

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 Agrícola 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: Ilegalidad 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 petitorias 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,¹ 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 disciplinar (artículo 4°).

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 1°:

“Art. 1° 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 reclamo 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 1° de la ley reglamentaria el elemento de temporalidad (de la violación actual o inmi-

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

PRESUPUESTOS DEL MANDATO DE SEGURIDAD

73

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*,² 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.³

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 Tribunal⁴ 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,⁵ 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 Eulalio DE BUENO VIDIGAL, *Da Imutabilidade dos Julgados que concedem mandado de segurança*, São Paulo, 1953, p. 142.

4 Temístocles BRANDÃO CAVALCANTI, *Do mandado de segurança*, 4ª 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 PÍCANÇO, *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".⁶

Durante el Congreso Jurídico de 1922, el Ministro del Supremo Tribunal Federal, Edmundo MUÑOZ BARRETO,⁷ presentó la conocida tesis de que debería crearse un instituto procesal que reintegrara 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 requiriente 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 PIRES y de Odilón BRAGA, que también incluyeron el término *derecho líquido y cierto*.⁸

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*⁹ que más tarde fue sustituido por la de *derecho líquido y cierto*, en la Constitución vigente de 1946.¹⁰

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 Judiciário*, 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.

PRESUPUESTOS DEL MANDATO DE SEGURIDAD

75

cará, con todo, de manera completa, perfecta, irreprochable, clara, modelar, lo que sea. . .”¹¹ aquel concepto.

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

“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.”¹³

“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.”¹⁴

CASTRO NUNES no estuvo acorde con la interpretación del ministro CASTRO MANZO, 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.¹⁵ “Fundado en la práctica norteamericana —nos dice AGRICOLA BARBI¹⁶— 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 *Op. cit.*, pp. 34 a 36.

12 Cita de CASTRO NUNES, in: *Do mandado de segurança*, 6ª ed., Rio-São Paulo, pp. 92 y 93.

13 Recurso Extraordinario N° 2654, Archivo Judicial, vol. 43, p. 111. Cita de CASTRO NUNES, *Op. cit.*, pp. 92 y 93.

14 *Mandado de segurança*, N° 33, Archivo Judicial, vol. 41, p. 10. Cita de CASTRO NUNES, *Op. cit.*, pp. 92 y 93.

15 *Op. cit.*, pp. 92 y 93.

16 *Op. cit.*, p. 54.

de manera inequívoca. Si la ley es oscura 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 inconstitucional. 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”.¹⁷ 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”.¹⁸

Ya en la vigencia de la actual constitución, CASTRO NUNES¹⁹ 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 fácilmente²⁰ 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.²¹

Por su parte, BRANDÃO CAVALCANTI,²² 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.²³

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”.

PRESUPUESTOS DEL MANDATO DE SEGURIDAD

77

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”.²⁴

Para BUENO VIDIGAL,²⁵ 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”.²⁶ 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”.²⁷

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”.²⁸

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

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

26 *O mandado de segurança e sua jurisprudência*. Ministerio de Educação 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 más preciados 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.²⁹

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 disciplinarias 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 disciplinarias, en virtud de que el poder disciplinar de la administración pública, se encontraba en formación. Nota de *Constituições do Brasil*: 3ª ed., Saraiva, p. 198.

PRESUPUESTOS DEL MANDATO DE SEGURIDAD

79

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 ampliación³⁰ 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.³¹

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 *avuls* norteamericanos (SEABRA FAGUNDES, *Do contrôle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 3ª 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, líquido, 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.³³

La legislación procesal penal y la jurisprudencia,³⁴ 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:³⁵ 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.³⁶

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

34 *Código de Procedimiento Penal*, artículos 302, 304, inciso 3º, 306 y 332, frac. 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.

PRESUPUESTOS DEL MANDATO DE SEGURIDAD

81

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*,³⁷ 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.³⁸

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”.³⁹

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. Defínese 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, 2ª 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*".⁴⁰

Como ejemplos alusivos a lo antes afirmado por CASTRO NUNES, AGRICOLA 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.⁴¹ 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*".⁴²

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-générís 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 entran 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.

PRESUPUESTOS DEL MANDATO DE SEGURIDAD

83

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,⁴³ aplicándolas al mandato de seguridad, nos enseña que éstas pueden ser:

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

2º Legitimación o *legitimatío 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)”.⁴⁵

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”.⁴⁶

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

Este principio genérico sufre limitaciones por algunos sectores de la jurisprudencia,⁴⁸ y por las opiniones de una parte de la doctrina,⁴⁹ 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 párrafo 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 SINDOU (*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),⁵⁰ 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:⁵¹

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 disciplinar, 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,⁵² 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.

PRESUPUESTOS DEL MANDATO DE SEGURIDAD

85

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

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”.⁵⁴ 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”.⁵⁵

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”,⁵⁶ 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”.⁵⁷

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 contestación.” 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,⁵⁸ ya que “casi todas las lesiones a derecho del individuo resultan de actos de la Administración Pública”,⁵⁹ 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”⁶⁰ 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”.⁶¹

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.⁶²

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, 5ª 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. Archivo Judiciario, 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.

PRESUPUESTOS DEL MANDATO DE SEGURIDAD

87

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”.⁶³

Ya indicamos en líneas anteriores que, tratándose de actos materialmente administrativos realizados por el poder legislativo, procede en su contra el mandato de seguridad.⁶⁴ 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.⁶⁵

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 contrariasen preceptos constitucionales.

Así RUY BARBOSA,⁶⁶ en tesis memorable que fue aplicada por los tribunales, enseñó, siguiendo la doctrina norteamericana,⁶⁷ 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, Ítem 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 BUZARD, 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,⁶⁸ 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".⁶⁹

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".⁷⁰ Tampoco se admite el mandato contra la aplicación inminente de un decreto ni contra un proyecto de ley.⁷¹

Tratándose de las llamadas "leyes auto-aplicativas"⁷² 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",⁷³ 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".⁷⁴

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, 4ª ed., pp. 179 y 180.

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

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

PRESUPUESTOS DEL MANDATO DE SEGURIDAD

89

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

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*”.⁷⁶ 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”,⁷⁷ 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”.⁷⁸

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:⁷⁹

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 4°.

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

79 *O mandado de segurança e sua Jurisprudencia*, 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”.⁸⁰

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 inconstitucional 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.

PRESUPUESTOS DEL MANDATO DE SEGURIDAD

91

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,⁸¹ 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”.⁸²

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 Nº 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”.⁸³

El mismo autor argumenta: “Evidentemente, a *contrario sensu*, concede 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”.⁸⁴ 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 Nº 2035 de 27 de julio de 1940, artículo 14, I, letra b, que reorganizó la justicia del Distrito Federal; Decreto-Ley Nº 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".⁸⁵

Frente a esta doctrina de sentido extremo, tenemos la de tendencia intermedia. Así, Luis MACHADO GUIMARÃES, ha afirmado que "todos los actos decisorios 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".⁸⁶

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.

PRESUPUESTOS DEL MANDATO DE SEGURIDAD

93

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...”⁸⁷ Más adelante agrega: “Otra sugerición 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, irrecurrible. 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”.⁸⁸

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”⁸⁹ del amparo-casación en el derecho mexicano, pasamos a transcribir la notable opinión de Alfredo BUZÁID 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 *Op. cit.*, pp. 237 y 238.

88 *Op. 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 Nº 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, Nº II, de la Ley Nº 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"⁹⁰ 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.⁹¹

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 sustituto 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".⁹²

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.

PRESUPUESTOS DEL MANDATO DE SEGURIDAD

95

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.⁹³

SEABRA FAGUNDES⁹⁴ 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:⁹⁵

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. Conformes Lucio BITTENCOURT, *O Controle Jurisdicional 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*, Rio de Janeiro, 1954, pp. 81-96, de la misma opinión. En contra: Ministros HAHNEMAN GUTMARÃES y BARROS BARRETO, *Rev. Forense*, vol. 118, p. 405, 1ª, 2ª, 5ª y 6ª, 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 BUZAD, *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 cometen 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)”.⁹⁶

Alejandro Ríos ESPINOZA

De la Asociación Nacional de Abogados
(México, D. F.)

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