, cuando es impetrado por persona jurídica de derecho público, entre otros, SEABRA FAGUNDES, quien nos indica que su opinión favorable se debe a que no existe restricción legal alguna (*op. cit.*, p. 332); Temístocles B. CAVALCANTI (*op. cit.*, p. 207 a 209), que sin ser muy preciso, cita únicamente a las personas de derecho público dentro de un cuadro general de actores. En contra: Othon Sípoli (*Mandado de segurança*, 2ª ed., Río, 1960, pp. 91 y 96), porque en su opinión el mandato se encuentra constitucionalmente regulado en el capítulo relativo a los “Derechos y garantías individuales”, así como el propio AGRICOLA BARBI (*Op. cit.*, pp. 59-62), entre otras causas porque “dicha admisión traería la igualdad en el tratamiento de las partes, siendo que este recurso fue creado colocando en grado de inferioridad a la parte pasiva (autoridad) a fin de dar mayor protección a la parte activa que siempre deberá ser persona física de derecho privado”.

catos obreros o patronales, no se les ha reconocido legitimidad para requerir mandato en defensa de los derechos individuales de sus asociados),<sup>50</sup> los rechazan, adoptando diversos argumentos, cuando se trata de las intervenciones activas de personas jurídicas de derecho público.

A reserva de analizar más adelante la legitimación pasiva, o sea la de “cualquier autoridad”, podemos apuntar de conformidad con AGRICOLA BARBI, que la tercera “condición de la acción” del mandato de seguridad, o sea la del interés en actuar a través del mismo, sufre de inexistencia, cuando, aun existiendo violación de derecho líquido y cierto, por ilegalidad o por abuso de una autoridad cualquiera, se trate:<sup>51</sup>

a) De derecho líquido y cierto amparado por *habeas corpus*, o sea, cuando se afecte la libertad o derecho de locomoción.

b) De las hipótesis previstas en el artículo 5º de la Ley núm. 1533, o sea:

“I. De acto que admita recurso administrativo con efecto suspensivo independientemente de caución;

II. De despacho o decisión judicial, cuando haya recurso previsto en las leyes procesales o pueda ser modificado por vía de corrección;

III. De acto disciplinario, salvo cuando sea practicado por autoridad incompetente o con inobservancia de formalidad esencial.”

7. El mandato de seguridad no solamente procede cuando alguien sufra violación de derecho líquido y cierto, sino que también es remedio adecuado cuando se amenace o se tenga justa presunción de sufrir el agravio. Esto último se desprende del artículo 1º de la Ley núm. 1533, que ampliando la disposición constitucional, se refiere a que procederá el mandato cuando alguien “sufra violación o *hubiese justo recelo de sufrirla*”.

Para AGRICOLA BARBI, la expresión “justo recelo” es completamente inadecuada como criterio determinante para la fijación de los casos en que la *amenaza* justifique recurrir a la vía judicial,<sup>52</sup> ya que en todo caso lo que debe ser conceptuado y calificado es la *amenaza* y no el *recelo*, toda vez que éste es apenas un reflejo subjetivo de aquélla y no elemento para definirla, siendo además difícil fijar cuándo el “recelo” es “justo”. Cita la Declaración hecha durante el Congreso Internacional de Derecho Comparado realizado en Bruselas en 1958, en la que se recomendó la creación de un *juicio preventivo general* en todos los países y se indicó además

50 *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, pp. 157 y 168.

51 Véanse SEABRA FAGUNDES. *Op. cit.*, pp. 294 y ss.; AGRICOLA BARBI. *Op. cit.*, pp. 62 y ss.

52 *Op. cit.*, pp. 67 y 68.

que toda *amenaza* para ser protegida por aquel juicio preventivo, deberá ser *objetiva* y *actual*.<sup>53</sup>

Así, considera, que “el recelo debe ser justo cuando la amenaza tiene aquellas características, siendo objetiva, cuando es real, traducida por hechos y actos y no por meras suposiciones; y será actual cuando exista en el mismo momento, no bastando que haya existido en otros tiempos y que haya desaparecido”.<sup>54</sup> En consecuencia, “la amenaza que tuviese esas dos características, según el prudente arbitrio del juez, será entonces capaz de producir el *justo recelo* a que se refiere la ley. A falta de alguno de aquellos requisitos, la amenaza será inhábil para causar la modalidad de recelo que la legislación exige para justificar el ingreso en juicio”.<sup>55</sup>

Es de primordial importancia la fijación de los conceptos de “amenaza” y de “justo recelo”, para cuando se trata del mandato de seguridad preventivo contra leyes inconstitucionales auto-aplicativas, al que habremos de referirnos en páginas siguientes.

8. La Constitución de 1934 dispuso que el mandato de seguridad procedería contra “actos de cualquier autoridad”, mientras que la Constitución vigente de 1946, establece que podrá impetrarse “para proteger derecho líquido y cierto, no amparado por *habeas corpus*... sea cual fuere la autoridad responsable por la ilegalidad o abuso de poder”, lo que al decir de CASTRO NUNES, es una fórmula “quizá más enérgica que la de aquélla”,<sup>56</sup> aunque en verdad, como lo sustenta SEABRA FAGUNDES, “son expresiones de sentido equivalente, una y otra comprendiendo a las autoridades en general, al conjunto de las personas y entes que ejercen función pública. No importa la naturaleza de la función ejercida, sea ejecutiva, jurisdiccional o legislativa”.<sup>57</sup>

53 Dice la Declaración en su parte relativa: “Es deseable que en todos los países exista la posibilidad de dirigirse a los tribunales, no apenas en caso de violación consumada de un derecho o de un interés jurídico, sino también, con las garantías convenientes, cuando se trate de prevenir tal violación, en caso de amenaza objetiva y actual. Esta protección puede ser obtenida, según el caso, por un juzgamiento declaratorio y preventivo. Es deseable además de esto, que todas las medidas provisionales puedan ser ordenadas, cuando sea necesario, en vista de una futura contención.” AGRICOLA BARBI, *Op. cit.*, p. 67.

54 *Op. cit.*, p. 67.

55 *Op. cit.*, p. 67.

56 *Op. cit.*, p. 104.

57 *Op. cit.*, pp. 296 y 297. La Ley núm. 1533, en su artículo 1º, parágrafo 1º, incluyó de manera expresa los actos practicados por agentes de entidades autárquicas. Así consideró como autoridades para efectos del otorgamiento del mandato “a las personas naturales o jurídicas con funciones delegadas del poder público, mas apenas en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones”. Véase AGRICOLA BARBI, *Op. cit.*, p. 74.

Los actos del poder ejecutivo siempre han sido impugnados constitucionalmente por el mandato de seguridad,<sup>58</sup> ya que “casi todas las lesiones a derecho del individuo resultan de actos de la Administración Pública”,<sup>59</sup> y pensando en este poder fue que se instituyó el remedio “no sólo por la referida circunstancia de frecuencia, sino también porque ningún poder más inclinado al abuso”<sup>60</sup> que éste. Sin embargo, como lo apunta SEABRA FAGUNDES, “lo cierto es que, tanto puede haber acto del Poder Ejecutivo que no autorice la solicitud del mandato (acto de órbita interna que no lesione derecho individual) como pueden haber actos de órganos legislativos (Congreso Nacional o Asambleas Legislativas) o judiciales que lo autoricen”.<sup>61</sup>

El mismo jurisconsulto hace notar que procediendo claramente el mandato en contra de actos típicos de la administración pública o sea en contra de actos formal y materialmente ejecutivos, también procede en contra de actos de forma y contenido administrativo realizados por los otros dos poderes, que vienen a ser formalmente actos legislativos o judiciales. Sobre esto, concluye, son armónicas las opiniones.<sup>62</sup>

58 La Carta Constitucional de 1937, ignoró el mandato de seguridad, que vino a quedar relegado al Código de Procedimiento Civil de 1939 y cuyo artículo 319 prohibió su procedencia en contra de actos del Presidente de la República, de los Ministros de Estado, Gobernadores e Interventores. Esta limitación causó nuevas interpretaciones reflejadas en la jurisprudencia en relación a cuando el acto impugnado haya sido practicado por autoridad inferior obedeciendo la orden del superior jerárquico. Véase Arnold WALD, *Op. cit.*, pp. 152 y 153. Así los Tribunales han juzgado en diversas ocasiones que “En el sistema de nuestra legislación específica, el mandato de seguridad solamente procede cuando se requiere en contra de la autoridad actora y como tal se entiende la que directa e inmediatamente practica el acto violador del derecho del impetrante” (Apelación Civil N° 56506 de 7-3-52, 5<sup>a</sup> Cámara del Tribunal de Justicia de São Paulo, *Revista dos Tribunais*, vol. 202, p. 190); “Si un titular recomienda a su subordinado la realización de determinados hechos y éste, en la ejecución de la orden practica violencia, la arbitrariedad no será emanada de aquél, sino de éste” (*Mandado de segurança* N° 38, Corte de Apelación de Minas Gerais. Arquivo Judicário, vol. 37, p. 505); “Para que se considere ordenador del acto reputado practicado contra derecho líquido y cierto, no basta que la autoridad haya provocado de un modo general su ejecución; es necesario que el acto en aprecio haya sido específicamente por ella ordenado; no basta igualmente que practicado el acto, la autoridad lo anule (*Mandado de segurança* N° 2704. Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, 26-11-43; *Revista dos Tribunais*, vol. 146, p. 37). Citas de Arnold WALD. *Do mandado de segurança na prática judiciária*, Río, 1958, p. 153. Agrega este último autor, que “así se ha garantizado la eficiencia del remedio procesal dentro de los límites de la ley, pues si se admitiese que la homologación del acto por autoridad superior, viniese a dislocar la competencia, ningún acto estaría sujeto al control judicial por vía de mandato de seguridad, pues todos pasarían a ser anulados por las autoridades superiores contra las cuales el remedio no sería procedente”. *Op. cit.*, pp. 153 y 154.

59 SEABRA FAGUNDES, *Op. cit.*, p. 297.

60 SEABRA FAGUNDES, *Op. cit.*, p. 297.

61 *Op. cit.*, p. 297.

62 *Op. cit.*, p. 297.

9. Donde existen y han existido opiniones y juicios contradictorios, nos dice SEABRA FAGUNDES, es en el caso de los actos materialmente legislativos y judiciales, es decir, “de la ley y de la sentencia en sentido propio o de aquellos que, como sucede a ciertos actos del Congreso Nacional o de las Asambleas Legislativas y ‘Cámara de Vereadores’ (Cámaras municipales), carecen del contenido de los actos legislativos, pero aparecen con la denominación de leyes”.<sup>63</sup>

Ya indicamos en líneas anteriores que, tratándose de actos materialmente administrativos realizados por el poder legislativo, procede en su contra el mandato de seguridad.<sup>64</sup> La cuestión a dilucidar se encuentra en el caso de los actos formalmente legislativos, es decir, de los actos revestidos de las formalidades constitucionales necesarias a su caracterización como leyes, independientemente de la materia en ellos tratada, es decir, de las leyes fundamentalmente hablando.<sup>65</sup>

Este problema ha sido debatido desde antes de la creación del mandato de seguridad, en relación y a pesar de que no existía un remedio expreso y adecuado para controlar las leyes y actos legislativos que lesionasen derechos subjetivos públicos o que contrariaran preceptos constitucionales.

Así RUY BARBOSA,<sup>66</sup> en tesis memorable que fue aplicada por los tribunales, enseñó, siguiendo la doctrina norteamericana,<sup>67</sup> que “los tribunales sólo revocan sentencias de otros tribunales; lo que ellos hacen a los actos inconstitucionales de otros poderes, es cosa técnicamente diversa. No los revocan: desconócenlos. Los dejan subsistir en el cuerpo

63 *Op. cit.*, p. 297.

64 La Constitución de 1946, en su artículo 101, Item I, letra “I”, establece expresamente que el Supremo Tribunal Federal, conocerá, entre otros casos, de los mandatos interpuestos en contra de la mesa de la Cámara o del Senado. Así lo hace notar también AGRICOLA BARBI, *Op. cit.*, pp. 80 y 81.

65 AGRICOLA BARBI, *Op. cit.*, p. 80.

66 Cita de AGRICOLA BARBI, *Op. cit.*, pp. 81 y 82.

67 Alfredo BUZAI, en su magistral obra *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, (São Paulo, 1958), ha resumido los principios de la doctrina y jurisprudencia norteamericanas sobre inconstitucionalidad de las leyes, como sigue: “a) El Tribunal no se pronunciará sobre la constitucionalidad de una ley, salvo en litigio regularmente sometido a su conocimiento; b) Ningún Tribunal se manifestará sobre la validez de una ley, sino cuando eso fuere absolutamente necesario para la decisión del caso concreto; c) La declaración de inconstitucionalidad importa nulidad de la ley, no en el sentido de revocarla, lo que constituye función del poder legislativo, sino en el sentido de negarle aplicación en el caso concreto; d) El examen sobre la inconstitucionalidad representa *cuestión prejudicial*, no la *cuestión principal* debatida en la causa; por eso el juez no la decide *principaliter*, sino *incidenter tantum*, pues ella no figura nunca como objeto del proceso y dispositivo de la sentencia; e) El Tribunal solamente conocerá del alegato de inconstitucionalidad, cuando éste emane de persona cuyos derechos hayan sido ofendidos por la ley”, pp. 22, 23 y 24.

de las leyes o en los de los actos del Ejecutivo". Enseguida, teniendo en mente las condiciones que el Poder Judicial debería considerar, cuando se tratase de acciones en contra de actos inconstitucionales del Congreso Nacional,<sup>68</sup> afirmaba "que la acción no tenga por objeto directamente el acto inconstitucional del poder legislativo o ejecutivo, sino que se refiera a la inconstitucionalidad de él apenas como fundamento y no como objetivo del libelo...; que la decisión se circunscriba al caso en litigio, no decretando en tesis la nulificación del acto atacado, sino substrayendo simplemente a su autoridad la especie en cuestión".<sup>69</sup>

Instituido el mandato de seguridad como el remedio idóneo para salvaguardar y proteger los derechos líquidos y ciertos amenazados o violados por acto manifiestamente inconstitucional o ilegal de cualquier autoridad, se procedió a interpretar el alcance de este remedio en contra de leyes y actos inconstitucionales emanados del Poder Legislativo. Así, desde la creación de este instituto se ha aceptado en los juzgamientos, como principio general, la no procedencia del mandato contra la ley en tesis, sino que únicamente en especie a través de su propia ejecución, pues "el acto legislativo solamente es susceptible de apreciación por el Poder Judicial por vía de consecuencia, o sea, habiendo un acto de autoridad basado en ley inconstitucional que venga a lesionar derecho líquido y cierto".<sup>70</sup> Tampoco se admite el mandato contra la aplicación inminente de un decreto ni contra un proyecto de ley.<sup>71</sup>

Tratándose de las llamadas "leyes auto-aplicativas"<sup>72</sup> o auto-ejecutables, es decir, "cuando la ley material y formal contiene una disposición que la torna ejecutable y viola derecho individual sin necesidad de cualquier acto posterior",<sup>73</sup> la jurisprudencia es contradictoria, ya que, mientras "acuerdos recientes del Supremo Tribunal Federal no admiten mandato de seguridad contra tales leyes..., numerosos votos vencidos y una sentencia del Tribunal de Justicia de Sergipe, ya reconocen la procedencia del remedio procesal heroico en este caso".<sup>74</sup>

Algunos autores buscan la solución adecuada para la resolución uniforme del mandato contra leyes auto-aplicativas, entre ellos CASTRO NUNES, quien nos indica que tratándose de leyes prohibitivas, la autoridad

68 AGRICOLA BARBI, *Op. cit.*, pp. 81 y 82.

69 *Comentarios a la Constitución*, vol. VI, pp. 160 y 179. Cita de AGRICOLA BARBI, *Op. cit.*, pp. 81 y 82.

70 *O mandado de segurança e sua Jurisprudência*, p. 85.

71 *O mandado de segurança e sua Jurisprudência*, p. 85.

72 Ignacio BURGOA, *El Juicio de Amparo*, México, 4<sup>a</sup> ed., pp. 179 y 180.

73 AGRICOLA BARBI, *Op. cit.*, p. 85.

74 *O mandado de segurança e sua Jurisprudência*, pp. 85 y 86.

debe ser provocada antes de que se interponga el mandato, ya que entonces será su negativa expresa la materia del acto impugnado".<sup>75</sup>

AGRICOLA BARBI considera que lo importante será distinguir si "la sentencia nula, extingue, aniquila la ley o si apenas deja de aplicarla al caso *sub-judici*, esto es, si la decisión valdrá inter-partes solamente o si tendrá efectos *erga-omnes*".<sup>76</sup> Así, prosigue, que de conformidad con la disposición constitucional de que "la ley no podrá excluir de la apreciación del poder judicial cualquier lesión de derecho individual",<sup>77</sup> corresponde a éste conocer y amparar todo derecho que sea lesionado de inmediato por una ley inconstitucional, mientras su efecto se reduzca apenas a substraer al autor de la demanda de los efectos de la ley inconstitucional. Esta continuará con plena validez y eficacia en relación con las demás personas que no interpongan ni sean partes de una demanda. También indica que en los casos en que la ley sea materialmente un acto administrativo, que solamente se refiera al actor del mandato, "el reconocimiento de su inconstitucionalidad es por tanto la substracción del demandante a sus efectos y agotaría su contenido. Sin embargo ésta continuaría existiendo como simple forma inútil, ya que la sentencia no tiene poder de hacerla desaparecer y sí solamente de negarle aplicación".<sup>78</sup>

Por último, afirma que deberá indicarse como autoridad coautora al poder legislativo y al que hubiese participado de la elaboración del acto impugnado, como por ejemplo, el Presidente de la República o los Gobernadores, partiendo de la regla de que el coautor es siempre quien practica dicho acto como lesivo.

10. Al igual que el amparo mexicano extendió su protección a la garantía de legalidad, tras una cerrada y prolongada polémica en todos los campos del derecho patrio, el mandato de seguridad se ha ido extendiendo e imponiendo dentro de la materia jurisdiccional, a través de prolijas interpretaciones ampliativas, ya parcial o totalmente, que siempre tienen ante sí las tesis contradictorias.

En este sentido controvertido, se ha llegado a establecer y a clasificar recientemente el siguiente cuadro de tesis jurisprudenciales:<sup>79</sup>

a) Acuerdos que consideran improcedente el mandato de seguridad contra actos judiciales.

75 *Op. cit.*, p. 121.

76 *Op. cit.*, p. 86.

77 Const. de 1946. Art. 141, parágrafo 4º.

78 *Op. cit.*, p. 87.

79 *O mandado de segurança e sua Jurisprudência*, vol. I, p. 275.

- b) Acuerdos que lo admiten de modo general en contra de dichos actos.
- c) Acuerdos que solamente lo admiten contra actos judiciales en casos especiales.
- d) Acuerdos que solamente lo admiten contra los actos administrativos de los magistrados, mas no contra los actos puramente judiciales.
- e) Acuerdos que únicamente lo aceptan contra actos judiciales que no admitan recurso alguno.
- f) Acuerdos que lo aceptan o deniegan contra la cosa juzgada.
- g) Acuerdos que lo admiten o deniegan para anular sentencia, acuerdo o para su ejecución.
- h) Acuerdos relativos a mandatos interpuestos en materia de despojo.
- i) Acuerdos que se refieren a mandatos interpuestos contra decisiones en materia posesoria.
- j) Otras hipótesis.
- k) Interposición simultánea del mandato y de otros recursos.

La polémica antes apuntada parte de la interpretación del texto constitucional vigente que dispone la procedencia del mandato contra actos abusivos o ilegales de cualquier autoridad, sin hacer distinción alguna sobre la naturaleza de dichos actos o de las funciones de la propia autoridad.

Sobre la materia sólo existe un consenso general: la procedencia del mandato cuando el acto practicado por el juez o tribunal es de naturaleza material administrativa. Lo contrario sucede cuando el acto del juez o tribunal es material y formalmente jurisdiccional. Así “en los medios jurídicos del país, las opiniones divergen y se oponen. Tribunales y juristas se separan en campos contrarios. Unos aceptan la extensión y hasta la ponderan. Otros la combaten y con vehemencia”.<sup>80</sup>

El problema se presentó con la misma creación y aparición del mandato de seguridad, que en la Constitución de 1934, como ya hemos repetido, se instituyó “para la defensa del derecho cierto e incontestable, amenazado o violado por acto manifiestamente constitucional o ilegal de cualquier autoridad”. La Ley N° 191 que lo reglamentó, admitió el mandato en *contra de los actos de jueces o tribunales*, pero su vigencia fue corta y fugaz, ya que el instituto fue bajado de su categoría constitucional en 1939 y remitido a la legislación ordinaria a través del Código de Procedimiento Civil de ese año.

80 Guilherme ESTELITA, *Mandado de segurança contra ato jurisdiccional*, Padova, 1953, p. 230.

La Constitución vigente de 1946 incorporó de nuevo el mandato de seguridad a la máxima categoría legal, pero antes de esto se dictaron diversas leyes de carácter federal,<sup>81</sup> que sólo lo admitieron en contra de actos del poder judicial de naturaleza material administrativa, a pesar de que el Código de Procedimiento Civil, era de mayor amplitud literal.

El Ministro del Supremo Tribunal Federal, CARVALHO MOURÃO, dictó sentencias en las que manifestó su pensamiento contrario a la admisión del mandato en materia judicial. Decía que la extensión a aquella materia era inoperante, pues “vendrá a traer la destrucción, por la base, de toda la legislación procesal, que en verdad quedará abolida, arrasada... Dándose tal extensión al mandato de seguridad, los tribunales pasarán a invertir las cuestiones, pues se pasará primeramente a conocer de la certeza o no del derecho alegado para conceder la medida, lo que vendrá a suprimir muchos aspectos esenciales del proceso y dispensará todas las formas y términos judiciales”.<sup>82</sup>

Por su parte, SEABRA FAGUNDES indica al respecto que “tratándose de sentencia, o sea de acto jurisdiccional en sentido propio, el problema de la procedencia del mandato de seguridad está hoy resuelto por el artículo 5º de la Ley N° 1533 que dispone:

“No se otorgará mandato de seguridad, cuando se trate:

I. ...

II. De despacho o decisión judicial, cuando haya recurso previsto en las leyes procesales o pueda ser modificado por vía de corrección”.<sup>83</sup>

El mismo autor argumenta: “Evidentemente, a *contrario sensu*, procede el mandato de seguridad para la postulación de derecho líquido y cierto contra los actos jurisdiccionales que no contengan recurso o reexamen a través de corrección”.<sup>84</sup> Conforme con la corriente que amplía al remedio constitucional, afirma que “fue bien que el legislador pusiese término a las contradicciones de la jurisprudencia de los diversos tribunales del país, unos aceptando el mandato de seguridad contra el abuso del poder judicial, otros rechazándolo y algunos más, en un estado de indecisión, ya corrigiendo los flagrantes desaciertos de la justicia por

81 Ley N° 2035 de 27 de julio de 1940, artículo 14, I, letra b, que reorganizó la justicia del Distrito Federal; Decreto-Ley N° 8527 de 31 de diciembre de 1945, artículo 11, I, letra b; Ley de Organización Judicial del mismo Distrito Federal; Reglamento Interno del Supremo Tribunal Federal, artículo 22, I, letra K. cita de Guilherme ESTELITA, *Op. cit.*, p. 229.

82 Cita de ESTELITA, *Op. cit.*, p. 230.

83 *Op. cit.*, p. 302.

84 *Op. cit.* p. 302.

la vía de ese remedio especial o ya teniéndolo como inadecuado para el reexamen de los actos jurisdiccionales. Y fue bien que lo hiciese en el sentido más acorde con la naturaleza y las finalidades del instituto, así como con la correcta interpretación de la letra del texto constitucional, donde él encuentra su enunciación básica. En éste se habla de ilegalidad o abuso de poder, sea cual fuere la autoridad responsable por el acto. ¿Cómo entonces restringirlo en su alcance para de él excluir ciertos actos porque son emanados de ciertas autoridades o sea de las del poder judicial? ¿Si los actos de ellas, tanto como los del poder ejecutivo, pueden lesionar derechos líquidos y ciertos, y si fue en atención a la excelencia de ciertos derechos subjetivos públicos que se instituyó el mandato de seguridad, por qué privarlos de la protección especial en ciertos casos, tan solamente considerando al agente que los lesionó? Además de esto, es propio de las garantías constitucionales ser interpretadas con amplitud, antes que con restricción en cuanto a sus alcances, por la razón, entre otras, de que más vale socorrer situaciones, que en rigor podrían dispensar el amparo constitucionalmente previsto, antes que sacrificar, por demasiada cautela, derechos cuya protección se tuvo en vista consagrar".<sup>85</sup>

Frente a esta doctrina de sentido extremo, tenemos la de tendencia intermedia. Así, Luis MACHADO GUIMARÃES, ha afirmado que "todos los actos decisarios y ordinarios practicados por el juez en el curso del proceso de cognición o sea de la declaración del derecho, deberán permanecer rigurosamente inmunes a la censura por vía del mandato de seguridad. Otros actos, sin embargo, además de éstos a que he hecho referencia y califiqué como de jurisdicción en sentido estricto, que practican los jueces y que son comúnmente considerados como jurisdiccionales en sentido amplio, son los actos practicados en el proceso ejecutivo y en el proceso cautelar: embargos, venta de bienes, arrestos, secuestros, etcétera. En cuanto a estos actos, que son, por así decir, jurisdiccionales por dependencia y cuya naturaleza difiere nítidamente de la que caracteriza aquellos otros actos anteriormente citados, nada impide que sean objeto del mandato de seguridad, desde que se tornen irremediables sus efectos por ausencia de recurso con efecto suspensivo y que además se verifiquen los requisitos constitucionales de ilegalidad o abuso de poder y de ofensa a derecho líquido y cierto".<sup>86</sup>

Después de afirmar que en su concepto, el mandato no es procedente en contra de acto jurisdiccional, sea cual fuere éste, Guilherme ESTELITA

85 *Op. cit.* pp. 302 y 303.

86 Cita de ESTELITA, *Op. cit.*, pp. 233 y 234.

nos dice: “Las necesidades que justifican, en la opinión de los otros autores, la extensión del mandato de seguridad a los actos jurisdiccionales, encontraría satisfacción completa, si fuese extendida la facultad de pedir corrección parcial, a las situaciones en que hoy se autoriza la impetración de aquel mandato, cuando ocurriesen dentro del proceso judicial...”<sup>87</sup> Más adelante agrega: “Otra sugerión nos animaríamos a hacer en moldes semejantes: el mandato de seguridad será admitido contra acto jurisdiccional, mas con objetivos limitados. Su concesión no podría ir, además de facultar recurso al impetrante ante la autoridad normalmente competente, contra el acto jurisdiccional impugnado, aunque éste fuese, por ley, irrecusable. No porque el tribunal tuviese, desde luego, por ilegal al mismo acto, sino porque le pareciese conveniente su examen por el tribunal normalmente para conocer de los recursos de la causa. Si tal recurso ya lo concediese la ley, mas sin efecto suspensivo, la concesión del mandato importaría en ese caso, en darle ese efecto, impidiendo así la ejecución del acto. Nos parece que dentro de esa fórmula, el derecho al cual la Constitución aseguró protección especial por medio del mandato de seguridad, recibiría ese amparo aun cuando violado por acto jurisdiccional”.<sup>88</sup>

Para terminar tan prolijas y amplias citaciones, hechas a merced de la importancia y trascendencia del aspecto más discutido del mandato o sea su extensión a la materia jurisdiccional, tan apasionante cuanto a la polémica “ortodoxa-heterodoxa”<sup>89</sup> del amparo-casación en el derecho mexicano, pasamos a transcribir la notable opinión de Alfredo BUZAID al respecto:

“La tercera categoría (de actos de autoridad) se refiere a la admisibilidad del mandato de seguridad en contra de actos del Poder Judicial. Estos pueden clasificarse en jurisdiccionales y administrativos. Los primeros son actos de oficio y conciernen a la función principal de decir el derecho. Los otros son meramente administrativos y se refieren, en la mayoría de las veces, al nombramiento, suspensión o licencia de funcionarios. Contra éstos es admisible el mandato de seguridad. Surge la duda en cuanto a los actos judiciales, propiamente dichos. La doctrina dominante bajo el régimen de la ley anterior, admitía mandato de seguridad en contra de decisiones para las cuales no proveía la ley, recurso con efecto suspensivo. Todavía la ley en vigor dispone: “Artículo 5º. No se

87 *O.p. cit.*, pp. 237 y 238.

88 *O.p. cit.*, pp. 237 y 238.

89 Véase la valiosa obra de Héctor FIX ZAMUDIO, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución Mexicana*, México, 1955, pp. 140 y ss.

concederá mandato de seguridad cuando se trate: ... II. De despacho o decisión judicial, cuando haya recurso previsto en las leyes procesales o pueda ser modificado por vía de corrección." Este dispositivo legal parece excluir el mandato de seguridad contra despacho o decisión judicial. En verdad, prescribe el artículo 5º, fracción II de la Ley N° 1533, que no se concederá seguridad de despacho o decisión para la cual haya recurso previsto en la ley procesal o pueda ser usada la corrección. La materia del recurso es regulada por el Código de Procedimiento de modo taxativo, no comportando ampliación. O el Código admite o no admite el recurso; en el primer caso, debe la parte vencida interponerlo bajo la pena de preclusión; en el segundo, no puede interponerlo porque la ley no lo concedió. El mandato de seguridad no tiene la virtud de suplir los recursos no admitidos porque por esa forma lesionaría hasta la autoridad de cosa juzgada. Podrá argumentarse, en sentido contrario, que el artículo 5º, N° II, de la Ley N° 1533 admite mandato de seguridad exactamente cuando el Código no confiere recurso *específico* ni corrección parcial. Mas esta exégesis, ahora específica, no convence. Su defecto fundamental está en alargar demasiadamente el ámbito de aplicación del instituto, transformando una *acción* en recurso de carácter genérico y procedente siempre que el Código no prescriba *recurso especial*. El artículo 5º, fracción II, ("No se concederá ...) contiene una fórmula negativa, esto es, prohíbe la interposición del mandato cuando procede recurso específico o corrección. La interpretación a "contrario sensu"<sup>90</sup> significa leer que el artículo 5º concede exactamente donde declara que prohíbe la impetración de seguridad y, en consecuencia, amplía el sentido de la ley precisamente donde ella quiso restringir.<sup>91</sup>

De todo lo anterior se concluye, conforme análisis de la jurisprudencia, que "el mandato, inicialmente excluido del área propiamente judicial, ha sido admitido contra actos judiciales, no cuando sólo sean injustos sino evidentemente ilegales, concediéndose con mayor facilidad siempre que no existe recurso con efecto suspensivo. La actual preocupación dominante de nuestra jurisprudencia es evitar que el mandato de seguridad venga a ser el substituto de todos nuestros recursos procesales, ya que es el procedimiento más rápido y de mayor eficacia. Por este motivo, siempre que hay recurso previsto en la ley con efecto suspensivo, no habiendo justo recelo de lesión grave e irreparable al derecho del imponente, no se concede el mandato".<sup>92</sup>

90 Recuérdese la opinión de SEABRA FAGUNDES, *Op. cit.*, p. 302.

91 *O mandado de segurança*, Revista dos Tribunais, vol. 258, pp. 44 y 45.

92 *O mandado de segurança e sua Jurisprudência*, pp. 278 y 279.

11. Frente al texto constitucional de 1934, que se refería a la procedencia del mandato en contra de “*acto manifiestamente inconstitucional o ilegal*”, la Constitución vigente de 1946, como ya hemos indicado, se refiere a “*sea cual fuere la autoridad responsable por la ilegalidad o abuso de poder*”. El resultado obtenido en la teoría y en la práctica de esta supresión, es inmenso, según lo señala AGRICOLA BARBI, ya que la fórmula de la legislación revocada restringía de manera excesiva e irracional la aplicación de esa fórmula procesal, pues no bastaba la existencia de un derecho cierto: exigía también *determinado tipo* de ilegitimidad. De aquí los múltiples adjetivos que la doctrina y la jurisprudencia aplicaron al mandato de seguridad, considerándolo medida de uso excepcional: *medida heroica, vía peregrina, remedio excepcional, etcétera*. Estos adjetivos ya no tienen razón de ser, pues la ilegalidad exigida ahora para la concesión del mandato de seguridad no tiene carácter especial: es la misma ilegalidad necesaria para la protección del derecho por las demás vías procesales.<sup>93</sup>

SEABRA FAGUNDES<sup>94</sup> admite que la expresión *ilegalidad* comprende al concepto de *inconstitucionalidad*, es decir, que abarca tanto a la violación de la ley ordinaria, como la infracción de ley constitucional, así como que la definición del ámbito del mandato bastaría con aquella expresión y que se pudo haber prescindido de la de *abuso de poder*, que en su concepto es una especie del género ilegalidad.

Aunque ninguna importancia además de la teórica le otorga el mismo autor al concepto *abuso de poder*, más adelante nos enseña que por ello se ha de entender todo lo que se comprenda y se diga en cuanto a violaciones de las reglas de la competencia. Dentro de éstas se pueden distinguir:<sup>95</sup>

a) Violaciones claras por la práctica de acto totalmente ajeno al ámbito de atribuciones del agente, como por ejemplo, los casos de usurpación de poder.

93 *Op. cit.*, pp. 56 y 57.

94 *Op. cit.*, p. 303. Conforme Lucio BITTENCOURT, *O Controle Jurisdiccional da Constitucionalidade das Leis*, pp. 108 y 109; CASTRO NUNES, voto en el Mandato de Seguridad N° 767 de 9-VII-47; Orozimbo NONATO, *Revista Forense*, vol. 118, pp. 403-415; Temístocles B. CAVALCANTI, citado por Henrique de CARVALHO SENIAS, *Inconstitucionalidade da lei e mandado de segurança*, Río de Janeiro, 1954, pp. 81-96, de la misma opinión. En contra: Ministros HAHNEMAN GUIMARÃES y BARROS BARRETO, *Rev. Forense*, vol. 118, p. 405, 1<sup>a</sup>, 2<sup>a</sup>, 5<sup>a</sup> y 6<sup>a</sup>, citas de SEABRA FAGUNDES, *Op. cit.*, pp. 303 y 305. El derecho brasileño admite además en defensa de la Constitución, la llamada “Acción directa” que se deriva del artículo 8º de la Constitución y de la Ley N° 2271 que lo reglamenta, así como el “Recurso Extraordinario”. Véase Alfredo BUZAIID, *Da declaração direta... Op. citada*.

95 *Op. cit.*, p. 308.

b) Los excesos ostensibles aun cuando se esté actuando en competencia legal, como es el caso en que se cometan derrumbamientos o destrozos innecesarios durante la búsqueda o investigaciones policiales.

c) La simulación o apariencia de legalidad a través de la realización de actos realmente permitidos, como sería el caso de expulsión de extranjeros por motivos diferentes a los fijados por la ley.

Así, concluye, se tendrá como autorizado y procedente el remedio constitucional “contra los actos afectados de incompetencia en sus diferentes formas (abuso de poder) o por cualquiera otras razones contrarias a la ley (ilegalidad)”.<sup>96</sup>

Alejandro Ríos ESPINOZA  
De la Asociación Nacional de Abogados  
(Méjico, D. F.)

96 *Op. cit.*, p. 308.

## 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) Raina del derecho procesal a que el mandato de seguridad pertenece. G) Mandato de seguridad y supremos 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 soneto<sup>1</sup>

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";<sup>2</sup> CASTRO NUNES, *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*;<sup>3</sup> Themístocles BRANDÃO CAVALCANTI, *Do mandado de segurança*;<sup>4</sup> 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<sup>a</sup> ed. (Rio/São Paulo, 1961), 589 pp.

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

de segurança; <sup>5</sup> Ary Florencio GUIMARÃES, *O ministerio público no mandado de segurança*; <sup>6</sup> José Frederico MARQUES, *O artigo 141, § 4º da Constituição Federal*; <sup>7</sup> MINISTERIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA: CASA DE RUI BARBOSA, *O mandado de segurança e sua jurisprudencia*,<sup>8</sup> 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*; <sup>9</sup> J. M. OTHON SIDOU: a) *Do mandado de segurança*; <sup>10</sup> b) *Inconstitucionalidade de lei e reparação do dano por mandado de segurança (Um caso de direito positivo)*; <sup>11</sup> c) *O “juicio de amparo” (Subsídios ao estudo do mandado de segurança no direito comparado)*; <sup>12</sup> d) *O mandado de segurança e a influencia dos interditos romanos*; <sup>13</sup> e) “Para proteger direito líquido e certo...”; <sup>14</sup> 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; <sup>15</sup> 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 possessorios* (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*,<sup>16</sup> 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 petición*<sup>17</sup> 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*;<sup>18</sup> y Arnold WALD, *O mandado de segurança na prática judiciária.*<sup>19 bis</sup>

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 agravio de petição no sistema do código do processo civil* (São Paulo, 1945; 2<sup>a</sup> 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 GIIL, *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 profesores<sup>20</sup> y las otras de Guilherme ESTELITA y de PONTES DE MIRANDA. Pues bien: la de ESTELITA versaba sobre el mandato de seguridad<sup>21</sup> y la de PONTES DE MIRANDA, relacionábbase en algunos aspectos con él.<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup> 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,<sup>25</sup> a saber: la relativa al centenario de la famosa y prolífica ley de enjuiciamiento civil española de 1855, base de la codificación hispanoamericana,<sup>26</sup> 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 brasileño 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.<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup> 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 BUZAID con ocasión del Primer Congreso Mexicano y de las Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal celebrados en la ciudad de México.<sup>29</sup>

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*,<sup>30</sup> 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 e 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,<sup>31</sup> creo que en la suma de los ingredientes que integran toda decisión judicial, a saber: *fundamentación e imperatividad*,<sup>32</sup> 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*.<sup>33</sup> Ahora bien: con excepción de las épocas en que, por reputarla digresiva, estuvo prohibida la fundamentación de las resoluciones judiciales,<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup> 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 propugnadores, 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 trasladó 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?<sup>36</sup> 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,<sup>37</sup> y, en segundo lugar, en relación con el *periculum in mora*.<sup>38</sup> 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*<sup>39</sup> 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”,<sup>40</sup> 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”,<sup>41</sup> 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,<sup>42</sup> 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,<sup>43</sup> hasta las manifestaciones de justicia constitucional europea más próximas al advenimiento del mandato, como las soluciones austriaca y española,<sup>44</sup> 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,<sup>45</sup> el *détournement de pouvoir* francés, el amparo mexicano y hasta en algún autor (CASTRO NUNES) las acciones sobre estado civil.<sup>46</sup> 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,<sup>47</sup> y el discutible, quizás incluso insostenible, empleo de los interdictos en un determinado momento para la protección de derechos personales.<sup>48</sup> 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*,<sup>49</sup> sino tan sólo en actuación de los mismos frente 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 "devido 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 "devido 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,<sup>50</sup> e incluso en alguna ocasión se habla de *amparar*, en orden a esas acciones sobre estado civil,<sup>51</sup> 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,<sup>52</sup> del más próximo anglosajón<sup>53</sup> 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,<sup>54</sup> 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; BUZAIN, *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.<sup>55</sup> 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, siguiese operando, hasta 1934 en que nace el mandato de seguridad, como remedio universal contra ilegalidades y abusos de poder.<sup>56</sup> 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.<sup>57</sup> Esa pluralidad, que hace del sistema brasileño de medios y remedios impugnativos, junto con el argentino,<sup>58</sup> uno de los más complicados del mundo, conforme a la certera crítica de BUZAID,<sup>59</sup> 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,<sup>60</sup> 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.<sup>61</sup>

12) F) RAMA DEL DERECHO PROCESAL A QUE EL MANDATO DE SEGURIDAD PERTENECE. Basado en la Constitución<sup>62</sup> y desenvuelto, tras la ley número 191 de 16 de enero de 1936, por el código procesal civil de 18 de septiembre de 1939,<sup>63</sup> aunque después la ley número 1533 de 31 de diciembre de 1951 haya *alterado*, la regulación contenida en éste,<sup>64</sup> 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 seguridad*, cit., p. 33, donde acoge la primera alternativa, por razones que reputamos convincentes.

también con otros, como el civil<sup>65</sup> o el laboral,<sup>66</sup> 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.<sup>67</sup> 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.<sup>68</sup> 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,<sup>69</sup> 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.<sup>70</sup>

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,<sup>71</sup> que es donde, de acuerdo con JERUSALEM, surge por primera vez, con plenitud de atribuciones, una auténtica jurisdicción de esa índole,<sup>72</sup> luego trasplantada a otros países, como España durante la República<sup>73</sup> o Italia en fecha más reciente.<sup>74</sup> 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 —París, 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.<sup>75</sup>

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*,<sup>76</sup> 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*,<sup>77</sup> y éste aparece con frecuencia en ellos como uno de los posibles antecedentes del mandato de seguridad.<sup>78</sup> 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.<sup>79</sup> 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 años<sup>80</sup> y que luego ha sido desenvuelta con su perfecto dominio de la materia por Héctor FIX ZAMUDIO, el ilustre amparista mexicano,<sup>81</sup> el amparo, además de haberse hipertrofiado, como también en su época el *habeas corpus* brasileño (*supra*, núm. 11), asocia tres recursos distintos;<sup>82</sup> el de *inconstitucionalidad*, muy defectuosamente planteado según el modelo norteamericano;<sup>83</sup> 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* (Méjico, 1955); *Algunos problemas que plantea el amparo contra leyes* (en "Bol. Inst. Der. Comp. Méj.", 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) (Méjico, 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* (Méjico, 1947), p. 41 (discurso del entonces Presidente de la Suprema Corte, Lic. URIBINA, que habló de "abuso", como otros de "degeneración"), y TENA RAMÍREZ, *El amparo de estricto derecho: Orígenes, expansión, inconvenientes* (en "Rev. Fac. Der. Méj.", 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*.<sup>84</sup> Rasgo común a todos ellos es el de aparecer como un conflicto entre *quejoso y autoridad*,<sup>85</sup> 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*.<sup>86</sup> 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 vía<sup>87</sup> ni tampoco el amparo-casación<sup>88</sup> 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.<sup>89</sup> 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 trámite 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 fundamental<sup>90</sup> (*supra*, núms. 9 y 12), sino de la posibilidad de utilizarlo frente a actos de autoridad de cualquiera de los poderes del Estado.<sup>91</sup> 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,<sup>92</sup> 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.<sup>93</sup>

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;<sup>94</sup> 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*<sup>95</sup> 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.<sup>96</sup> 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,<sup>98</sup> 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,<sup>97</sup> 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,<sup>98</sup> 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.<sup>99</sup> 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,<sup>100</sup> 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,<sup>101</sup> conocido asimismo en materia de amparo,<sup>102</sup> aunque personalmente sienta escasa o nula simpatía por el mismo.<sup>103</sup> O bien podría procederse a una revisión periódica de la jurisprudencia sobre mandato de seguridad,<sup>104</sup> 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<sup>104 bis</sup> 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;<sup>105</sup> 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, “illegalidad”, 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<sup>a</sup> 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 decimos 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*.<sup>106</sup> 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.<sup>107</sup> 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*,<sup>108</sup> 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”.<sup>109</sup> 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*,<sup>110</sup>

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<sup>a</sup> y 2<sup>a</sup> 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 Cornelutti*”), 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;<sup>111</sup> pero el mandato de seguridad, aun dando por evidente el carácter ejecutorio que CASTRO NUNES le asigna<sup>112</sup> y que BUZAID pone en tela de juicio,<sup>113</sup> 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,<sup>114</sup> 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,<sup>115</sup> sino que se basa en la invocación de un derecho,<sup>116</sup> ¿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,<sup>117</sup> 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<sup>a</sup>, 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,<sup>118</sup> ni más ni menos que cuando, verbigracia, homologa un divorcio consensual.<sup>119</sup> 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*,<sup>120</sup> 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,<sup>121</sup> CARVALHO MOURÃO, SEABRA FAGUNDES, ORIZOMBO NONATO, Luiz MACHADO GUIMARÃES y Guilherme ESTELITA,<sup>122</sup> 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,<sup>123</sup> 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.<sup>124</sup>

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 seguridad 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.<sup>125</sup> En cambio, el derecho mexicano es más explícito que el brasileño en la puntualización de qué haya de entenderse por autoridad responsable.<sup>126</sup>

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,<sup>127</sup> 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,<sup>128</sup> 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,<sup>129</sup> 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.<sup>130</sup>

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),<sup>131</sup> 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,<sup>132</sup> 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<sup>a</sup> 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.

## ÍNDICE

Mandato de seguridad y juicio de amparo

por Héctor FIX ZAMUDIO 3

Presupuestos constitucionales del mandato de seguridad

por Alejandro RÍOS ESPINOZA 71

El mandato de seguridad brasileño, visto por un extranjero

por Niceto ALCALÁ-ZAMORA 97

