

MANDAMIENTO DE SEGURIDAD *

Por Alejandro RÍOS ESPINOZA
Profesor de la Escuela de Derecho
de la Universidad de Sinaloa.

A Alfredo Buzaid.

CAPÍTULO I

DE LA HISTORIA

SUMARIO

1. Introducción.—2. Influencia antigua e influencia lusitana.—3. Época Colonial.—4. Época Imperial.—5. Influencia del habeas corpus y de la acción sumaria especial.—6. Influencia de los interdictos posesorios.—7. Época Republicana.—Proyectos que antecedieron a la Constitución de 1934. Carta Política de 1937. Constitución vigente de 1946.

1. El mandamiento de seguridad del derecho brasileño, institución jurídica destinada a “la tutela de los derechos subjetivos individuales, ofendidos por ilegalidad o abuso de poder”,¹ es un remedio constitucional de reciente

¹ ALFREDO BUZOID. *Juicio de Amparo e Mandado de Segurança*. Separata da “Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo”, año LVI, Fasc. I, 1961, p. 172.

* En la comunicación que presentamos durante el Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil y Terceras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal Civil, celebrado en Sao Paulo, Brasil, en septiembre de 1962, denominamos a esta institución brasileña *Mandato de Segurança* (publicada en “Tres Estudios sobre el Mandato de Seguridad Brasileño” del Instituto de Derecho Comparado, U.N.A.M., México, 1963, junto con los magníficos estudios de Héctor Fix Zamudio y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo). Sin embargo, al igual que el Lic. Arturo Valenzuela (en su traducción del *Juicio de Amparo e Mandado de Segurança* de Alfredo Buzaid, en la “Revista de la Universidad de Michoacán”) empleamos ahora el término *Mandamiento de Seguridad*, pues mientras *mandamento*, en el lenguaje forense, significa “Despacho del

creación del derecho público de la gran nación sudamericana y uno de los más nuevos institutos procesales, con características fundamentales propias, dentro del derecho público latinoamericano.

El mandamiento de seguridad fue creado en la Constitución de la República de los Estados Unidos del Brasil de 16 de Julio de 1934, la que en su artículo 113, parágrafo 33, correspondiente al Título III ("de la Declaración de Derechos"), Capítulo II ("De los Derechos y de las Garantías Individuales"), dispuso:

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

La creación del mandamiento de seguridad fue una consecuencia inaplazable de la necesidad jurídica nacional por encontrar una institución procesal, adecuada y expedita, que protegiese a los gobernados en contra de los actos del poder público, que lesionasen o tratasen de violar sus derechos públicos subjetivos y además bienes de la vida otorgados por la Constitución. Su origen "se encuentra en aquel memorable esfuerzo de adaptación realizado por la jurisprudencia, bajo la égida del Supremo Tribunal en torno del habeas corpus, para no dejar sin remedio ciertas situaciones jurídicas que no encontraban la protección adecuada en el cuadro de nuestras acciones",²

juez, por escrito, mandando ejecutar una cosa", concepto más apropiado al contenido de la institución, *mandato*, se emplea como denominación del "Contrato consensual por el que una de las partes confía su representación personal o la gestión o desempeño de uno o más negocios a la otra, que lo toma a su cargo" (Diccionario manual e ilustrado de la Lengua Española, de la Real Academia, Madrid, Espasa-Calpe, S. A., 1950, p. 964). Ahora bien, aunque en el Diccionario de Derecho Usual de G. Cabanellas, Tomo II, pp. 616 y 619, Mandamiento, significa orden de superior a inferior y la palabra Mandato, se consigna como Mandamiento, es decir, que ambas significan lo mismo, en Derecho Portugués existen las palabras *Mandado* que se aplica cuando se habla de *Mandado de Segurança* y *Mandato* cuando se hace referencia al contrato civil de procuración. (*Dicionário de Processo Civil*) de Eliézer Rosa, Río de Janeiro, 1957, pp. 260 y 267).

² CASTRO NUNES, *Do Mandado de Segurança*, 6ª Edição Forense, Rio-São Paulo, p. 19.

habiéndose inspirado sus autores, "en el juicio de amparo mexicano y en los "writs" del derecho norteamericano".³

2. Algunos autores estudiosos del mandamiento de seguridad, a semejanza de lo que sucede con el amparo mexicano, al tratar de encontrar los orígenes primarios del instituto, van más allá del acto de creación constitucional del mandamiento y se remontan hasta el antiguo derecho romano.

Además de las mismas instituciones citadas por IGNACIO BERGOA,⁴ como la "intercessio", "interdicto de homo-libero exhibiendo", etc., y de todas aquellas otras que de una manera genérica tuvieron como finalidad la protección total o parcial de ciertos derechos de los gobernados frente al poder público, algunos autores brasileños, como el insigne RUY BARBOSA,⁵ han estudiado con marcado interés la influencia del "interdicto posesorio" en el derecho lusobrasileño, a tal grado que llegó a considerársele, a falta de remedio adecuado, el recurso natural y expedito para garantizar a los gobernados, no sólo los derechos reales, sino toda clase de derechos *in genere*.

ATHOS AQUINO DE MAGALHÃES nos dice que, mientras "los romanos reconocían y conferían la posesión solamente a los derechos reales",⁶ los germanos tenían un concepto más amplio de sus alcances, toda vez que a través del instituto denominado "*Gewere*", de hecho se protegía en la vía posesoria, "no solamente a las relaciones jurídicas sobre cosas corpóreas, sino también otras de puro derecho personal". Éste mismo concepto, agrega dicho autor, fue trasladado a la península ibérica por los conquistadores godos y vino a modificar "las instituciones posesorias de los vencidos, transformándose correlativamente, el concepto romano".

Para RUY BARBOSA "la idea de la posesión desprendióse distintamente de la de propiedad en la bella edad de la cultura romana. Bajo la influencia civilizadora del *derecho canónico*, aquella simiente se desdobló en la península ibérica en una germinación nueva: la defensa posesoria amplióse de los derechos reales a los personales. Esa era la tradición legislativa y judicial de Portugal al dejarnos el hogar de sus instituciones para constituir nuestra familia".⁷ Después de citar diversos casos resueltos en la práctica judicial lusitana del siglo XVII,⁸ tratando de demostrar cuánto se distanció la juris-

³ *O Mandado de Segurança e sua Jurisprudência*, Ministerio de Educação e Cultura, Casa Rui Barbosa, 1959, p. 11.

⁴ *El Juicio de Amparo*, México, 5ª Edición.

⁵ Véase *Posse de Direitos Pessoaes*, Rio de Janeiro, 1900.

⁶ *Do Mandado de Segurança*, São Paulo, 1936, pp. 5 y ss.

⁷ *Op. cit.*, p. 22.

⁸ RUY BARBOSA transcribe diversas sentencias de los tribunales portugueses, tratando de demostrar "cuánto se distanció, en progreso, del derecho romano el concepto de la

prudencia de la metrópoli del concepto estrecho de la posesión del derecho romano, afirma que, “entre el derecho brasileño y el derecho romano, media en esta parte, por tanto, esa larga evolución de muchos siglos que reformó la noción originaria de la posesión, rompió el círculo que la ceñía de los derechos reales y alargó el diámetro de la esfera de su defensa a la posesión de todos los derechos susceptibles en su manifestación exterior de violencia y agresión”.⁹

Esta tesis de que en el antiguo derecho lusitano se protegieron los derechos personales in genere mediante los interdictos posesorios, cuyo campo de aplicación se extendió más allá de los derechos reales de la doctrina romana y que dicha práctica fue extendida al derecho brasileño, es la base de la corriente jurídica que a fines del siglo pasado, trató de aplicar la procedencia de los interdictos posesorios para la defensa de los derechos públicos subjetivos de los gobernados frente a los actos ilegales o abusos del poder público. Esta extensión se trató de aplicar inclusive a los derechos políticos y en general, a todo derecho que no amparado por un procedimiento rápido y expedito, sufriese o estuviese a punto de sufrir un ataque ilegítimo de cualquier autoridad.

Dentro de la búsqueda de los antecedentes directos de las instituciones protectoras de los derechos de los gobernados, como lo son el juicio de amparo y del mandamiento de seguridad, dicha tesis debe ser considerada de fundamental interés, ya que viene a poner de relieve la influencia ibero-lusitana en la creación de dichas garantías, tan olvidada y menospreciada por aquellos autores, que para explicar los frutos de nuestra tradición latina, se remiten a las instituciones sajonas.

3. Durante el largo período de la dominación portuguesa, la legislación que rigió en la colonia del Brasil, no estableció un sistema de defensa y de preservación de los llamados derechos individuales en contra de los actos ilegales de la administración, ya que “la monarquía lusitana tenía carácter absoluto y el ejecutivo absorbía en sí todos los poderes, o como afirmaba el Vizconde de Uruguay, existía un solo poder”.⁹

posesión, en la jurisprudencia que de la metrópoli heredó el derecho brasileño”. (Obra citada, p. 27). Dichos casos tratan de derechos personales, como el de un Procurador en el ejercicio de sus funciones al que se le mantiene en posesión del oficio de procurador municipal; otra se refiere a un agravio entre dos abades, en el cual el tribunal superior reconoció caso de fuerza en contra de la posesión, establecida a favor del agravante, en el derecho de asistir a los oficios de difuntos, materia espiritual, etc. *Op. cit.*, pp. 28 a 31.

⁹ CELSO AGRÍCOLA BARBI, *Do Mandado de Segurança*. Belo Horizonte, 1961, p. 28.

Aquellos casos en que los particulares sufrieran lesión en sus derechos por las autoridades hacendarias, eran resueltos por el poder judicial, a través de los mismos procesos ordinarios ya desde entonces tan lentos y complicados. Ello dio lugar a que se crease el Tesoro General y Erario Real, por Ley de 22 de diciembre de 1761, en donde se centralizaron todos aquellos asuntos relativos a la propia hacienda pública. El procedimiento fue establecido por ley de la misma fecha y en la misma se creó y organizó el Consejo de la Hacienda Pública, que “vino a conocer de todas las cuestiones relativas a las rentas y bienes de la corona, cualesquiera que fuese su naturaleza”.¹⁰

AGRÍCOLA BARBI, siguiendo las enseñanzas del Vizconde de Uruguay, nos dice que “el Consejo juzgaba en única instancia, sin recurso alguno, salvo que por la importancia del caso él mismo lo admitiese y el cual se presentaría en forma de consulta al rey; en cuanto a las deudas pasivas de la hacienda pública, continuaban siendo competentes los tribunales judiciales privilegiados o privativos de la propia hacienda”.¹¹

4. Durante el período de vigencia de la Constitución Política del Imperio de Brasil, de 25 de marzo de 1824, el Decreto No. 1 de 15 de noviembre de 1889 que vino a proclamar, aunque provisionalmente, la forma de gobierno republicano federal, las cuestiones relativas a la administración pública y los particulares, se regularon por las Leyes de 4 de octubre de 1831, 242 de 29 de noviembre de 1841 y por el Reglamento No. 124 de 5 de febrero de 1842.

La ley de 4 de octubre de 1831, abrogó la Ley de 22 de diciembre de 1761 y la que, al organizar al Tesoro Público Nacional, “dispuso en su artículo 91 que la jurisdicción hasta entonces ejercida por el Consejo de la Hacienda Pública, pasaba a los Jueces Territoriales, con recurso para las Relaciones del Distrito”.¹²

La segunda ley o sea la No. 242 de 29 de noviembre de 1841, reguló, a través del juicio privativo de los hechos de la hacienda pública, todos aquellos juicios civiles en que ésta tuviese interés alguno,¹³ y por último, el Reglamento No. 124 de febrero de 1842, vino a regular las funciones de un Consejo de Estado para conocer de las cuestiones administrativas. Este Reglamento dispuso en sus artículos 24 a 26, que “en general serán observadas todas las disposiciones del proceso actual, que contribuyendo para el

¹⁰ AGRÍCOLA BARBI, *Op. cit.*, p. 28.

¹¹ *Op. cit.*, p. 28.

¹² AGRÍCOLA BARBI, *Op. cit.*, p. 28.

¹³ AGRÍCOLA BARBI, *Op. cit.*, p. 28.

descubrimiento de la verdad, sin perjuicio de la celeridad indispensable a la marcha administrativa, fueren admisibles en este proceso y no se opusiesen a las determinaciones del presente Reglamento".¹⁴

El procedimiento señalado a seguir ante el Consejo, enseña AGRÍCOLA BARBI, se reguló de los artículos 33 a 51, habiéndose dispuesto que la parte interesada debería presentar su demanda o escrito petitorio, acompañado de los documentos probatorios, ante la Secretaría de Estado que correspondiese, la cual lo turnaba a la Sección del Consejo respectiva, que estudiaba y resolvía el juicio. El consejo estaba constituido en 4 Secciones, con tres miembros cada una, las que juzgaban bajo la presidencia del Ministro de Estado respectivo, que carecía de voto aun en el caso de empate. En contra de las resoluciones de las Secciones procedía recurso ante el Emperador, quien decidía con o sin audiencia del Consejo a través de un decreto. Dicha resolución cuando era favorable a la administración, era ejecutada por el poder judicial, en la misma forma y término que una sentencia y en caso contrario, era ejecutado por la propia administración.¹⁵ Hay que hacer notar que "la fijación de los límites entre la jurisdicción de los tribunales judiciales y de los tribunales administrativos, era, por demás, motivo de cerrada controversia, infuyendo, de un lado, la tradición lusitana de unidad de jurisdicción y de otro, las ideas áuridas de los libros franceses que consagraban la dualidad de jurisdicción existente en su derecho positivo".¹⁶

PEDRO LESSA señala, refiriéndose a la Constitución de 24 de febrero de 1891, que el legislador constituyente, en el artículo 60, letras b) y c), otorgó competencia a la justicia de la Unión para procesar y juzgar todos los litigios en que hubiese interés de la Federación, sea cual fuese la naturaleza de ese interés, lo que trajo como consecuencia la abolición del contencioso administrativo, "confiándose a los tribunales judiciales la atribución de procesar y juzgar los hechos que antes eran de competencia de los tribunales administrativos",¹⁷ lo que en su concepto vino a satisfacer una necesidad de orden jurídico, ya reconocida y proclamada durante la misma monarquía.

5. La citación histórica del contencioso-administrativo en el Brasil, hecha someramente en líneas precedentes, nos sirve, indudablemente, más que como búsqueda de los antecedentes inmediatos del mandamiento de seguridad, que no lo son, para fijar nuestra atención sobre el procedimiento

¹⁴ AGRÍCOLA BARBI, *Op. cit.*, p. 29.

¹⁵ *Op. cit.*, pp. 29 y 30.

¹⁶ AGRÍCOLA BARBI, *Op. cit.*, p. 30. Véase PEDRO LESSA, *Do Poder Judiciaria*. Río de Janeiro, 1915, p. 144.

¹⁷ *Op. cit.*, pp. 143 y 144.

administrativo seguido para resolver ciertos litigios entre los particulares y el poder público.

Pocos son los autores que se han preocupado del estudio del contencioso-administrativo de la colonia, en relación con los estudios históricos del mandamiento de seguridad. Tal vez esto se deba a que dicho instituto está más ligado, "lógicamente, dentro del sistema procesal de Brasil: a) al "habeas corpus" y b) a la "acción sumaria especial" de la Ley No. 221 de 1894".¹⁸ Así veamos:

a) Se considera antecedente al habeas corpus del mandamiento, "porque fue de la aplicación de ese instituto entre nosotros que nació la idea de crear el mandamiento de seguridad. Y eso debido a habersele dado extensión desmedida, impuesta por la necesidad de amparar derechos conculcados por el poder público y para los cuales no existía otro remedio".¹⁹

Agrega TEMÍSTOCLES B. CAVALCANTI que "la creación del mandamiento de seguridad era una necesidad, que traducía en cierta forma, no solamente el clamor de los que percibían la imprescindibilidad de una medida liberal para la protección de derechos individuales, insuficientemente protegidos por el habeas corpus, mas sin embargo, fenómeno curioso del espíritu conservador, exprimía la ansiedad de otros que deseaban conservar la pureza del instituto protector de la libertad individual" y así "para unos, no bastaba en su aplicación liberal, mientras que para otros la profanación de su concepto clásico exigía la creación de otros remedios".²⁰

El habeas corpus ingresó en la vida jurídica de Brasil en el Código de Procedimiento Criminal promulgado por la Ley de 29 de noviembre de 1832, que en su artículo 340 dispuso: "*Todo aquél ciudadano que sufra una prisión o un constreñimiento ilegal en su libertad o entienda que otro la sufre, tiene derecho de pedir una orden de habeas corpus a su favor*". Durante la reforma judicial de 20 de septiembre de 1871, se amplió la esfera del habeas corpus a través de la Ley No. 2033 para ser concedido "no sólo contra la prisión, sino contra todo constreñimiento ilegal".²¹

Sin embargo, posteriormente se trató de restringir sus alcances alegándose por una parte de la doctrina, que fue denodadamente combatida, que

¹⁸ TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Do Mandado de Segurança*. 4a. Ed., 1957, p. 52.

¹⁹ TEMÍSTOCLES B. CAVALCANTI, *Op. cit.*, p. 52.

²⁰ *Op. cit.*, pp. 52 y ss.

²¹ MELCHIADES PICANÇO, *Mandado de Segurança*. Río, 1937, p. 6.

“la garantía del habeas corpus no se extendía a las prisiones administrativas determinadas por el gobierno imperial”.²²

Con el advenimiento de la república, el instituto pasó de las leyes ordinarias a la legislación constitucional. Así en la Carta Fundamental de 24 de febrero de 1891, se dispuso en su artículo 72, parágrafo 22, que “Se otorgará el habeas corpus, siempre que el individuo sufriere o se hallare en inminente peligro de sufrir violencia o coacción, por ilegalidad o abuso de poder”.

Como puede observarse, si durante la reforma judicial de 1871, “se otorgó mayor amplitud al liberal instituto, la Carta Republicana vino aún más a generalizar las posibilidades de su invocación”,²³ lo que fue aprovechado por los partidarios expansionistas. Así, RUY BARBOSA consideró, interpretando el concepto constitucional, que “Coacción es la presión empleada en condiciones de eficacia, contra la libertad en el ejercicio de un derecho, cualquiera que ese sea. Violencia es el uso de la fuerza material empleada por el poder público, en cualquier forma y en grado eficiente para evitar, contrariar o dominar el ejercicio de un derecho...; el habeas corpus hoy se extiende a todos los casos en que un derecho nuestro, cualquier derecho, estuviere amenazado, maniatado, imposibilitado en su ejercicio por la intervención de un abuso de poder o de una ilegalidad. Desde que la Constitución no particularizó los derechos que con el habeas corpus quería proteger contra la coacción o contra la violencia, está claro que su propósito era escudar contra la violencia y la coacción, todo aquel derecho cualquiera, que el poder público podía impedir y lesionar en sus manifestaciones”.²⁴

Con esta tesis, el insigne jurista trató de ampliar la procedencia del habeas corpus más allá de la protección al derecho de locomoción y de aquellos otros cuyo ejercicio dependiese de ese mismo derecho. Sin embargo, “el Supremo Tribunal Federal, mientras tanto, e indeciso entre la tesis liberal de RUY BARBOSA y la de los paladines de la conservación de las líneas clásicas del habeas corpus del derecho inglés, optó por una posición intermedia: pasó a conceder el habeas corpus solamente cuando el derecho a proteger se ejerciese a través de la libertad de ir y venir. Según PEDRO LESSA, siendo el derecho de locomoción el medio de ejercer un determinado derecho,

²² LUIS EULALIO DE BUENO VIDIGAL, *Da Imutabilidade dos julgados que conceden Mandado de Segurança*. São Paulo, 1953, p. 28.

²³ BUENO VIDIGAL, *Op. cit.*, p. 28.

²⁴ Cita de BUENO VIDIGAL, *Op. cit.*, p. 30.

el Supremo Tribunal no estaba extendiendo el instituto más allá de su concepto clásico".²⁵

Por estas interpretaciones, el habeas corpus vino a proteger innumerables derechos diferentes al de locomoción, como por ejemplo, los casos en que se concedió "para anular acto administrativo que mandara cancelar la matrícula de un alumno en la escuela normal; para conceder segunda época de exámenes a estudiantes; por motivos de privación ilegal del ejercicio de la patria potestad; para garantizar a un profesor que no era brasileño de nacimiento, el derecho de enseñar la lengua portuguesa",²⁶ etc., y hasta se extendió para la protección de cuestiones electorales, es decir, a los derechos políticos.

Contra esta nueva ampliación se formuló nueva redacción del habeas corpus en la reforma constitucional de 1926, que en el mismo artículo 72, parágrafo 22, dispuso lo siguiente: "*Se otorgará el habeas corpus siempre que alguien sufra o se encuentre en inminente peligro de sufrir violencia por medio de prisión o constreñimiento ilegal en su libertad de locomoción*".

Sin embargo, esta nueva redacción tendiente a limitar el habeas corpus a la protección estricta del derecho de locomoción tuvo efímera vigencia, ya que "al estallar la revolución de 1939, cuyo triunfo señaló el fin de la vigencia de la Constitución de 1891, el movimiento tendiente al restablecimiento de hecho y de derecho de las garantías que la reforma constitucional de 1926 tratara de suprimir, se desencadenó y ganó largo impulso a través de las tres siguientes consideraciones fundamentales: a) el habeas corpus puede, mediante la protección del derecho de locomoción, amparar otros derechos; b) cuando no fuese posible por ese medio, asegurar el derecho individual, debe otorgarse al ciudadano la protección posesoria; c) la ley deberá establecer medio específico, rápido y eficaz para los casos en que no procedan ni el habeas corpus ni los interdictos posesorios".²⁷

B) La "acción sumaria especial" "se halla también ligada al mandamiento de seguridad, no sólo por la naturaleza de los derechos protegidos, muchos, semejantes a los mismos del nuevo instituto, sino también por las razones que justificaron su creación".²⁸ Este recurso fue creado por la Ley No. 221 de 20 de noviembre de 1894, siendo destinado "a invalidar los actos o decisiones de las autoridades administrativas federales, lesivos de los derechos de los individuos. La característica fundamental de esa innovación está no solamente en el carácter sumario del rito procesal, que tiende a

²⁵ BUENO VIDICAL, *Op. cit.*, p. 31.

²⁶ BUENO VIDICAL, *Op. cit.*, p. 34.

²⁷ BUENO VIDICAL, *Op. cit.*, p. 35.

una solución más pronta y eficaz del derecho amenazado o violado, como también en la posibilidad de ser suspendido el acto o medida "initio", si a eso no se opusieran razones de orden público".²⁹

Poca o ninguna eficacia tuvo esta acción especial y muy tempranamente "se desvanecieron las esperanzas despertadas por la ley. La causa del fracaso de la acción especial parece haber sido el contraste entre la suspensión inmediata del acto y el juzgamiento demorado del pleito".³⁰ Además, "por otro lado, con la reforma del sistema procesal, por el nuevo Código de Procedimiento Nacional, púsose en duda la subsistencia de la acción sumaria especial, desapareciendo, así, uno de los medios rápidos para garantizar el ejercicio de los derechos"³¹ y también, como lo afirmase el Prof. ALCÁNTARA MACHADO, cuando fue Presidente de la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de Diputados "o por la incompetencia de los jueces, o por la inercia de los interesados o por la imperfección del sistema, la verdad es que, en la práctica, la acción especial se mostró destituida de eficacia por la propia naturaleza de los derechos en causa".³²

6. Además del "habeas corpus" y de la "acción sumaria especial", debemos considerar la antecedencia e influencia del "interdicto posesorio" o de la "posesión de derechos" en la creación del mandamiento de seguridad. Afirma al respecto ALFREDO BUZÁID que "a pesar de las ventajas concedidas por la Ley (No. 221 de 20 de noviembre de 1894, que instituyó la acción sumaria especial), no se dieron por satisfechos los interesados; procuraron recurrir a otros medios judiciales a fin de impedir la amenaza de violación inminente u obtener el pronto restablecimiento del derecho violado. Servíanse entonces ya de los interdictos posesorios, ya del habeas corpus; el primero visaba a la tutela de la llamada "posesión de derechos" y el segundo", ampliado considerablemente en su objeto y desnaturalizado en su finalidad, que es la garantía de la libertad de locomoción, pasó a ser una fórmula genérica de protección de derechos civiles contra la administración pública".³³

La procedencia de los interdictos posesorios fue defendida por RUY BARBOSA en diversos artículos, publicados en 1896 en el "Jornal de Comercio", en ocasión del juicio entre los profesores de la Escuela Politécnica y el Estado,

²⁹ TEMÍSTOCLES B. CAVALCANTI, *Op. cit.*, pp. 52 y 53.

³⁰ ALFREDO BUZÁID, *Do Mandado de Segurança*. "Revista dos tribunais", Vol. 258 abril de 1957, pp. 36 y ss.

³¹ ALFREDO BUZÁID, *Do Mandado de Segurança*, pp. 36 y 37.

³² TEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, *Op. cit.*, p. 53.

³³ Cita de CASTRO NUNES, *Do Mandado de Segurança*. 6ª Ed., pp. 23 y 24.

³⁴ *Do Mandado de Segurança*, p. 37.

en los cuales trató de demostrar que “si en obras de jurisconsultos brasileños de incontestable merecimiento se halla consagrado el principio de que sólo procede interdicto o acción posesoria en el *jus in re propria* o *in re aliena*”, tal doctrina es una herejía jurídica, la que “sólo puede apoyarse en el derecho romano y no constituye derecho patrio, ya que nuestro derecho consuetudinario, constante y vivo, rompe con el pasado, afronta el presente, con atención permanente en el progreso del derecho”.³⁴

Para esto, dijo RUY BARBOSA, “sustento que la posesión, limitada en el principio al señorío directo de las cosas corpóreas, extendióse sucesivamente, aun en Roma, a las servidumbres, a la anfiteusis y a la superficie, por influencia del derecho canónico y de la práctica del foro, a los derechos episcopales, a los diezmos, a los derechos aduanales, y modernamente, según IHERING, a innumerables derechos que pueden ser objeto de la “quasi-*posse*”.³⁵

Esta tesis fue contrariada por una parte de la doctrina y la jurisprudencia, así como rebatida en congresos nacionales de jurisprudencia, quedando en suspenso la suerte de los derechos subjetivos de los gobernados no amparados por garantía alguna. Así PEDRO LESSA, uno de sus impugnadores, en sentencia declarada en 23 de enero de 1909, hacía ya notar que “repelida la teoría de la protección posesoria de las cosas incorpóreas, muchos derechos individuales han de quedar fatalmente sin defensa y los agentes de la autoridad o del poder supremo del país vendrá a ser el árbitro exclusivo de los derechos, deberes y regalías del ciudadano. Se tendrán así por substituidas las garantías constitucionales por las garantías administrativas, eufemismo poco feliz que suspende de hecho la aplicación de las leyes en beneficio de los funcionarios que serán o no responsables, civil o criminalmente por los abusos cometidos en el ejercicio de las funciones”.³⁶ En seguida afirma y se pregunta el insigne jurista: “La Constitución garantiza vg. el libre ejercicio de cualquier profesión moral, intelectual o industrial. A despecho de esto, el gobierno impide discrecionalmente a un individuo cualquiera, debidamente diplomado, el ejercicio de la abogacía en juicio: ¿no es justo que sea él mantenido en el derecho de ejercer libremente su profesión? ¿Cuál es la acción que le compete? ¿Acaso la del artículo 13 de la Ley No. 221 de 1894? Esta no será eficaz porque es tardía y solamente servirá para reparar el mal causado, no lo evitará, no frustrará el atentado, no repelerá la ofensa, luego no es eficaz ni es un remedio adecuado”.³⁷ Ante esta circunstancia, aún

³⁴ *Da posse de direitos pessoais*, p. 3.

³⁵ BUENO VIDIGAL, *Op. cit.*, pp. 36 y 37.

³⁶ Cita de BUENO VIDIGAL, *Op. cit.*, pp. 38 y 39.

³⁷ Cita de BUENO VIDIGAL, *Op. cit.*, p. 39.

llega a aceptar la práctica del interdicto posesorio de manera genérica, antes de que los individuos queden en el total desamparo y así hace la siguiente interrogante: “¿Será más simple, más jurídico, más honesto y hasta más humano mantener al ciudadano, claramente amenazado de una violencia en la posesión de su derecho incontestable, que la Constitución dice garantizar más que la jurisprudencia no garantiza y a la que, cuando mucho, dará tardía y tal vez mezquina reparación?”.³⁸

7. ALFREDO BUZUID afirma que la primera sugestión destinada a encontrar una forma judicial de tutela diferente de los interdictos y del habeas corpus, aparece en el artículo 73 del Proyecto de revisión constitucional elaborado por ALBERTO TORRES³⁹ en 1914 y que dice: “Es creado el *Mandamiento de Garantía* destinado a hacer consagrar, respetar, mantener o restaurar, preventivamente, los derechos individuales o colectivos, públicos o privados, lesionados por acto del poder público o de los particulares, para los cuales no haya otro remedio especial. Parágrafo único: este mandamiento sólo podrá ser expedido después de escuchado el Consejo Nacional u otro órgano competente del Poder Coordinador cuando el derecho lesionado fuera de naturaleza esencialmente política, interesara directamente a la independencia de los otros poderes públicos o cuando la lesión resultase de actos de aquel poder. En el ejercicio de esta distribución, competirá al órgano competente del Poder Coordinado decidir, bajo criterio político y administrativo, el punto de interés público o gubernamental considerado en la causa”.^{39 bis}

Fue durante el Congreso Jurídico de 1922, cuando el juicio de amparo mexicano ingresó a la historia jurídica del mandamiento de seguridad, a través de la tesis presentada por el Ministro MUÑIZ BARRETO,⁴⁰ que por el interés indudable que significa para la tradición jurídica del amparo, transcribimos a continuación la parte relativa: “De lo que necesitamos es de un instituto semejante al recurso de *amparo*, creado en México, con rito sin embargo, más sumario y que comprenda tanto la agresión al derecho, proveniente de autoridad pública, como la derivada de un acto privado. Expuesto el hecho en la petición, probado él con documentos que hagan prueba absoluta y citada la ley que se dice violada con ese hecho, el juez mandará que el indicado ofensor responda en plazo breve, instruyendo la respuesta con los instrumentos u elementos que tuviere. Como si se tratase de un proceso de habeas corpus, el juez juzgará sin demora la causa. Si verifica que el derecho

³⁸ *Do Mandado de Segurança*, p. 37.

³⁹ El proyecto fue publicado en el apéndice a su obra *Organização Nacional*.

^{39 bis} *Juicio de Amparo e Mandado de Segurança*, p. 216.

⁴⁰ Cita de BUENO VIDICAL, *Op. cit.*, pp. 41 y 42.

alegado no es cierto y líquido o que el hecho no está probado, mandará que el requiriente recurra a los medios comunes. Un funcionario público vitalicio es exonerado, sin serlo en virtud de sentencia; un magistrado es transferido, a pesar de ser inamovable; es ordenado el cobro de un impuesto que ninguna ley creó; es impuesta una multa de acuerdo con una ley ya revocada.

He ahí algunos de los casos en que procederá ese instituto procesal".⁴¹

Aunque en 1926, como ya vimos anteriormente, fue limitado el habeas corpus a garantizar la libertad de locomoción, una parte de la doctrina pronto le dio una interpretación más amplia en el sentido de que si garantizaba la libertad de locomoción, ésta libertad comprendía de la misma manera la locomoción para determinado fin. La doctrina contraria a la extensión del instituto volvió a insistir sobre la procedencia de los interdictos posesorios o de la acción sumaria especial.

En esta situación, el 11 de agosto de aquel mismo año, el Diputado GUSTEU PIRES, presentó el proyecto de ley No. 148 que instituyó el *Mandamiento de Seguridad*, destinado "a proteger todo derecho personal, líquido y cierto, fundado en la Constitución o en Ley Federal que no tuviese como condición de ejercicio la libertad de locomoción. Expuesto el hecho en la petición, probado documentalmente, citados los textos legales violados, el ofensor deberá ser citado para presentar su defensa y probarla dentro de 5 días, siguiéndose la sentencia".⁴²

Este proyecto, según ALCÁNTARA MACHADO, tuvo inspiración en el "writ of mandamus", en el "writ of injunction" anglo-americanos y en el juicio de amparo mexicano, aprovechando además las instituciones jurídicas utilizadas por el derecho brasileño como lo eran el habeas corpus y la acción sumaria especial,^{42 bis} principalmente del penúltimo instituto, ya que "la doctrina brasileña del habeas corpus, es una de las creaciones jurídicas que más marcaron la evolución de nuestro derecho público, comparándose con la creación de la teoría del "délouement de pouvoir" por el Consejo de Estado en Francia y con el control de la constitucionalidad de las leyes por la Corte Suprema en los Estados Unidos".⁴³

Dicho proyecto fue presentado a la Sesión Legislativa por la Comisión de Justicia de la Cámara y fue discutido exhaustivamente con marcado interés, aunque al igual que los otros proyectos, que le siguieron no llegó a convertirse en ley. Durante el año de 1927 se presentaron el del "sustitutivo"

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

⁴² Cita de BUENO VIDICAL, *Op. cit.*, p. 42.

^{42 bis} Cita de CASTRO NUNES, *Op. cit.*, p. 26.

⁴³ *O Mandado de Segurança e sua Jurisprudencia*, p. 11.

de AFRANIO DE MELLO FRANCO, y los de MATTOS PEIXOTO, ODILÓN BRAGA,⁴⁴ BERNARDES SOBRINHO⁴⁵ y de CLODOMIR CARDOSO.⁴⁶ En 1928, se presentó el Proyecto de SERGIO LORETO.⁴⁷

Después de la victoria revolucionaria de 1930 fue instituido un Gobierno Provisional y fue cerrado el Parlamento, siendo hasta 1934, cuando la nueva Constitución, en su artículo 113, parágrafo 33, vino a convertir en precepto constitucional toda la inquietud, la esperanza y la rebeldía de un siglo, a través de la siguiente fórmula:

“Se otorgará mandamiento 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 mandamiento no perjudica las acciones petitorias competentes”.

El mandamiento de seguridad fue reglamentado por la Ley No. 191 de 16 de enero de 1936, la cual tuvo vigencia al igual que la Constitución hasta el 10 de noviembre de 1937 en que ésta fue sustituida por una “Carta Política”, que vino a suprimir el nuevo instituto. El mandamiento fue mantenido en su extensión y efectos por el Decreto-Ley No. 6 de 16 de noviembre de 1937 habiendo sido reglamentado por el Código de Procedimiento Civil de 1939.

En la Constitución Federal de 1946, artículo 141, parágrafo 24, retornó el mandamiento de seguridad a su categoría constitucional, con algunas modificaciones literales, tal como sigue:

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

⁴⁴ Señaló que “para los fines perseguidos por el Proyecto Gudesteu Pires, sería bastante extender a los derechos personales los mismos remedios de protección que han sido suficientes para la defensa de los derechos reales” y que el procedimiento debería ser el mismo que el de las acciones posesorias. Cita de BUENO VIDIGAL, *Op. cit.*, p. 43.

⁴⁵ Este Proyecto se limitó a “enumerar los derechos que protegería el mandamiento de seguridad. Cita de BUENO VIDIGAL, *Op. cit.*, p. 43.

⁴⁶ “Destinábase a proteger, mediante orden de garantía, todo aquel que tuviese derecho individual líquido y cierto fundado en dispositivo legal o constitucional”. El proceso sería sumario y en la fase probatoria se presentaría inclusive la prueba testimonial. Cita de BUENO VIDIGAL, *Op. cit.*, p. 44.

⁴⁷ Su propósito era la protección del ejercicio de todo derecho constitucional su privación por acto ilegal administrativo y “concedido el mandamiento la administración podría, mediante acción judicial, litigar la restauración del acto administrativo”. Cita de BUENO VIDIGAL, *Op. cit.*, p. 44.

En los artículos 101, I, letra I y 141, párrafo 4o., se dispuso, además, que el Supremo Tribunal Federal tendrá competencia para procesar y juzgar originariamente los mandamiento de seguridad contra actos y del Presidente de la República, de la Cámara o del Senado y del Presidente del propio Tribunal Federal, y que la ley no podrá excluir de la apreciación del Poder Judicial cualquier lesión al derecho individual, respectivamente.

Actualmente, el mandamiento de seguridad se encuentra reglamentado por la Ley No. 1533 de diciembre de 1951.

CAPÍTULO II

DE LA TELEOLOGIA

SUMARIO

1. Introducción.—El Mandamiento de seguridad como “Garantía de la Constitución.—2. “Derechos” y “Garantías”.—Su clasificación. Determinación del grupo de garantías al que pertenece el Mandamiento de seguridad.—3. Alcance jurídico del mandamiento y tendencia a su ampliación teleológica.—4. Otras garantías de control constitucional que junto con el mandamiento y el habeas corpus, integran la “jurisdicción constitucional” del derecho brasileño.—5. La Acción directa de declaración de inconstitucionalidad.—6. La acción popular.

1. El mandamiento de seguridad, “creación del derecho brasileño”, según la enseñanza de ALFREDO BUZUID,¹ tiene como finalidad inmediata “resolver, de manera pronta y eficaz, determinadas situaciones jurídicas, sin precisar recorrer el largo camino del proceso ordinario, con sus plazos dilatados y su complicado sistema de recursos. Su originalidad, sin embargo, consiste no tanto en simplificar actos y términos, cuanto en resolver conflictos de interés entre el particular y la Administración Pública, resguardar de la amenaza o violación de su derecho y en conferir ejecución específica e inmediata al juzgamiento”.²

Como fin mediato, el mandamiento de seguridad persigue la defensa constitucional, como “garantía jurisdiccional” específica de los derechos subjetivos públicos de los gobernados (salvo la libertad de locomoción protegida por la garantía constitucional del habeas corpus) y en general de todo derecho (de naturaleza civil, política, etc.) otorgado a las personas jurídicas de derecho privado, por la Ley Fundamental o por las leyes ordinarias.

En estos términos, es una institución jurídica que debe ser comprendida dentro de las llamadas “garantías de la Constitución”,³ que a semejanza

¹ *Do Mandado de Segurança*, cit.

² *Do Mandado de Segurança*, cit.

³ De la terminología Kelseniana usada por HÉCTOR FIX ZAMUDIO. *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución Mexicana*. México, 1955, p. 70.

del amparo mexicano tiende principalmente a la protección de los “derechos fundamentales del hombre”, antes o después del sufrimiento de una violación proveniente de los agentes del poder público.

Su inclusión dentro del capítulo “De los derechos y garantías individuales” de la Constitución de 1934, como defensa procesal de los mismos derechos, fue como ya vimos, la fructificación de un largo y penoso esfuerzo de varias generaciones de juristas brasileños, que trataron de instituir una figura procesal constitucional, que además del *habeas corpus*, garantizase a los demás derechos no protegidos por éste. Su creación vino a atender “en cierta forma, la necesidad de una medida liberal para la protección de los derechos primarios del individuo, insuficientemente protegidos por el *habeas corpus*, sino que además, fenómeno curioso del espíritu conservador”, también la de aquellos otros, “que deseaban conservar la pureza del instituto protector de la libertad corporal”.⁴

Durante casi todo el siglo pasado y más de un cuarto del actual, Brasil careció dentro de sus instituciones jurídicas, de un medio procesal que permitiese de manera rápida y eficaz, la protección y la seguridad de los derechos de sus habitantes. Además, a semejanza de lo sucedido en la mayoría o en casi todos los países, no era suficiente la inclusión de las libertades de los individuos en la Constitución, para que éstas fuesen respetadas *a priori* por las autoridades. Esto sucedía, porque, conforme ya lo ha observado MAURO CAPPELLETTI “no obstante que los referidos derechos fundamentales han sido consagrados constitucionalmente y que por esta circunstancia deberían estimarse como de “más fuertes” que los ordinarios, en realidad son mirados con poca confianza por sus destinatarios y con poco respeto por aquellos que deberían acatarlos”.⁵

De allí la importancia tan grande que tuvo la aparición de tan noble garantía y el adelanto tan magistral que significó para la tradición jurídica del derecho brasileño. Y es que, “en la compleja trama de relaciones que vinculan a los hombres dentro del Estado moderno, el interés por la declaración solemne de los derechos y prerrogativas en fórmulas más o menos perfectas, ha cedido al de asegurar prácticamente su vigencia. Hoy es más importante conseguir que esos derechos tengan eficacia y vigor en el orden de la realidad, que definirlos por escrito en catálogos o tablas constitucio-

⁴ THEMÍSTOCLES B. CAVALCANTI. Citado por SEGUNDO V. LINARES QUINTANA, *Acción de Amparo*. Buenos Aires, p. 57.

⁵ *La Jurisdicción Constitucional de la Libertad*. Traducción de Héctor Fix Zamudio. Imprenta Universitaria. México, 1961, pp. 4 y 5.

nales".⁶ Además, podemos agregar con las palabras de Linares Quintana, que "un Estado no es constitucional por el mero hecho de tener una Constitución, cualquiera que sea la forma y contenido de ésta, sino que únicamente merece el calificativo de tal, el Estado que se rige por una Constitución orientada al propósito esencial del amparo de la libertad y la dignidad del individuo, mediante la limitación del poder público. De donde resulta que la libertad constituye el substracto teleológico de la Constitución, del Estado constitucional, y, por lógica implicancia, del derecho constitucional. Por ello es que se dice y con razón, que el derecho constitucional es la ciencia de la libertad".⁷ Más adelante sitúa al mandamiento de seguridad dentro del sistema de "garantías de la Constitución", cuando afirma que en cualquier país del mundo que encaje dentro de un molde jurídico-político, "todo habitante cuya libertad constitucional, —no importa en cuál de sus aspectos, ha sido o está en peligro de ser conculcada, sea por los órganos del poder público o por cualquier particular, tiene a su disposición un remedio procesal—, sea que esté el mismo mencionado expresamente o no en la Constitución o en la ley, y cualquiera que sea su denominación: *habeas corpus*, *amparo*, *mandamiento de seguridad*, etc. que le permita obtener, en forma rápida y expeditiva, el amparo del Estado para hacer cesar inmediatamente la indebida restricción o inminencia de restricción de cualquiera de sus derechos constitucionales. De lo contrario, el Estado no será constitucional o lo será sólo de nombre".⁸

2. Conforme afirmación de BIDART CAMPOS, "los *derechos* son atributos, facultades, libertades, etc., que se reconocen o se otorgan a los individuos que componen la población del Estado".⁹ Estos pueden ser divididos en: a) *derechos naturales* y b) *derechos positivos (constitucionales)* y c) *derechos mixtos* o sean de una categoría intermedia (que nosotros llamamos positivos constitucionales u ordinarios).¹⁰

⁶ GERMÁN BIDART CAMPOS, *Derecho de Amparo*. Buenos Aires, 1961, p. 17.

⁷ *Op. cit.*, p. 11. HÉCTOR FIX ZAMUDIO (*La garantía jurisdiccional*, etc., pp. 90 y 91) estudia y define al *Derecho Procesal Constitucional*, como "La disciplina que se ocupa del estudio de las garantías de la Constitución, es decir, de los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales, cuando las mismas han sido violadas, desconocidas o existe incertidumbre acerca de su alcance o de su contenido, o para decirlo con palabras *carneletianas*, son las normas establecidas para la composición de los litigios constitucionales".

⁸ *Op. cit.*, pp. 12 y 13.

⁹ *Op. cit.*, p. 28.

¹⁰ BIDART CAMPOS, *Op. cit.*, p. 28.

Los primeros son, conforme a la doctrina de aquel autor, aquellos exigidos y establecidos por la justicia, en virtud de ser atributos inherentes a la persona humana, como lo son, por ejemplo, los derechos a la vida, libertad, etc. Su existencia en los textos constitucionales implica simple reconocimiento y constatación, trascendiendo más allá de la positividad.¹¹

Los llamados *derechos positivos (constitucionales)*, “son realmente otorgados por la constitución porque revisten naturaleza meramente positiva, como por ejemplo, algunos derechos políticos”.¹²

Los pertenecientes a la tercera categoría intermedia y que denominamos *derechos positivos constitucionales u ordinarios*, “son ya determinaciones alejadas del derecho natural, deducciones últimas, que tienen un ingrediente de positividad muy marcado; así mientras el derecho a la vida, a la libertad, etc., son naturales y como tales reconocidos positivamente por la constitución, algunas determinaciones sobre la modalidad de la propiedad, las formas de expropiación, las conductas lesivas del derecho a la vida, etc., son producto de la normación positiva y dependen de lo que ésta regula”.¹³

Ahora bien, “los derechos, en cuanto se constitucionalizan en el texto escrito, expresa o implícitamente, son “declarados”... e implican facultades o atributos jurídicos de sus titulares, oponibles erga omnes, salvo cuando expresamente se los consagra para hacerlos valer ante un determinado sujeto pasivo. Quiere decir que son verdaderos *derechos públicos subjetivos*, exigibles ante el Estado y ante los demás hombres”.¹⁴

Estos derechos públicos subjetivos no deben ser confundidos con los sistemas procesales jurídicos que tienen como finalidad su protección y realización efectiva y que denominan “garantías”. Así entendidas, las garantías “son las instituciones de seguridad creadas a favor de las personas,

¹¹ Op. citada, p. 28.

¹² BIDART CAMPOS, *Op. cit.*, p. 28.

¹³ BIDART CAMPOS, *Op. cit.*, p. 28.

¹⁴ BIDART CAMPOS, *Op. cit.*, p. 28. IGNACIO BURGOA (*Las Garantías Individuales*, 2a. ed., México, 1954, pp. 28 y 29), afirma que “El reconocimiento que el orden jurídico estatal hace respecto de ese mínimo de libertad humana y de sus lógicas y naturales derivaciones, así como de otros factores o circunstancias imprescindibles para el desenvolvimiento de la personalidad del hombre, es pues, lo que constituyen “los derechos públicos individuales, que en nuestro sistema constitucional reciben el nombre de *garantías individuales*”. En seguida agrega que además de ser reconocidos por el orden jurídico del Estado, aquellos derechos “Equivalen también a una auto-limitación de la actividad de los órganos o autoridades de éste en favor de los individuos o de sus miembros en general, o sea que el Estado, en ejercicio de la soberanía, como poder social supremo se impone a sí mismo cortapisas o diques a su actuación, que no son sino los derechos fundamentales del hombre”.

con el objeto de que dispongan del medio para hacer efectivo el reconocimiento de un derecho".¹⁵

JUAN FRANCISCO LINARES hace la siguiente clasificación de las garantías, por categorías o grupos:¹⁶

a) Garantías en sentido *estricto*, que incluyen los procedimientos judiciales tuitivos de la libertad jurídica, como la demanda y la excepción de inconstitucionalidad.

b) Garantías en sentido *estrictísimo*, que incluyen únicamente los procedimientos judiciales sumarios y de reglas procesales, como el habeas corpus, el amparo, (el mandamiento de seguridad), el derecho a no declarar en contra de sí mismo, etc.

c) Garantías en sentido *amplio*, que abarcan las llamadas garantías políticas, como la división de poderes, la renovación y elegibilidad de los funcionarios, etc.

d) Garantías en sentido *amplísimo*, que comprenden a todas las instituciones liberales, inclusive la constitución escrita y el *bill* de derechos incorporado a ella.¹⁷

Por su parte, HÉCTOR FIX ZAMUDIO¹⁸ enseña que el término "garantía" tiene diversas connotaciones dentro del Derecho Público, lo que ha dado lugar a innumerables confusiones. Así, afirma, existen diversos puntos de vista sobre su significado, que se pueden clasificar como sigue: a) el sentido que denomina "tradicional", que parte del criterio de que la inscripción de ciertos derechos en la Constitución implica su garantía, toda vez que no pueden ser modificados por la vía legítima ordinaria; b) garantía como sinónimo de protección de la Ley Fundamental" o sea como medio de preservar el orden jurídico establecido en la Constitución o en general por el derecho público"; es decir, garantías sociales, políticas y jurídicas y c) garantías como el método procesal para hacer efectivos los mandamientos fundamentales, en el que "se distingue netamente entre el derecho subjetivo público constitucional y el medio de hacerlo efectivo".

¹⁵ CIRO FÉLIX TRIGO. Cita de BIDART CAMPOS. *Op. cit.*, p. 29.

¹⁶ Cita de BIDART CAMPOS, *Op. cit.*, p. 32.

¹⁷ LINARES QUINTANA. (Cita de BIDART CAMPOS. *Op. cit.*, p. 29), considera que sólo el segundo grupo es el correcto ya que en su concepto "las garantías constitucionales son los medios jurídicos encaminados a la protección y al amparo de la libertad constitucional", Bidart Campos afirma, relacionando la seguridad jurídica con las garantías, que éstas abarcan los cuatro sentidos que les asigna Juan Francisco Linares, pues toda forma de contención del poder para asegurar al individuo es, en vigor, una garantía sin perjuicio de que las típicas se definan en los incisos a) y b).

Así, concluye que en su concepto “sólo pueden estimarse como verdaderas garantías, los medios jurídicos de hacer efectivos los mandamientos constitucionales”,¹⁹ aunque distinguiendo, en términos kelsenianos, entre “garantías fundamentales” que son las normas fundamentales o instituciones públicas, es decir, las garantías individuales, sociales e institucionales y “garantías de la Constitución,” que son “los métodos procesales, represivos y reparadores, que dan efectividad a los mandamientos fundamentales, cuando son desconocidos, violados o existe incertidumbre respecto de su forma o contenido”.²⁰

Por último, debemos recordar la clasificación de MARIO PERALTA MÉNDEZ que divide a los diversos sistemas de control y garantía constitucional, tomando en cuenta el alcance de sus efectos y la naturaleza del órgano encargado del control. En cuanto al alcance de sus efectos, considera sistemas de control de alcance general, particular y mixto y por la naturaleza del órgano, clasifica los sistemas protectores por sistemas de control por órganos políticos, neutros, jurisdiccionales (de protección total y de protección parcial), mixtos y populares.²¹

3. Ahora bien, de este estudio somero de los “derechos fundamentales” y de las llamadas “garantías constitucionales”, así como de las diversas clasificaciones de estas últimas, podemos considerar que el mandamiento de seguridad es una garantía constitucional de carácter jurisdiccional, con alcance particular y que consecuentemente tiende a la protección (parcial) de la Ley Fundamental al salvaguardar y hacer efectivos los derechos públicos subjetivos de los gobernados que consigna (salvo los amparados por habeas corpus) y todo derecho civil, político, etc., siempre que sea líquido y cierto. Su protección se extiende no sólo al campo de los derechos constitucionales, sino que tutela todo el orden jurídico positivo, constitucional u ordinario, que establezca derechos dirigidos a las personas físicas o jurídicas de derecho privado.

Como veremos al estudiar su naturaleza intrínseca, esta garantía procesal constitucional opera por vía de acción judicial, hecha valer por el agraviado ante los tribunales federales o locales correspondientes, con efectos relativos inter-partes. Su procedencia es de carácter excepcional o extraordinario, toda

¹⁸ *La Garantía Jurisdiccional...* pp. 68, 69 y 70.

¹⁹ HÉCTOR FIX ZAMUDIO. *La Garantía Jurisdiccional...*, p. 70.

²⁰ HÉCTOR FIX ZAMUDIO. *La Garantía Jurisdiccional...*, p. 70.

²¹ *La Constitución, Sistemas para su Defensa*, México, 1946, p. 33.

²² ENRIQUE DE CARVALHO SIMAS. *Inconstitucionalidade de lei e Mandado de segurança*. Rio, 1954. p. 64.

vez que “solamente procede cuando se trata de proteger derecho evidente que supere a toda duda razonable, pues en los casos comunes en que el derecho es discutible, procederá una acción ordinaria o especial”.²²

Ahora bien, aunque literalmente la finalidad del mandamiento de seguridad, desde su institución en la Constitución de 1934 fue la protección de todos los derechos líquidos, ciertos e incontestables, no amparados por *habeas corpus*, que fuesen violados o estuviesen en peligro de ser conculcados “*por acto ilegal de cualquier autoridad*”, la doctrina y la jurisprudencia, unánimes en cuanto a su procedencia en contra de los actos administrativos, discordan en cuanto a su aplicación cuando se trata de los actos típicamente jurisdiccionales y legislativos. Sin embargo, como lo estudiaremos en el próximo capítulo, la tendencia ha sido la ampliación teleológica de la institución, en contra de los actos típicos de los tres poderes tradicionales.

4. Además del mandamiento de seguridad y del *habeas corpus*, cuyos campos de aplicación trataremos de delimitar en el próximo capítulo, existen en el Derecho Constitucional Brasileño otras dos garantías de control constitucional, que son las llamadas “Acción directa de declaración de inconstitucionalidad” y “Acción popular”, y que vienen a completar el cuadro de la “jurisdicción constitucional”²³ del derecho brasileño.

5. La acción directa de declaración de inconstitucionalidad es una institución establecida para la “defensa directa de la estructura orgánica del sistema constitucional brasileño”²⁴ y tiene su fundamentación en el artículo 8o. de la Constitución vigente, en relación con el art. 7o. del mismo Ordenamiento.²⁵

El artículo 7o. establece lo siguiente:

“Art. 7o.—El Gobierno Federal no intervendrá en los Estados, salvo para:

VII.—Asegurar la observancia de los siguientes principios:

- a) Forma republicana representativa;
- b) Independencia y armonía de los poderes;
- c) Temporalidad de las funciones electorales, limitada la duración de éstas a las de las funciones federales correspondientes;

²³ Cfr. Con las garantías jurisdiccionales del Derecho Mexicano. Véase la obra de HÉCTOR FIX ZAMUDIO *Jurisdicción Constitucional Mexicana*. Imprenta Universitaria. México, 1961, impresa junto la *Jurisdicción Constitucional de la Libertad* de MAURO CAPPELLETTI.

²⁴ ALFREDO BUZUID. *Juicio de Amparo e Mandado de Segurança*, véase p. 228.

²⁵ *Juicio de Amparo e Mandado de Segurança*. Cit., p. 228.

- d) Prohibición de reelección de gobernadores y prefectos para el período correspondiente;
- e) La autonomía municipal;
- f) Prestación de cuentas de la administración;
- g) Garantías de poder judicial”.

Por su parte el artículo 80. dispone, que:

“Art. 80.—La intervención será decretada por ley federal en los casos números VI y VII del artículo anterior.

Parágrafo único: en el caso del No. VII, el acto atacado de inconstitucionalidad será sometido por el Procurador General de la República al examen del Supremo Tribunal Federal y si éste la declarase, será decretada la intervención”.

JOSÉ FREDERICO MÁRQUEZ afirma que “el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en el Derecho Brasileño, fue técnicamente ampliado con la norma del artículo 80. parágrafo único de la constitución brasileña, una vez que de allí surgió verdadero *contencioso constitucional* destinado a posibilitar la intervención federal o la suspensión de la ejecutoriedad de la regla o acto violador de la Constitución”.

Haciendo una comparación entre la acción directa y el mandamiento de seguridad, ALFREDO BUZAIID afirma que la distinción es sustancial y profunda, ya que mientras la acción directa “constituye defensa directa de la estructura orgánica del sistema brasileño...”, “el mandamiento” constituye una defensa directa de la dogmática de los derechos individuales. Ambos concurren para preservar la integridad de la Constitución. Mas en cuanto la acción directa tiene importancia decisiva porque se fundamenta en ofensa capaz de destruir la estructura del sistema constitucional, el mandamiento de seguridad, ciñese a la protección de los derechos individuales, de limitada y estricta repercusión que no trasciende los límites de la esfera privada. La acción directa, al contrario, preserva el orden público”.²⁶

La acción directa se encuentra reglamentada en la Ley No. 2271 de 22 de julio de 1954, que establece el procedimiento de manera originaria ante el Supremo Tribunal Federal. Los efectos de la sentencia dictada por dicho Tribunal tiene dos efectos: o la decisión basta por sí misma para restaurar, el orden jurídico violado o en el caso contrario, el Congreso Nacional deberá decretar la intervención del gobierno federal.²⁷

²⁶ ALFREDO BUZAIID. *Juicio de Amparo e Mandado*... Cit., p. 228.

²⁷ ALFREDO BUZAIID. *Juicio de Amparo*... Cit., p. 228.

6. El estudio de la "acción popular" en el derecho constitucional brasileño, lo dividiremos, para mejor claridad y de una manera sistemática, en los siguientes temas: a) Artículo 141, parágrafo 38 de la Constitución vigente; b) Falta de Reglamentación; c) Naturaleza de la acción popular; d) Requisitos de la acción popular, y e) Procedimiento de la acción popular y el mandamiento de seguridad.

a) La llamada "acción popular"²⁸ se encuentra instituida en el derecho brasileño,²⁹ en el Capítulo de los derechos y garantías individuales, artículo

²⁸ La definición clásica y originaria de la acción popular, se debe a PAULO (Digesto, Liv. 47, título 23, frag. I, *de popularibus actionibus*), quien en el derecho antiguo romano enseñó que se denomina "acción popular, a aquella que ampara el derecho propio del pueblo" *Eam popularem actionem dicimus quae suum jus populi tuetur* (ARY FLORENCIO GUIMARÃES, "Aspectos da ação popular de Naturaleza Civil", Curitiba, 1957, pp. 24 y 25). En el derecho brasileño tenemos, entre otras, la definición de SEABRA FAGUNDES (*Da Ação Popular*, "Revista de Direito Administrativo", Vol. VI, p. 1) quien nos dice que "La acción popular es aquella por medio de la cual, el individuo provoca el pronunciamiento del órgano judicial, sobre actos o abstenciones de la Administración Pública, y que, no lesionando derecho suyo, afecten, de cualquier modo, al derecho objetivo en lo que concierne a los servicios públicos, al dominio del Estado, a los servicios administrativos y a las obligaciones públicas" (Cita de ARY FLORENCIO GUIMARÃES, *Aspectos da Ação Popular*, cit., p. 25). La acción popular, como ya dijimos, tuvo su origen en el derecho romano, en donde, "al lado de las acciones privadas intentables por persona determinada (la parte lesionada o sus herederos) para la reparación de un daño sufrido por el autor o para la condenación del reo para el pago de una pena pecuniaria, en favor de aquél, conocieron y practicaron los romanos, las llamadas *acciones populares*, ejercitables por cualquier ciudadano y tendientes a la protección de un interés antes público, quede privado del autor" (BONJEAN, *Traité des Actions*. Vol. II, 258, nota I. Cita de PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, *Ensaio sobre a Ação popular*, S. Paulo, 1939, p. 9). Estas acciones tuvieron una constante aplicación durante la época de la República a través de diversas formas (o sea de "*sepulchro violato*" que procedía contra quienes violasen los sepulcros; "*de dejectis et effusis*", contra los que lanzasen objetos en la vía pública; "*de passitis et suspensis*", contra aquel que mantuviere objetos en suspenso en los techos y tejados, sin que tomase las necesarias precauciones para evitar su caída en lugar frecuentado; "*de termine moto*", en contra de quien poseyendo animales feroces, no los mantuviese en condiciones de que no atacasen a terceros, etc.), pero, sin embargo, cayeron en desuso durante la época de los Césares y quedaron más tarde, como simples antecedentes, en la legislación Justiniana y, "dada su naturaleza..., no pudieron resurgir bajo el dominio de las monarquías absolutas, para al final, venir a reaparecer en los Estados regidos por las instituciones liberales". (PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, op. cit., p. 18.

²⁹ Las Ordenaciones Filipinas, que tuvieron vigencia en Brasil durante la mayor parte del dominio portugués, no se refirieron expresamente a las acciones populares, aunque algunos autores han defendido que sobrevivieron en ciertos casos tanto en

141, parágrafo 38, de la Constitución Federal, el cual dispone, literalmente, que "Cualquier ciudadano será parte legítima para pleitear la anulación o la declaración de nulidad de actos lesivos del patrimonio de la Unión, de los Estados, de los Municipios, de las entidades autárquicas y de las sociedades de economía mixta".³⁰

Brasil como en Portugal. La primera Constitución de 1824, en su artículo 157, estableció que "Por soborno, peculado y concusión, habrá contra ellos (jueces de derecho y oficiales de justicia), *acción popular, que podrá ser intentada, dentro del año y día, por el propio quejoso o por cualquiera del pueblo, guardado el orden de procedimiento establecido por la ley*". También durante el derecho imperial, el habeas corpus fue y ha sido un ejemplo típico de acción popular de naturaleza penal. Ahora bien, "el tema de la sobrevivencia de la acción popular de naturaleza civil, ganó relevancia cuando se realizaron los estudios, sobre el proyecto del Código Civil" (ARY FLORENCIO GUIMARÃES, op. cit., p. 29) y en este aspecto, en torno del artículo 184, que se convirtió en el número 76 del Código, se llevó a efecto el debate sobre dicha acción. Este último artículo quedó como sigue: "*Para proponer o contestar una acción, es necesario tener legítimo interés, económico o moral. Parágrafo único: el interés moral solamente autoriza la acción, cuando se refiera directamente al actor o a su familia*". La no supresión del parágrafo único, como lo intentaron los defensores de la acción popular, cerró la posibilidad de que ésta surgiese, pues "lo que prevalecía, de allí para adelante (1916), era el interés como medida de la acción, no siendo lícito ni permitido a nadie, que litigase sin demostrar en juicio, a través de los procedimientos adecuados, que un acto o hecho le causaba, perjuicio *individualmente*, en un regreso al viejo aforismo de "*res inter a lios acta vel iudicata, aliis nec nocet procedes*" (CLOVIS BEVILAQUA. Cita de ARY FLORENCIO GUIMARÃES, op. cit., p. 31). La Constitución de 1934, como ya antes apuntamos, instituyó la acción popular constitucional de carácter civil, otorgando a cualquier ciudadano, el derecho de "*pleitear, como parte legítima, la declaración de nulidad o anulación de los actos lesivos del patrimonio de la Unión, de los Estados o de los Municipios*", según parágrafo 38 del artículo 113. Este precepto mereció un proyecto de reglamentación, presentado por el diputado paulista TEOPONIO MONTEIRO DE BARROS FILHO, en mayo de 1936, al cual se le agregó la enmienda sustitutiva del diputado FERREIRA DE SOUZA, de abril de 1937, y cuyos estudios no siguieron adelante, porque, en este último año, entró en vigor nueva Constitución, que suprimió a la acción popular. Por último la Constitución vigente de 1946, restauró a tan interesante figura jurídica.

³⁰ Algunos autores (ARY FLORENCIO GUIMARÃES, FRANCISCO RAITANI, *ops. cit.*, pp. 126 y 25, respectivamente, entre otros) consideran que junto a la acción popular constitucional, existen en el derecho brasileño otras acciones populares *ordinarias*, siendo éstas las previstas en los artículos 670 y 35, parágrafo 1o, del Código de Procedimiento Civil y de la Ley de la Nacionalidad, correspondientemente. El primer precepto establece que "la sociedad civil con personalidad jurídica, que promoviere actividad ilícita o inhumana, será disuelta por acción directa, mediante denuncia de cualquier persona o por órgano del Ministerio Público", mientras que el segundo establece de que la nulidad del decreto de naturalización, decorrente de la falsedad ideológica o material de cualquiera de los documentos exigidos por la ley, podrá ser

b) Este precepto, al igual que el artículo 113, parágrafo 38 de la Constitución de 1934, que instituyó por primera vez a la acción popular civil en el derecho constitucional de Brasil, no ha sido reglamentado, muy a pesar a que, desde 1953, se encuentra en estudios legislativos el Proyecto No. 2466/1952 y el *Sustitutivo* BILAC PINTO.³¹

declarada en acción debidamente regulada en los artículos 23 y 24, promovida por el Ministerio Público Federal o por *cualquier ciudadano*. Así, afirman, la acción popular procede en los siguientes casos: a) a través del precepto constitucional, en contra de las actividades de las autoridades que lesionen el patrimonio de las instituciones públicas, por iniciativa de cualquier ciudadano, y b) por disposición de leyes ordinarias, en contra de la actividad ilícita o inmoral de los particulares o de las sociedades civiles, por iniciativa de cualquier persona, sea o no ciudadano, según el precepto de que se trate. En contra de la tesis de que existe una acción popular en el citado artículo 670, ELIEZER ROSA (*Diccionario de Processo Civil*. Río de Janeiro, 1957, p. 41) afirma de que “el hecho de que la denuncia pueda ser hecha por *cualquiera del pueblo*, no otorga el carácter de acción popular al hecho que en ella se funda. En las acciones populares el ciudadano es el autor de la acción, lo que no acontece en la acción establecida por el artículo 670. Así como en la acción penal, por denuncia de cualquiera del pueblo, la parte actora no es el denunciante, así también en la acción civil pública, como es la del artículo 670, el denunciante “cualquiera del pueblo”, no es la parte actora”.

³¹ Este proyecto y su Sustitutivo “regulan, no solamente los casos permisivos de la acción popular, fundados en actos nulos o simplemente anulables, sino que también incluyen otras hipótesis lesivas, especialmente discriminadas en su texto”. (ARY FLORENCIO GUIMARÃES, op. cit., p. 57) mientras que el Proyecto “contiene evidentemente características de orientación liberal”, en cuanto al instituto de la lesión, “el sustitutivo Bilac Pinto, disciplina, bajo rigor técnico digno de nota, los casos de *desvío de poder*, habiendo merecido aplausos, principalmente en esa parte, no solamente del emérito profesor RAFAEL BIELSA, como aún del profesor JOSÉ FREDERICO MÁRQUEZ, quien publicó su parecer en artículo publicado de “O Estado de Sao Paulo” del 31 de diciembre de 1954. De dicho sustitutivo afirma el catedrático de la Universidad de Buenos Aires: “Actualmente, en ciertos sistemas, como el francés, se defiende el derecho *objetivo* en cuanto a la *legalidad de la actividad administrativa* y aún en su *moralidad*, por medio de recursos contenciosos, llamados de anulación, que son bien conocidos, tales como el *exceso de poder* y el *desvío de poder*, (que en realidad, este último, es una forma derivada del anterior, aunque mucho ahora pueda tener mayor ámbito de aplicación). Eso explica que la actual acción popular proceda en los casos en que procede el recurso de desvío de poder. Así se considera en el proyecto presentado por el Diputado Prof. BILAC PINTO en el Congreso Nacional de Brasil. En ese notable proyecto se instituye un régimen orgánico y completo, bien inspirado y que si fuese convertido en ley, como es lógico esperar, elevará el espíritu cívico de la parte consciente y responsable del pueblo y contribuirá para el saneamiento moral de la administración pública, en los tres órdenes de la Unión de los Estados y de los Municipios” (ARY FLORENCIO GUIMARÃES, op. cit., p. 57).

Sin embargo, aunque la acción popular nunca tuvo aplicación durante la vigencia de la Constitución de 1934, pues “entendíase, en verdad y la concepción en aquel tiempo asumía, según parece, una interpretación más o menos pacífica entre los doctrinistas y constitucionalistas, que el precepto dependía para su aplicación, de la correspondiente complementación por la ley ordinaria”,³² el dispositivo vigente ha corrido con mejor aceptación y los Tribunales, “en efecto, no han vacilado en admitir la aplicación inmediata del mandamiento constitucional, según las reglas del procedimiento ordinario inscrito en el Código de Procedimiento Civil”.³³

c) En relación con la naturaleza de la acción popular, establecida constitucionalmente en el derecho brasileño, PONTES DE MIRANDA, afirma que “la legislación ordinaria, desde el Imperio, hizo del habeas corpus una acción popular. Ahora el parágrafo 38, del artículo 141, nos da el caso típico. Las leyes pueden crear otras acciones, inclusive para la guarda y ejecución de la Constitución y de cuya creación depende, inclusive el éxito de muchos artículos de la Constitución de 1946, que aunque programática, carece del suficiente número de derechos públicos subjetivos. La acción (popular) es *constitutiva negativa*, razón por la cual debería mejor decirse en el precepto

³² ARY FLORENCIO GUIMARÃES. Op. cit., p. 39. Además de una fuerte opinión contraria a la propia acción popular en sí y de las tesis que clamaban por la reglamentación del instituto, como requisito *sine qua non* para la aplicación del instituto, “La jurisprudencia, por su lado, fallando en la época de su misión creadora y vivificante del derecho, no trató de sanar la falta de reglamentación del precepto constitucional y casi de manera sistemática negó la aplicación del instituto en los casos concretos debatidos en los tribunales, como lo prueban algunos pronunciamientos existentes en los archivos forenses. Cuando mucho, llegaron a condicionar el uso de esta acción a que el ciudadano pleitease en torno de la cosa pública desde que el mal uso de ésta le afectase directamente su propio interés” (ARY FLORENCIO GUIMARÃES, op. cit., pp. 38 y 39).

³³ ARY FLORENCIO GUIMARÃES, op. cit., p. 64. El mismo autor agrega que “el juez brasileño, al proceder así, se situó correctamente dentro de la concepción encerrada en los artículos 113 y 114 del Código de Procedimiento Civil, en relación con las normas establecidas en los artículos 4o. y 5o. de la Ley de Introducción al Código Civil y que regulan expresamente su conducta frente a las lagunas existentes en los institutos legales. Con esta actitud mental y jurídica de la magistratura nacional, fue otorgada plena realización, indudablemente, a lo establecido por la Constitución Federal, pues dichas sentencias vinieron a suplementar al cánón constitucional, merced a la aplicación de las reglas y de los principios generales de derecho, todo para el fin elevado y de carácter socio-jurídico, de dar vida y existencia efectiva a la acción del pueblo, a fin de que ésta no cayese, peligrosamente, dentro del nuevo sepulcro del silencio o tal vez de la muerte” (op. cit., pp. 63 y 64).

“la anulación o la decretación de la nulidad”, en vez de hablar de “declaración de nulidad”, expresión viciosa”.³⁴

Por su parte, TEMÍSTOCLES B. CAVALCANTI nos dice que “la fórmula *anulación o declaración de nulidad* es redundante, porque el objetivo es la ineficacia del acto lesivo”,³⁵ con lo cual da a entender lo “contrario de lo que se desprende de la lección de Pontes de Miranda de que la *ratio essendi* de la acción popular instituida en el precepto constitucional es la *lesión*, que puede ser decretada por el Poder Judicial, a pesar de que el acto administrativo se presente formalmente válido, bajo el prisma del cumplimiento de las exigencias legales o reglamentarias”.³⁶

FRANCISCO RAITANI, en el examen de ambas tesis, concluye de que, para PONTES DE MIRANDA, el Poder Judicial examina, preliminarmente, el acto impugnado bajo el prisma de la constitucionalidad o de la ilegalidad, para, después, averiguar la ocurrencia de la lesión. Así, si el acto es válido, conforme a la Constitución y a la Ley, el juez no considerará la cuestión de la lesión, mientras que, para BRANDAO CAVALCANTI, el acto es nulo porque es lesivo”.³⁷

Por su parte, ARY FLORENCIO GUIMARÃES, se pregunta si “la lesión verificada en el acto administrativo, será suficiente para la decretación de la procedencia de la acción constitucional, independientemente del examen de la nulidad o anulabilidad” y después de colocarse al lado de la corriente doctrinal y jurisprudencial que responde afirmativamente, concluye que “el acto administrativo, cuando sufre de nulidad prevista en la ley o de una lesión que afecte profunda y visiblemente al patrimonio público, no puede, en resumen, quedar libre el control del juez, en los términos del artículo 141, parágrafo 38 de la Constitución Federal, de acuerdo con la mejor doctrina que dimana, no solamente de la letra sino también del espíritu de la norma dictada por el poder constituyente”,³⁸ terminando por repetir los conceptos de PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO:

“Imposible, en fin, el encerramiento de este estudio, sin que se pida la atención de todos para la más importante consecuencia de cuanto se dispone en el parágrafo 38 del artículo 141 de la Constitución, y que no es, —según

³⁴ Comentarios a la Constitución de 1946; vol. III, p. 381. Cita de ARY FLORENCIO GUIMARÃES, op. cit., p. 46.

³⁵ *A Constituição Federal Comentada*, Vol. III, p. 264. Cita de ARY FLORENCIO GUIMARÃES, op. cit., p. 46.

³⁶ ARY FLORENCIO GUIMARÃES, op. cit., p. 46.

³⁷ FRANCISCO RAITANI, op. cit., p. 17. Cita de ARY FLORENCIO GUIMARÃES, op. cit., p. 46.

³⁸ Op. cit., p. 53.

nos parece—, la de haber facultado a cualquier ciudadano el ejercicio de la acción popular, sino la de que ha introducido una innovación profunda en materia del control judicial de los actos administrativos, al examinarlos bajo el aspecto de la conveniencia o de la moralidad. Ahora, llamados a juzgar si el acto impugnado es o no lesivo al patrimonio público, no vemos cómo puedan evitar los jueces aquel mismo pronunciamiento, tras el examen de la conveniencia y de la propia moralidad del acto”.³⁹

Por nuestra parte, acordes con la misma doctrina, nos permitimos considerar de que la acción popular es de naturaleza diversa o sea de naturaleza *constitutiva, declarativa y aun precautoria o preventiva*, según las peculiaridades de cada caso, del contenido de la petición y de la manera como se puedan evitar los efectos de la lesión y de salvar los intereses patrimoniales de la colectividad, antes o después de consumado el acto ilegal, válido formalmente o jurídicamente anulable, ya que “la acción popular... impone la interferencia del poder judicial en un sector relevante, hasta aquí casi o totalmente sustraído a su control: el de la moralidad del acto administrativo. En efecto, indagando si el acto es lesivo o no al patrimonio de una de las personas que en él participan (persona de derecho público o sociedad de economía mixta), *el juez tendrá que atenerse más a un criterio moralista (examinando las ventajas o desventajas decorrentes del acto, la honestidad de la operación, etc.) que de legalidad (aplicación de las prescripciones legales sobre la competencia, formación y contenido de los contratos, etc.)*. Así, es auspiciosa esa posibilidad que se abre el control jurisdiccional de la buena y correcta gestión sobre el patrimonio público y aun su propia existencia, es ya una garantía de un mayor cuidado en la disposición y aplicación del dinero del pueblo”.⁴⁰

d) El primer requisito para que exista una *acción*, conforme a la tesis de CHIOVENDA,⁴¹ o sea el de la existencia de la norma jurídica cuya aplicación se demanda, lo agota la acción popular con su propio enunciado en la ley constitucional, en los términos del artículo 141, párrafo 3º antes transcrito.

En consecuencia, procederemos ahora al estudio de los otros dos requisitos o sean la “*legitimatío ad causam*” y el “*interés en la acción*”.

En la acción popular, la legitimación activa o sea la identificación de la

³⁹ Op. cit., p. 54.

⁴⁰ SEABRA FAGUNDES. *Da Ação Popular*, op. cit., Vol. VI, p. 19. Cita de ARY FLORENCIO GUIMARÃES, op. cit., p. 53.

⁴¹ Véase ACRÍCOLA BARBI, op. cit., pp. 50 y ss.

persona del actor con la persona favorecida por la ley, corresponde, según la expresión literal del precepto constitucional, a “cualquier ciudadano”.

Sin embargo, “al intérprete desprevenido de la Carta Magna, le podrá parecer que todo y cualquier brasileño u hombre del pueblo aquí radicado, podrá intervenir en juicio para pleitear, en los términos del parágrafo 38 del artículo 141, la anulación o la declaración de la nulidad de actos lesivos del patrimonio de las entidades enumeradas en el precepto constitucional. El vocablo *ciudadano*, adoptado por el constituyente, está ahí empleado, todavía, en su sentido eminentemente jurídico y usual entre nosotros, para, designar única y exclusivamente, al ciudadano brasileño, originario o naturalizado en la forma establecida por la Ley Básica e integrante, por el respectivo alistamiento, del cuerpo político organizado por la Justicia Electoral”.⁴²

Esto se debe, afirma ARY FLORENCIO GUIMARÃES, a que “la acción popular... es una de las formas típicas del ejercicio de derechos políticos, cuyo *substratum* es la libertad. Ella se integra, en otras palabras, en la normatividad del *jus civitatis*, que tiene a su vez en el *jus sufragii*, en los sistemas de democracia representativa o indirecta, el canal humano por el que pasan, como fuente del poder organizador, la voluntad y la determinación del cuerpo político de la nación”.⁴³ Además, como lo afirma RAFAEL BIELSA, es una función pública, “aunque el actor no sea funcionario. Y es función pública por su objeto, por su fin, por su modo de ejercicio y por sus efectos. Su objeto es la impugnación de un acto de Estado o sea, de sus poderes u órganos, su fin es la anulación o extinción del acto, su modo de ejercicio es de derecho público; sus efectos jurídicos modifican el orden positivo o los actos de la autoridad pública”.⁴⁴

En estos términos, “forma típica de participación del ciudadano en la fiscalización de los negocios administrativos, se desprende que toda persona que no se encuentre investida de la calidad política de ciudadanía caracterizada jurídicamente... por la adquisición del título de elector, no estará en condiciones de proponer la acción popular. Los extranjeros, aunque residan en el país con carácter permanente, figuran dentro de los que se encuentran imposibilitados para ejercer la franquicia democrática.”⁴⁵

⁴² ARY FLORENCIO GUIMARÃES, op. cit., pp. 68 y 69.

⁴³ Op. cit., p. 73.

⁴⁴ Cita de ARY FLORENCIO GUIMARÃES, op. cit., p. 73.

⁴⁵ ARY FLORENCIO GUIMARÃES, op. cit., pp. 73 y 74. El mismo autor considera que el ingreso del ciudadano en la acción popular no prescinde de la necesidad de que sea patrocinado por un abogado y en cuanto a la *legitimatío ad processum*, agrega que

Por lo que respecta a la legitimación pasiva o sea, la identidad de la parte demandada con la parte obligada, el precepto constitucional, de manera genérica, se refiere a que procederá la acción popular en contra de los “*actos lesivos del patrimonio de la Unión, de los Estados, de los Municipios, de las entidades autárquicas y de las sociedades de economía mixta*” y en consecuencia, contra los actos irregulares o amorales de las autoridades que los provoquen, cualquiera que sea éste el Poder al que pertenezcan y las funciones de que se encuentren investidas.

Ahora bien, tratándose de los actos del Poder Judicial que hayan transitado por cosa juzgada y que sean lesivos del patrimonio de las entidades públicas citadas y enumeradas en el precepto constitucional, encuentra la acción popular en su aplicación, un límite jurídico-positivo infranqueable, y esta barrera sólo podría ser apartada por el legislador que tomase en cuenta su naturaleza política y las nuevas tendencias a que está sometido el viejo instituto de la lesión. Este último fenómeno es descrito por CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA cuando afirma que “No tenemos en el momento (en el derecho brasileño) un instituto de la lesión con toda su ordenación ideológica concatenada. Mas la legislación proteccionista, intervencionista, socializante y equitativa, compone un conjunto articulado y norteado en la misma dirección a que él (el fenómeno evolutivo) no es extraño. Tenemos un instituto penal de la lesión, que extiende su nombre sobre el edificio juscivilístico. Es este conjunto el que cría y alimenta esta fase intermedia entre lo que fuera y lo que será el instituto de la lesión en Brasil. Por cierto parecerá una extravagante audacia la afirmación hecha en estos términos, pre-anunciadores de la resurrección de este organismo. No es necesaria, sin embargo, intuición adivinatoria para hacerla. Basta atender la tendencia del

“los brasileños, originarios o naturalizados, con edad entre 18 y 21 años, portadores de título electoral, toda vez que en el gozo de las prerrogativas inherentes a la ciudadanía no dependen del consentimiento de sus padres o tutores, tampoco lo requieren para presentar la acción popular” y que lo mismo acontece con la mujer casada, que ya no precisa más de la conformidad del marido (op. cit., pp. 126 y 127). Considera igualmente que los partidos políticos, sindicatos u otras asociaciones tampoco pueden impetrar por sí mismas la acción popular, aunque sí cualquiera de sus directores o agremiados en su calidad de *ciudadano*, (op. cit., pp. 79 a 81), así como que “al Ministerio Público, además de las funciones fiscalizadoras y de opinión comúnmente confiadas a sus agentes en los casos de su obligatoria interferencia previstos en la procesalística en general, deben ser concedidas atribuciones para el impulso de la acción popular, sin perjuicio, es claro de la *legitimitatio ad causam* constitucionalmente otorgada a cualquier ciudadano y toda vez de que se trata de un órgano especialmente destinado en el Estado de derecho, a la fiscalización y defensa de lo que interesa a la colectividad” (pp. 127 y 128).

derecho en todo el mundo, reflejada en la doctrina, en las floraciones legislativas y en lo que podemos conocer de las manifestaciones jurídicas, para obtener un dato preciso y concreto sobre este rumbo inequívoco del derecho positivo de adaptación a los imperativos de la moral y al ideal de justicia".⁴⁶

En cuanto al tercer elemento de la acción o sea el del "interés" en actuar, hay autores que han sustentado la tesis de que por no ser un interés directo y personal en el objeto del litigio, aquél que caracteriza y pone en movimiento al impetrante de la acción popular, ésta no puede ser admitida.⁴⁷

Sin embargo, "al paso que en las acciones en general (privadas) lo que lleva al autor a ejercitarlas, es el interés que tiene en la realización de un derecho que le es propio, en las acciones populares existe la particularidad de que el derecho objeto del pleito no pertenece al autor, mas sí al organismo o comunidad de que forma parte. El interés de actuar, propio del actor popular, no puede objetivar así —según la opinión del insigne MORTARA—, la posibilidad de venir a ser el mismo, el sujeto de aquel derecho que la decisión favorable de la controversia venga a reconocer. Concretizase antes en el reflejo que pueda tener, sobre quien acciona pro populo o en provecho de la colectividad, el reconocimiento por la decisión de un derecho perteneciente a ésta".⁴⁸

Por otra parte, "si nos remontamos además, al propio concepto del interés en actuar" y a la noción aún más remota del derecho de acción, llegamos a concluir de que no hay necesidad de artificios doctrinales, para comprender y explicar, tanto el interés en actuar popular como la propia acción por él ejercitada. En verdad, autónomo el derecho de acción nada hay en rigor que circunscriba al titular del derecho que por la misma acción se hace valer. Es posible, en otras palabras, conferirlo a persona diversa de ese mismo titular, una vez que posea, claro es, interés *legítimo* en la afirmación o en el restablecimiento del derecho en causa. Y *legítimo* se dice el interés que la ley ampara. Ahora, en los casos especiales en que determinadas legislaciones admiten las acciones populares, lo que existe es precisamente ésto: diferimiento del derecho de acción a la persona diversa, diversa de la del titular del derecho en juego (en este caso la colectividad), atribución que se funda al descubrir la ley en el particular a quien se difiere, un interés bastante para ejercitarla".⁴⁹

⁴⁶ Cita de ARY FLORENCIO GUIMARÃES, op. cit., p. 55.

⁴⁷ PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, op. cit., p. 40.

⁴⁸ PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, op. cit., p. 39.

⁴⁹ PAULO BARBOSA DE CAMPOS FILHO, op. cit., pp. 47 y 48.

En estos términos y por ser además, tanto el objeto como la finalidad de la acción popular eminentemente pública, “en ella el ciudadano pleitea no la defensa de un derecho privado, directo e incorporado a su patrimonio sino qua actúa en defensa y resguardo de un derecho impersonal o sea por el patrimonio de la colectividad política o social de que forma parte, fiscalizando así la actuación que el Estado y sus prolongamientos autárquicos o funcionales, por intermedio de sus representantes o agentes, imprime a los servicios públicos”.⁵⁰

Por esta circunstancia es que también la acción popular es “*indisponible*, no conciliándose con su índole, consecuentemente, los institutos de la *desistencia* y de la *transacción*, reglamentados por el Código de Procedimiento Civil como causas de cesación de la instancia (artículo 16, 55, 204 y 207)”.⁵¹

f) Habiendo antes indicado que la jurisprudencia de los tribunales, “no ha dejado de aplicar inmediatamente el mandamiento constitucional, resta dejar indicado —y sobre este punto, creemos no quedará ninguna duda, en fase del sistema adoptado por la vigente procesualística—, que el desenvolvimiento de la acción, en juicio, debe subordinarse a las reglas del Procedimiento ordinario (artículo 291 y siguientes del Código de Procedimiento Civil) ya que no existe un rito especial para la *actio popularis*”,⁵² el cual, por otra parte, es el mismo adoptado por el artículo 10 del Sustitutivo BILAC PINTO.

ARY FLORENCIO GUIMARÃES considera que “el procedimiento especial del mandamiento de seguridad, no es “compatible con la verdadera naturaleza jurídica de la acción del pueblo. En el *writ* se pretende cautelar derecho eminentemente privado del suplicante contra acto ilegal o abusivo de cualquier autoridad, que lesione un *jus* individual líquido y cierto, no amparable por *habeas corpus*, en cuanto en la acción popular de naturaleza civil, según la regla permisiva del texto constitucional, el objeto del pleito es únicamente público, porque tiende en último análisis, a la defensa por el ciudadano, en carácter impersonal y cívico, del patrimonio de la entidad de derecho público o institución semejante. Inconfundibles, como se observa, las dos formas procesales, dada la diversa relación de derecho que constituye el ámbito de incidencia de cada una de ellas”.⁵³

⁵⁰ ARY FLORENCIO GUIMARÃES, op. cit., p. 127.

⁵¹ ARY FLORENCIO GUIMARÃES, op. cit., p. 127.

⁵² ARY FLORENCIO GUIMARÃES, op. cit., p. 67.

⁵³ Op. cit., p. 66.

En cuanto a las diferencias entre ambos institutos, considera el mismo autor en que “es específica, repítase, la finalidad constitucional de dichos remedios jurídicos de control de actos de los agentes del poder público: el mandamiento de seguridad es la medida protectora de un derecho preexistente y cuyo titular, directo e inmediato, es el particular, sea persona natural o jurídica. En la acción popular, por lo contrario, el ciudadano actúa no en la defensa de un derecho sustancial propio, incorporado en su patrimonio particular, mas sí por causa de un interés cívico y general que lo impele a fiscalizar a los gobernantes o a aquellos que manejan de cualquier manera, el patrimonio público, en el sentido de una colaboración en favor de la moralidad y eficiencia administrativas. El primero puede ser requerido por cualquier persona, sea o no portadora de los requisitos de ciudadanía, la segunda solamente por el brasileño-elector”.⁵⁴

Por último, repitamos con el mismo jurista, la afirmación de CASTRO NUNES sobre la única hipótesis en que puede proceder el mandamiento de seguridad: “La acción que está admitida para *pleitear* no puede ser procedente a través del mandamiento de seguridad, salvo si requerido éste para asegurar al *ciudadano* el ejercicio mismo de aquel derecho, esto es, *del derecho* de intentar la *acción popular*, en el caso de que le fuese impedido por cualquier coacción del poder público”.⁵⁵

⁵⁴ Op. cit., p. 68.

⁵⁵ Cita de ARY FLORENCIO GUIMARÃES, op. cit., p. 68.

CAPÍTULO III

DE LA FUNDAMENTACION CONSTITUCIONAL

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 N° 1533.—3. Primer presupuesto “Derecho Líquido y Cierto”.—4. Conceptuación: “Derecho cierto e incontestable” y “Derecho Líquido y Cierto”.—5. Origen e interpretación histórica del concepto “Líquido y Cierto”.—6. Opinión de CASTRO NÚNES.—7. Opinión de TEMÍSTOCLES B. CAVALCANTI.—8. Opinión de BUENO VIDIGAL.—9. *Jurisprudencia*.—10. Segundo Presupuesto: *Habeas Corpus* y Mandamiento de seguridad. Delimitación de sus campos de aplicación.—11. Opinión de SEABRA FAGUNDES.—12. Opinión de CASTRO NÚNES.—13. Opinión de AGRÍCOLA BARBI.—14. Conclusión.—15. Tercer Presupuesto: Sujeto Activo.—16. Restricciones al Interés de actuar.—17. Cuarto Presupuesto: Temporalidad: Violación actual e inminente.—18. Quinto Presupuesto: Sujeto pasivo: Poder Ejecutivo.—19. El Mandamiento de seguridad contra actos del Poder Legislativo.—20. El Mandamiento de seguridad contra actos del Poder Judicial.—21. Sexto presupuesto: Ilegalidad o abuso de poder.

1. Ya indicamos anteriormente, que fue en la Constitución de 16 de Julio de 1934, donde por primera vez se creó el mandamiento 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 mandamiento 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 mandamiento no perjudicará las acciones petitorias competentes”.

Como lo indica AGRÍCOLA 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 No. 191 de 16 de enero de 1936 que *concedió la procedencia del mandamiento 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 4o.)*.

El mandamiento de seguridad sufrió algunas restricciones por el Decreto Ley No. 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 amparada por habeas corpus, se concederá mandamiento de seguridad, sea cual fuere la autoridad responsable por la ilegalidad o abuso de poder”.

Este inciso se encuentra actualmente reglamentado por la Ley No. 1533 de 31 de diciembre de 1951, que vino a alterar las disposiciones del Código de Procedimiento Civil de 1939 relativas al mandamiento de seguridad. Dispone sustancialmente en su artículo 1o.:

“Art. 1o.—Se concederá mandamiento 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 recelo 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 mandamiento de seguridad y sólo tomando del artículo 1o. de la ley reglamentaria el elemento de temporalidad (de la violación actual o inmi-

¹ CELSO AGRÍCOLA 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 Mandamiento 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

Originalmente la doctrina y los jueces usaron la expresión de "derecho incontestable, líquido y cierto" y ello desde mucho tiempo antes de la creación del mandamiento 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 de que este recurso era "de mera declaración de derecho incontestables, ciertos, líquidos" y que "averiguando que el derecho instado es discutible, incierto, es vedado al juez dirimir la cuestión relativa a ese derecho en el proceso del habeas corpus, sin forma

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 ERILALO DE BUENO VIDIGAL, *Da Imutabilidades dos Juizados que concedem Mandado de segurança*, São Paulo, 1953, p. 142.

⁴ TEMÍSTOCLES PRANDAO CAVALCANTI, *Do Mandado de Segurança*, 1ª 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 BARROSA y significa una de las etapas que precedieron al mandamiento 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 PICAÇO, *Mandado de Segurança*, Río, 1937, pp. 9 y 10.

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 protegiera 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 GUESTEU 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 mandamiento 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 mandamiento 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 PICANCO, "no existen normas fijas ni ley, capaces de determinar lo que sea derecho cierto e incontestable. . . , y nadie explica-

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

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

⁸ AGRÍCOLA BARBI. *Op. cit.* p. 51.

⁹ Art. 113, inc. 33 de la Const. de 1934, art. 1o. de la Ley No. 191 de 1936 y artículo 319 del Código de Procedimiento Civil de 1939.

¹⁰ Artículo 141, inc. 24; art. 1º de la Ley No. 1533

rá, 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 MANSO, 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 mandamiento 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 mandamiento de seguridad. El derecho será declarado y aplicado por el juez, que lanzará 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 mandamiento de seguridad".¹⁴

CASTRO NÚNES 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 de mostrarse la evidencia e indiscutibilidad del derecho violado, sino que también debería ser manifiesta la ilegalidad del acto impugnado, de conformidad con el

¹¹ *Op. cit.*, pp. 34 a 36.

¹² Cita de CASTRO NÚNES. *Op. Do Mandado de Segurança*, 6ª Ed. Río São Paulo, pp. 92 y 93.

¹³ Recurso Extraordinario No. 2654, *Arquivo Judiciario*, Vol. 43, p. 111, Cita de CASTRO NÚNES. *Op. cit.*, pp. 92 y 93.

¹⁴ Mandado de Segurança No. 33, *Arquivo Judiciario*, Vol. 41, p. 10, cita de CASTRO NÚNES. *Op. cit.* pp. 92 y 93.

dispositivo constitucional.¹⁵ “Fundado en la práctica norteamericana —nos dice AGRÍCOLA BARBI—, ¹⁶ sustentó que solamente se podría conceder el mandamiento 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 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 NÚNES, 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 NÚNEZ¹⁹ 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 mandamiento 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

¹⁵ *Op. cit.*, pp. 92 y 93.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 54.

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.

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 mandamiento, 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 GODESTEL Pires y de ODILÓN BRAGA, antes de la creación del mandamiento.²³

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 NÚNEZ como BRANDÃO CAVALCANTI, se equivocan al indicar que la noción de liquidez es semejante a la de cantidad, pues “aunque puede concebirse mandamiento de seguridad teniendo por objeto obtener el pago de prestaciones en dinero, no es admisible que la liquidez sea requisito de admisibilidad del mandamiento, 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 mandamiento de seguridad es la alta indagación de hechos intrincados, complejos o dudosos. El derecho

²² *Op. cit.*, p. 123.

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

²⁴ *Op. cit.*, p. 131.

²⁵ *Op. cit.*, pp. 141 y 142.

²⁶ *O Mandado de Segurança e sua Jurisprudencia*, Ministerio de Educação e Cultura. Casa Rui Barbosa, 1959, p. 134.

ha de ser cierto. Más el criterio de la certeza, como el de la claridad, es cuestión de apreciación individual. Excluir la controversia, cualquier controversia, sería destituir al mandamiento de seguridad de cualquier alcance práctico".²⁷

Existen diversos casos en que la jurisprudencia admite o rechaza el mandamiento 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 mandamiento no se torne en una panacea, en un pronto socorro para todos los males procesales."²⁸

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 mandamiento de seguridad, ya que dispone que serán protegidos por esta vía, todos aquellos derechos que no lo fueran 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 *mandamiento 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 mandamiento 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*

²⁷ *O Mandado de Segurança e sua Jurisprudencia*, p. 135.

²⁸ *O Mandado de Segurança e sua Jurisprudencia*, p. 135.

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*”.

El *habeas corpus* es considerado, justamente, como el antecedente más inmediato del mandamiento 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

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 disciplinario de la administración pública, se encontraba en formación. —Nota de *Constituições do Brasil*, 3ª ed. Saraiva, p. 198.

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 Controle dos actos administrativos pelo Poder Judiciario*, 3ª ed. Río, 1957, p. 284), que, “...el *habeas corpus* hoy no está circunscrito a los casos de constrañimiento 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 PICAÑO. *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, más en la imposibilidad de ejercer un derecho cualquiera, de practicar un acto legal, al juez, que no puede envolver en el proceso del *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 manifiestamente legal es 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”.

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 mandamiento 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 o 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 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 indiciado,

³¹ En 1894 se creó por la Ley No. 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 PIGANÇO, *Op. cit.*, p. 8).

³² *Op. cit.*, pp. 282 y ss.

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-I-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 Maranhao, 17-9-12, Piragibe, *Diccionario de Jurisprudencia Penal*). Citas de SEABRA FAGUNDES. *Op. cit.*, p. 289.

no tanto en lo que se refiere al momento de la aprehensión, cuanto a la autoridad que lo recibe y redacta el acto 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

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 velo-

³⁵ Artículo 319-I-II-III.

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

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 públicas, 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 Jurisprudencia*, p. 265.

ciudades para éstos 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 deriva de un acto disciplinario-militar, escapa de la misma manera del control jurisdiccional por medio del 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. Este lo examina en fase 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 NÚNES 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 elemental 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 NÚNES, AGRÍCOLA 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, más sí 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 len-

³⁸ Art. 141, inciso 23, 2ª parte.

³⁹ *Op. cit.*, pp. 284 y 285

⁴⁰ *Op. cit.*, pp. 38 y 39.

⁴¹ *Op. cit.*, p. 72.

guaje 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 mandamiento 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 anglosajona, ha tenido un desarrollo y un desenvolvimiento sui-générés que lo distinguen de los cánones y principios característicos de la institución *mater*.

Como ya antes indicamos, es un antecedente directo del mandamiento 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 públicos 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 mandamiento 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 mandamiento de seguridad abarcan casi todas las ramas del derecho, principalmente las del privado.

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, ACRÍCOLA BARBI,⁴³ aplicándolas al mandamiento de seguridad, nos enseña que estas pueden ser:

1o. Existencia de la norma jurídica cuya aplicación se demanda. Tratándose del mandamiento, 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 “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

⁴² *Op. cit.*, p. 72.

⁴³ *Op. cit.*, p. 50.

⁴⁴ *Op. cit.* pp. 50 y 51.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 57.

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 mandamiento 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 jurisprudencia⁴⁸ y por las opiniones de una parte de la doctrina,⁴⁹ que, aceptando la procedencia del mandamiento 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 sindicatos obreros o patronales, no se les ha reconocido legitimidad para requerir mandamiento 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 AGRÍCOLA BARBI, que la tercera "condición de la acción" del mandamiento de seguridad o sea la del interés en actuar a través del mismo, sufre de inexistencia,

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 62.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 59. El art. 1º párrafo 2º de la Ley No. 1533 dispone que, cuando el derecho amenazado o violado proteja a varias personas, cualquiera de ellas podrá solicitar el mandamiento de seguridad".

⁴⁸ La jurisprudencia, agrega AGRÍCOLA BARBI, ha sido orientada en la posibilidad de aceptar un mandamiento 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 AGRÍCOLA BARBI nos dice que se inclinan a favor de la procedencia del mandamiento, 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.*, pp. 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 SIDOU (*Mandado de Segurança*, 2ª ed. Río, 1960, pp. 91 y 96), porque en su opinión el mandamiento se encuentra constitucionalmente regulado en el Capítulo relativo a los "Derechos y garantías individuales), así como el propio AGRÍCOLA BARBI (*op. cit.*, pp. 59-62), entre otras causas, porque "dicha admisión traerá 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".

⁵⁰ *O Mandado de Segurança e sua Jurisprudencia*, pp. 167 y 168.

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 No. 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 practicado por autoridad incompetente o con inobservación de formalidad esencial".

7. El mandamiento 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 No. 1533, que ampliando la disposición constitucional, se refiere a que procederá el mandamiento cuando alguien "sufra violación o *hubiese justo recelo de sufrirla*".

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

⁵¹ Véanse SERRA FALUNDES (*op. cit.*, pp. 294 y ss.; AGRÍCOLA BARBI, *op. cit.*, pp. 67 y 68.

⁵² *Op. cit.*, pp. 67 y 68.

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, más 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

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 mandamiento de seguridad preventivo contra leyes inconstitucionales auto-aplicativas, al que habremos de referirnos en páginas siguientes.

8. La Constitución de 1934 dispuso que el mandamiento 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 NÚNES, es una fórmula “quizá más enérgica que la de aquella”,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

Los actos del poder ejecutivo siempre han sido impugnados constitucionalmente por el mandamiento de seguridad,⁵⁸ ya que “casi todas las lesiones

ser ordenadas, cuando sea necesario, en vista de una futura contestación”. AGRÍCOLA 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 No. 1533, en su artículo lo., párrafo lo., incluyó de manera expresa los actos practicados por agentes de entidades autárquicas. Así consideró como autoridades para efectos del otorgamiento del mandamiento “a las personas naturales o jurídicas con funciones delegadas del poder público, más apenas en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones”. Véase AGRÍCOLA BARBI. *Op. cit.*, p. 74.

⁵⁸ La Carta Constitucional de 1937, ignoró el mandamiento 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

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 mandamiento (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 jurista hace notar que procediendo claramente el mandamiento 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 administrativos realizados por los otros dos poderes, que vienen a ser formalmente actos legislativos o judiciales. Sobre esto, concluye, son armónicas las opiniones”.⁶²

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 mandamiento 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 No. 56506 de 7-352, 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, más de éste” (Mandado de Segurança No. 38, Corte de Apelación de Minas Gerais, Arquivo 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 No. 2704, Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, 26-11-43; “Revista dos Tribunais”, Vol. 146, p. 37). Citas de ARNOLD WALD. “*Dos 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 mandamiento de seguridad, pues todos pasarían a ser anulados por las autoridades superiores contra las cuáles el remedio no sería procedente”. *Op. cit.*, pp. 153 y 154.

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

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 297.

⁶¹ *Op. y loc. cit.* 127.

9. Donde existen y han existido opiniones y juicios contradictorios, nos dice SEABRA FACUNDES, 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 aquéllos, que como sucede a ciertos actos del Congreso Nacional o de las Asambleas Legislativas y Cámaras de Vereadores, carecen del contenido de los actos legislativos, más 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 mandamiento 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 mandamiento 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

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 mandamientos interpuestos en contra de la Mesa de la Cámara o del Senado. Así lo hace notar también AGRÍCOLA BARBI. Op. cit., pp. 80 y 81.*

⁶⁵ AGRÍCOLA BARBI. *Op. cit.*, p. 80.

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

⁶⁷ ALFREDO BUZARD, en su magistral obra *Da Ação Direita de Declaração de Inconstitucionalidades no Direito Brasileiro* (São Paulo, 1958), ha resumido los principios de la doctrina y jurisprudencia norteamericana 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, más 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*, más *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.

inconstitucionales de otros poderes, es cosa técnicamente diversa. No los revocan: desconócenlos. Los dejan subsistir en el cuerpo de las leyes o en los de los actos del Ejecutivo”. En seguida, 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, mas se refiera a la inconstitucionalidad de él apenas como fundamento y no como objetivo del libelo...; que la decisión se circunscriba el caso en litigio, no decretando en tesis la nulificación del acto atacado, mas substrayendo simplemente a su autoridad la especie en cuestión”.⁶⁹

Instituido el mandamiento 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 no se ha aceptado en los juzgamientos, como principio general, la no procedencia del mandamiento 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 mandamiento contra la aplicación inminente de un decreto ni contra un proyecto de ley.⁷¹

Tratándose de las llamadas “Leyes auto-aplicativas”⁷² o autoejecutables, 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 mandamiento 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

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

⁶⁹ *Comentarios a la Constitución*, Vol. VI, pp. 160 y 179. Cita de AGRÍCOLA BARBI. *Op. cit.*, 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 AGRÍCOLA BARBI, *Op. cit.*, p. 85.

⁷⁴ *O Mandado de Segurança e sua Jurisprudência*, pp. 85 y 86.

Algunos autores buscan la solución adecuada para la resolución uniforme del mandamiento contra leyes auto-aplicativas, entre ellos CASTRO NÚNES, quien nos indica que tratándose de leyes prohibitivas, la autoridad debe ser provocada antes de que se interponga el mandamiento, ya que entonces será su negativa expresa la materia del acto impugnado”.⁷⁵

AGRÍCOLA BARBI considera que lo importante será distinguir si “la sentencia nula, extingue, aniquila la ley o si apenas deja de aplicarla al caso sub-judicial, 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 mandamiento, “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 ej., 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 mandamiento 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.

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 121.

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 86.

⁷⁷ *Const. de 1946*, Art. 141. Parágrafo 4º

⁷⁸ *Op. cit.*, p. 87.

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 mandamiento de seguridad contra actos judiciales.
- 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 acatan 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 mandamientos interpuestos en materia de despojo.
 - i) Acuerdos que se refieren a mandamientos interpuestos contra decisiones en materia posesoria.
 - j) Otras hipótesis.
- k) Interposición simultánea del mandamiento y de otros recursos.

La polémica antes apuntada parte de la interpretación del texto constitucional vigente que dispone la procedencia del mandamiento 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 mandamiento 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 mandamiento de seguridad, que en la Constitución de 1934, como ya hemos repetido, se instituyó “para la defensa del derecho cierto o incontestable, amenazado o violado por acto manifiestamente inconstitucional o ilegal de

⁷⁹ *O Mandado de Segurança e sua Jurisprudencia*, Padova, 1953, Vol. I., pp. 275 y 230.

⁸⁰ GUILHERME ESTELITA, *Mandado de Segurança conta acto jurisdiccional*.

cualquier autoridad". La Ley No. 191 que lo reglamentó, admitió el mandamiento *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.

La Constitución vigente de 1946 incorporó de nuevo al mandamiento 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 MOURAO, dictó sentencias en las que manifestó su pensamiento contrario a la admisión del mandamiento 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 mandamiento 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 mandamiento de seguridad está hoy resuelto por el artículo 5o. de la Ley No. 1533 que dispone:

"No se otorgará mandamiento 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, procede el mandamiento de seguridad para la postulación de derecho líquido y

⁸¹ Ley No. 2035 de 27 de Julio de 1940, artículo 14, I, letra b, que reorganizó la justicia del D. F.; Decreto-Ley No. 8527 de 31 de diciembre de 1945, artículo 11, I, letra b; Ley de Organización Judicial del mismo D. F.; Reglamento Interno del Supremo Tribunal Federal, art. 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.

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 al mandamiento de seguridad contra el abuso del poder judicial, otros rechazándolos y algunos más, en un estado de indecisión, ya corrigiendo los flagrantes desaciertos de la justicia por 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 cuál 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 cuanto de los del poder ejecutivo pueden lesionar derecho líquido y si fue en atención a la excelencia de ciertos derechos subjetivos públicos que se instituyó el mandamiento de seguridad, ¿por qué privarlos de la protección especial en ciertos casos, tan solamente considerando el 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 mandamiento de seguridad.

Otros actos, sin embargo, además de éstos a que he hecho referencia y que calificué 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, etc. En cuanto a actos, que son, por así decir, jurisdiccionales por dependencia y cuya naturaleza difiere nítidamente de la que caracteriza aquellos otros actos

⁸⁴ *Op. cit.*, p. 302.

⁸⁵ *Op. cit.*, pp. 302 y 303.

anteriormente citados nada impide que sean objeto del mandamiento de seguridad, desde que se tornen irremediables sus efectos por ausencia de recursos 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 mandamiento no es procedente en contra de acto jurisdiccional, sea cual fuere éste, GUILHERME ESTELITA nos dice: “Las necesidades que justifica, en la opinión de los otros autores, la extensión del mandamiento de seguridad a los actos jurisdiccionales, encontraría satisfacción completa, si extendida fuese la facultad de pedir corrección parcial a las situaciones en que hoy se autoriza la impetración de aquel mandamiento cuando ocurriese dentro del proceso judicial...”.⁸⁷ Más adelante agrega: “Otra sugestión nos animaríamos hacer en moldes semejantes: el mandamiento de seguridad será admitido contra acto jurisdiccional, más 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 este fuese, por ley, irrecurrible. No porque el tribunal tuviese, desde luego, por ilegal el mismo acto, mas 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 mandamiento 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 mandamiento 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 mandamiento 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 mandamiento de seguridad en contra de actos del Poder Judicial.

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

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.

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 mandamiento de seguridad. Surge la duda en cuanto a los actos judiciales, propiamente dichos. La doctrina dominante bajo el régimen de la ley anterior, admitía mandamiento de seguridad en contra de decisiones para las cuales no proveía la ley recurso con efecto suspensivo. Todavía la ley en vigor dispone: Art. 5o.—No se concederá mandamiento 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 mandamiento 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 mandamiento 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 mandamiento de seguridad exactamente cuando el Código no confiere recurso *específico* ni corrección parcial. Más esta exégesis, ahora *específica* no conviene. Su defecto fundamental está en alargar demasiado 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 mandamiento 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 mandamiento, inicialmente excluido del área propiamente judicial,

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

⁹¹ *O Mandado de Segurança*, “Revista dos Tribunais”, Vol. 258, pp. 44 y 45.

ha sido admitido contra actos judiciales, cuando no apenas injustos más evidentemente ilegales, concediéndose con mayor facilidad siempre que no exista recurso con efecto suspensivo. La actual preocupación dominante de nuestra jurisprudencia es evitar que el mandamiento 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 impetrante, no se concede el mandamiento".⁹²

11. Frente al texto constitucional de 1934, que se refería a la procedencia del mandamiento 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 inmensa, según lo señala AGRÍCOLA 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 mandamiento de seguridad, considerándolo medida de uso excepcional: *medida heroica, vía peregrina, remedio excepcional*, etc. Estos adjetivos ya no tienen razón de ser, pues la ilegalidad exigida ahora para la concesión del mandamiento 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 del concepto de inconstitucionalidad subrayado, es decir, que abarca tanto a la violación de la ley ordinaria, como la infracción de ley constitucional,

⁹² *O Mandado de Segurança e sua Jurisprudência*, pp. 278 y 279.

⁹³ *Op. cit.*, pp. 56 y 57.

⁹⁴ *Op. cit.*, p. 303. Conformes LUCIO BITTENCOURT. *O Controle Jurisdiccional da Constitucionalidade das leis*, pp. 108 y 109; CASTRO NÚNES, *Voto en el Mandamiento de Seguridad* No. 767 de 9-VII-47; OROZIMBO MONATO. "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 GUIMARÃES y BARROS BARRETO, "Rev. Forense", Vol. 118, pp. 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 No. 2271 que lo reglamenta, así como el "Recurso Extraordinario". Véase ALFREDO BUZAID, *Da declaração directa*. *Op. cit.*

así como que la definición del ámbito del mandamiento 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 estas se pueden distinguir:⁹⁵

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

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 efectuados de incompetencia en sus diferentes formas (abuso de poder) o por cualquiera otras razones contrarias a la ley (ilegalidad)”.⁹⁶

⁹⁵ *Op. cit.*, p. 308.

⁹⁶ *Op. cit.*, p. 308.

CAPÍTULO IV

DE LA NATURALEZA

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. Tesis de ATHOS AQUINO DE MAGALÃES y de MELCHIADES DE PICAÑO.—3. Tesis de CASTRO NÚNES.—4. Tesis de PONTES DE MIRANDA.—5. Tesis de BUENO VIDICAL.—6. Tesis de ALFREDO BUZAID.—7. Tesis de AGRÍCOLA BARBI y aplicación de la Tesis de HÉCTOR FIX ZAMUDIO de la naturaleza procesal del amparo, a la del mandamiento de seguridad.

1. Cuestión por demás categórica e interesante, aunque de las más complicadas y no siempre afortunadas dentro del campo del derecho, es la de determinar la naturaleza de las instituciones jurídicas, y entre éstas, de los diversos procesos o remedios que se enmarcan dentro de las llamadas “garantías de la constitución”¹ in genere.

El mandamiento de seguridad de Brasil, institución de las más recientes dentro del llamado “Sistema Americano”² toda vez que, como ya dijimos,

¹ Según nos enseña FIX ZAMUDIO, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución Mexicana*, México, 1955, pp. 68, 69, 70 y ss., esta denominación se debe a HANS KELSEN, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, 1949, pp. 280 y ss., para calificar, trictamente jurisdiccional, es decir, en la composición de la litis sobre el contenido “garantías individuales, sociales o institucionales” consagradas por las diversas constituciones, “los métodos procesales, represivos y reparadores que dan efectividad a los mandamientos fundamentales”,— es decir, a las propias “garantías fundamentales”, cuando son desconocidas, violadas o existe incertidumbre respecto a su forma y contenido”.

² Este concepto lo cita FIX ZAMUDIO en *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución Mexicana*, p. 82, al referirse a que la misma “garantía jurisdiccional de la constitución” es aquella que se dirige a “la remoción de los obstáculos existentes para la actuación de los mandamientos fundamentales, a través de la función estrictamente jurisdiccional, es decir, en la composición de la litis sobre el contenido o forma de una norma constitucional, para el caso concreto, y a través del agravio personal”. Así denomina a este sistema, “Sistema Americano”. Toda vez “que es el seguido en términos generales por los países de nuestro continente, habiéndose tomado naturalmente con diversas variantes, del establecido por la Constitución Estadounidense

fue instituido por primera ocasión en la Constitución de 1934, ha sufrido en tan corto lapso la más copiosa y frecuente práctica así como la más variada y múltiple interpretación doctojurisprudencial.

Puede afirmarse que el mandamiento se ha ido formando y en nuestro concepto, perfeccionándose, cada vez más con mayores proyecciones jurídicas tanto en su forma como en el contenido, cual monumental estatua de la justicia modelada diariamente por los jueces y juristas brasileños.

Ahora bien, para el jurista extranjero la primera pregunta que se le presenta la de su naturaleza: así: es: ¿Qué es el mandamiento de seguridad? Acaso una tercera instancia, o un recurso extraordinario o un juicio constitucional formalmente hablando? ¿Y en cuanto a la materia, es acción o excepción o simple institución política?

A esta interrogante trataremos de responder en el presente capítulo, sirviéndonos para ello de las conclusiones de eruditos y brillantes juristas brasileños que han dedicado estudios sobre la materia y de los estudios procesales de autores extranjeros que han venido a enriquecer la nueva rama del llamado Derecho Procesal Constitucional.

2. Dentro de los primeros juristas brasileños que trataron de definir la naturaleza jurídica del mandamiento de seguridad, se encuentra ATHOS AQUINO DE MACALHÃES, quien en 1936 afirmó que de la exposición histórica del instituto, se desprendía que “es una medida análoga e equivalente al habeas corpus”, ya que la propia Constitución (de 1934) expresa que el proceso será el mismo del habeas corpus”.³

Dos años después, MELCHIADES DE PICAÑO, con la misma idea, hizo notar que el mandamiento es una extensión del “habeas corpus” en la rama civil, ya que únicamente en este terreno se le puede considerar su sucesor y que posiblemente “con el transcurso del tiempo... aún se admite el mandamiento de seguridad en alguna esfera del derecho criminal, pues el texto constitucional cuando habla de derecho *cierto e incontestable*, no establece ninguna restricción relativa a las diferentes ramas del derecho. Parece, sin embargo, muy razonable, que se disciplinen las materias, de manera que el habeas corpus domine en el campo criminal y el mandamiento de seguridad en el campo civil. Las cuestiones de prisión o de amenaza de prisión no han de ser resueltas por el mandamiento”.⁴ Y más adelante agrega: “En el género nuestro mandamiento es un *writ*, mas no se confunde con las especies

de 1787, la cual ejerció gran fascinación sobre los constituyentes americanos del siglo XIX”.

³ *Op. cit.*, p. 34.

⁴ *Op. cit.*, p. 14.

de *writ* norteamericano... El mandamiento de seguridad es un *writ*, mas no todo *writ* es mandamiento de seguridad en la ciencia constitucional de Brasil".⁵ Comprendiendo su naturaleza protectora y la teleología del mandamiento semejante a la de otras instituciones, el mismo autor expresó con exactitud que "El derecho quiere vivir y procura ampararse en los *writs*, en el juicio de amparo, en el *habeas corpus*, en el mandamiento de seguridad y en otros institutos legales".⁶

3. CASTRO NÚNES, brillante estudioso del mandamiento desde su creación y uno de sus más grandes monografistas desde 1937, en que fue editada la primera edición de su conocida obra sobre el instituto,⁷ afirma que "El mandamiento de seguridad se funda en un principio que el derecho brasileño anterior desconocía: la posibilidad de que la Administración Pública sea obligada a practicar cierto acto o a que se abstenga de hacerlo",⁸ ya que la sistemática de aquel derecho, se basaba en dos principios: el de la separación de poderes y por tanto la imposibilidad jurídica de que el Poder Judicial invadiese la esfera de los otros poderes y el principio civil de la reparación del daño como consecuencia de toda lesión.⁹ Así "el mandamiento de seguridad realiza aquella doble función: restituye el *ejercicio* del derecho, removiendo el obstáculo o supliendo, por decreto judicial, la negativa del poder público" y en consecuencia, el derecho es amparado en su pleno ejercicio y no por la forma civil indirecta de reparación del daño.¹⁰

Después de indicar el mismo autor, que a través de esas notas características el mandamiento parece ser una especie de interdicto, sobre todo considerando el carácter prohibitorio o compulsorio de la orden judicial, agrega que no debemos confundirnos por dicha semejanza, ya que "no se prohíbe solamente, sino que también se ordena la práctica del acto que

⁵ *Op. cit.*, p. 132.

⁶ *Op. cit.*, p. 15. CASTRO NUNES considera que el mandamiento y el *habeas corpus* sólo tienen de común la identidad procesal "mas con éste no se confunde porque es una *causa* según lo indica la Constitución (art. 76, 2, 11, letra a) y *causa* en el lenguaje forense, la idea de procedimiento civil, de demanda, constituyendo así, ya lo dijo la Corte Suprema, "una verdadera acción", para concluir que, cuando denegado, no admite reiteración ni la aplicación de *indubio pro reo* en los casos de empate. Del mismo modo, en lo tocante al recurso *ex officio* de la sentencia que lo concede, al contrario de lo que sucede con el *habeas corpus*, que no admite recurso de la decisión concesiva". *Obra citada*, p. 72.

⁷ *O Mandado de Segurança*, cuya 6ª edición ahora se consulta.

⁸ *Op. cit.*, pp. 64 y 65.

⁹ *Op. cit.*, pp. 64 y 65.

¹⁰ *Op. cit.*, pp. 64 y 65.

ha sido negado realizar. No se aplica a las relaciones de orden privado, sino solamente a los derivados de acto del poder público".¹¹

Más adelante afirma CASTRO NÚNES que al igual que el habeas corpus el mandamiento es una garantía constitucional, tomado el concepto "como medio de pedir en juicio, como garantía judicial y en consecuencia, como acción en el más amplio sentido, aunque lo sea de rito especial y sumarísimo... Toda acción es medio de defensa del derecho, sea para asegurarlo *in natura*, sea para otorgarle su equivalencia económica que es su resarcimiento. No importa, pues, la naturaleza de la prestación a obtener si la ley a ese o aquel remedio adscribe una u otra. El mandamiento de seguridad es, como ya vimos, un remedio específico para asegurar, en las relaciones de derecho público, la prestación *in natura*".¹² En seguida agrega que el mandamiento no es una acción meramente declaratoria, sino que siempre es de carácter ejecutorial y su cumplimiento obligatorio o compulsivo está asegurado a través de sanciones penales,¹³ ya que, "de otro modo, la defensa del derecho no estaría asegurado y asegurar, es garantizar o restaurar el derecho, es decir, restituirlo, efectivarlo, protegerlo contra la violación inminente".¹⁴

Finalmente concluye el mismo autor que "el mandamiento de seguridad es *materialmente* un recurso administrativo, porque tiene por objeto materia contencioso administrativa; jurisdiccionalmente es un remedio judicial. En una palabra: control judicial de la administración".¹⁵

¹¹ *Op. cit.*, p. 66.

¹² *Op. cit.*, p. 68.

¹³ Artículo 327 del Código de Procedimientos Civiles, que fue revocado por la Ley. No. 1533 de 31 de diciembre de 1951.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 69.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 73. ALFREDO BUZUID. *Do Mandado de Segurança*, pp. 39 y 40, critica las conclusiones de CASTRO NUNES, indicando que "no se puede decir que desde el punto de vista material, el mandamiento de seguridad sea recurso administrativo. La materia sobre lo que trata puede tener carácter administrativo, más de ahí no es lícito inferir la índole de ese remedio procesal. Además la invocación al poder judicial a fin de obtener la tutela del derecho, le da carácter típicamente jurisdiccional y excluye por tanto, la figura del recurso administrativo. Por otro lado no se puede atribuir al mandamiento de seguridad, siempre y necesariamente carácter ejecutorio. El puede visar muchas veces a un procedimiento jurisdiccional de carácter meramente declaratorio o constitutivo, desprovisto de ejecución forzada. La expedición del *mandamiento* es un efecto secundario de la sentencia, que ahora, no pedido expresamente por la parte, procede necesariamente de la ley. La autoridad demandada, por formar parte de la organización del estado, debe cumplir la orden judicial, bajo sanción penal, no meramente civil".

4. PONTES DE MIRANDA en sus *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*",¹⁶ examina al derogado artículo 319 de dicho Ordenamiento que disponía:

“Artículo 319.—Se concederá mandamiento de seguridad para la defensa de derecho cierto e incontestable, amenazado o violado por acto manifiestamente inconstitucional o ilegal de cualquier autoridad, salvo del Presidente de la República, de los Ministros de Estado, Gobernadores e Interventores”.

De los verbos “violado y amenazado”, destaca que la pretensión para obtener el mandamiento de seguridad es “ejercicio de pretensión mandamental y de pretensión a condenación” en el primer caso; y en el segundo, “de pretensión mandamental y de ejercicio de pretensión a declaración”. Dice que “si en el caso de violación existe el elemento condenatorio, esto no se puede apuntar en el caso de amenaza. La violación es solamente *in futurum* y no se juzga en el proceso, salvo si, durante este ocurrió la violación, pudiendo ser entonces tratado el hecho previsto como hecho acontecido, sin tener que presentar otra demanda. En uno y otro caso (amenaza o violación) el mandamiento de seguridad contiene elemento declaratorio suficiente para la eficacia de cosa juzgada material. La acción del mandamiento de seguridad es típicamente *acción mandamental*, como lo es, en el derecho constitucional y en el derecho procesal penal, la acción de *habeas corpus*”.¹⁷

¹⁶ Volumen III, Tomo I, pp. 179 y 180.

¹⁷ AGRÍCOLA BARBI, *Op. cit.*, p. 43, enseña que la actuación de la ley en el proceso puede asumir; conocimiento, ejecución y conservación, por lo que las acciones pueden ser: *acciones de conocimiento, acciones ejecutivas y acciones preventivas o cautelares*. “Las primeras tienden a obtener del juez la decisión de la causa y que generalmente tiene la forma de sentencia; las segundas objetivan providencias de naturaleza ejecutiva que modifiquen el estado de hechos y lo conviertan conforme la relación jurídica procesada; las últimas postulan providencias para la conservación de un estado de hecho a fin de tornar posible la efectividad del derecho pretendido en otra acción”. Agrega que teniendo en vista los diferentes tipos de sentencia que pretenda el actor, las *acciones de conocimiento* se clasifican en: *condenatorias, declarativas y constitutivas*, según que la sentencia pretendida sea condenatoria, declaratoria o constitutiva, aunque algunos autores (PONTES DE MIRANDA, LOPEZ DA COSTA, GOLDSCHMIDT) señalan una cuarta categoría o sean las *acciones mandamentales*, las que no teniendo grande aceptación en la doctrina, en su concepto no constituyen una especie distinta a las demás acciones. Dice que GOLDSCHMIDT ha indicado que las características de aquellas acciones son: a) declaración de la existencia del derecho materia del

Sin embargo, el mismo autor en la obra citada, sólo se refiere a las acciones mandamentales al tratar del mandamiento de seguridad, sin incluir las al clasificar las diversas acciones en general¹⁸ y al hacerlo en aquel caso, “parte de la conocida categoría que KUTTNER incluyó en la clasificación de las acciones según la naturaleza del proveimiento jurisdiccional y que fue adoptada recientemente por GOLSCHMIDT”.¹⁹

5. Uno de los estudios más originales e interesantes sobre la naturaleza jurídica del mandamiento de seguridad, fue realizado por LUIS EULALIO DE BUENO VIDICAL, en una enjundiosa monografía intentada para obtener la titularidad de la cátedra de Derecho Procesal Civil en la ilustre Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo.²⁰ Su tesis, con el transcurso del tiempo, permanece en relevante sitio dentro de la doctrina del mandamiento, siendo criticada con vehemencia más siempre respetada y su mérito principal, en nuestro concepto, deriva de haber destacado el carácter procesal del instituto además de su aspecto sustancial. La afirmación medular de BUENO VIDICAL se encuentra encerrada en los siguientes párrafos: “Cuando la administración hace justicia por sus propias manos, pasa a encontrarse en la situación del particular favorecida por medida ejecutiva, posesoria o cautelar, con la ventaja de no precisar recorrer al proceso principal.

juicio y b) una orden o mandamiento dirigido a una autoridad, que tanto pueden ser los órganos de ejecución u otras autoridades, como el oficial del registro inmobiliario, juez del registro de comercio, etc. “En el primer caso, sin embargo, relativo a los órganos de ejecución, la orden tiene carácter diferente de la que resulta del título ejecutivo que está implícito en la sentencia condenatoria. Como se ve, ese tipo de sentencia no tiene contenido diferente al de las tres clases generalmente admitidas. Cuando la sentencia fuere declarada entre particulares y tuviere que ser hecho algún registro o anotación por funcionarios del Estado, como los oficiales del registro en general, tendremos en realidad simples casos de ejecución impropia..., y si la sentencia fuese dictada en acción en la cual sea parte la administración, la determinación para que se practique determinado acto con figura el elemento condenatorio”. pp. 43, 44 y 138. Por su parte ALFREDO BUZAID, *Do Mandado de Segurança*, p. 40, también critica la tesis de PONTES DE MIRANDA, tomando en cuenta que, según la doctrina más acertada, “la sentencia mandamental no constituye una categoría autónoma en la clasificación de las acciones y, en cualquier hipótesis, su característica está en que el juez, sin resolver por sí mismo la relación de derecho privado, que constituye la litis, expide a otro órgano del Estado, autoridad o funcionario público, orden concreta para practicar o dejar de practicar un acto comprendido dentro de los poderes de su cargo y eso en consecuencia de nuevo pedido de la parte vencedora”.

¹⁸ AGRÍCOLA BARBI. *Op. cit.*, p. 43.

¹⁹ ALFREDO BUZAID. *Do Mandado de Segurança*, p. 40.

²⁰ *Da Imutabilidade dos julgados que concedem mandado de segurança*. São Paulo, 1953.

El mandamiento de seguridad es el *remedio procesal* que puede utilizar el particular para anular las medidas de ejecución, posesorias o cautelares, que la administración puede hacer efectivas sin la intervención judicial. El mandamiento de seguridad, es, pues, si nos fuera permitida la metáfora, el antídoto de esas medidas. Y exactamente por ser una contramedida de ejecución, posesoria o cautelar, es que el se denomina mandamiento de seguridad y no sentencia declaratoria de seguridad”.²¹ En seguida procede al análisis del concepto de “mandamiento” a fin de reforzar su opinión y así dice: “El mandamiento es una orden del juez para que se ejecute determinada providencia. JOAO MÉNDES JUNIOR cita, entre otros, los mandamientos siguientes: mandamiento para citación; mandamiento de simple notificación; mandamiento de embargo; mandamiento de arresto, mandamiento de secuestro; mandamiento de depósito; mandamiento de iniciación del procedimiento judicial; mandamiento de desocupación; mandamiento de prisión; mandamiento de búsqueda; mandamiento de aprehensión. Como se ve, la denominación MANDAMIENTO se reserva para providencias de la litis, de seguridad o de ejecución. Ninguna sentencia existe que se denomine mandamiento. El hecho de haber sido así llamado el proveimiento que concede seguridad contra la administración, se debe a que, aunque ese proveimiento pueda tener el carácter de una sentencia (declaratoria, condenatoria o constitutiva) él siempre consiste en una medida positiva o negativa, de ejecución, cautelar o posesoria”.²²

²¹ *Op. cit.*, pp. 199 y 200.

²² *Op. cit.*, p. 200. ALFREDO BUZALD no acepta la tesis de BUENO VIDIGAL, ya que “el mandamiento de seguridad no presupone una medida de ejecución proveniente del Poder Público, de naturaleza posesoria o cautelar; presupone al contrario, un *acto administrativo* del cual el carácter posesorio o cautelar no es condición necesaria ni suficiente de su existencia. Por otro lado la característica fundamental de esa acción no está tanto en el mandamiento que el juez expide cuanto en el reconocimiento del derecho “líquido y cierto” que el juez declara en la sentencia. La decisión es el “*prius*”, el mandamiento el “*posterius*”. Este no existe, sin aquél; en compensación aquella contiene implícito el mandamiento, que es, en último análisis, su forma natural y específica de ejecución. En suma, considerar el mandamiento una simple contramedida de ejecución será ver el fenómeno jurídico solamente en uno de sus aspectos o sea, el *efecto de decisión*, despreciando los demás, particularmente la eficacia de la sentencia que resuelve el conflicto de intereses entre el particular y la administración pública”. *Do Mandato de Segurança*, pp. 40 y 41. SEABRA FAGUNDES, *Op. cit.*, p. 336, afirma por su parte de que si el objetivo del mandamiento fuese únicamente impedir la ejecutoriedad de los actos administrativos “como lo señala BUENO VIDIGAL, sería un remedio en esencia de carácter provisional, “más es remedio definitivo en cuanto logre su objetivo... La sustracción a la ejecutoriedad es un objetivo, entre otros. Es un objetivo inmediato si se quiere, más con el mandamiento el quejoso

6. ALFREDO BUZAIID después de analizar las tesis de CASTRO NUNES, PONTES DE MIRANDA y de BUENO VIDIGAL, concluye, con claridad y certeza, que el mandamiento de seguridad es una “acción judicial”, cuya “característica fundamental consiste en la posibilidad de obligar a la administración pública a practicar o dejar de practicar algún acto. La ejecución del mandamiento se hace “in natura” o específicamente. Esta solución se aparta, sin embargo, de la tradición del derecho brasileño, según el cual el cumplimiento de las obligaciones de hacer o de no hacer, se resuelve en reparación pecuniaria, esto es, en la condenación en las pérdidas y daños”.²³

Después de explicar el objeto de las obligaciones de dar, hacer o no hacer y las maneras de lograr su cumplimiento forzoso en el derecho civil, agrega que, en el caso de las dos últimas, crece más la dificultad cuando en el mandamiento tenemos como sujeto pasivo a la administración pública, siendo que en Brasil existe el principio constitucional de la separación de poderes. Sin embargo, “no se niega al poder judicial la competencia para decretar la nulidad de los actos administrativos violadores de la ley o de la Constitución. Más la sanción que de allí deriva, da lugar, ordinariamente a una indemnización, no pudiendo el juez substituir a la administración. El mandamiento de seguridad es, al contrario, una acción que confiere al titular del derecho la posibilidad de obtener la presentación “in natura”. Más vigorosa que todas las demás, esta acción judicial consigue, no sólo la suspensión liminar del acto impugnado, como también la expedición de un mandamiento, con ejecución específica, destinada a tornar sin efecto el procedimiento ilegal de la administración”.²⁴

7. Como vemos, con excepción de algunos autores que al principio de su vida institucional consideraron al mandamiento de seguridad un remedio semejante e idéntico al habeas corpus, sólo que trasplantado al campo civil, la doctrina sobre su naturaleza es acorde en la consideración de que estamos frente a una acción, aunque como lo indica AGRÍCOLA BARBI,²⁵ el problema se suscita cuando se trata de establecer a qué especie

ataca el acto para eliminarlo, para obtener la declaración de que él es inconstitucional o ilegal y que lo es porque tiene derecho de la mejor calidad, esto es, derecho líquido y cierto”. AGRÍCOLA BARBI, *Op. cit.*, pp. 46 y 47, a su vez critica también la tesis de BUENO VIDIGAL, adhiriéndose en general a las opiniones en contra de BUZAIID y de SEABRA FAGUNDES, concluyendo en su concepto de que el mandamiento es una “acción de conocimiento”.

²³ *Do Mandado de Segurança*, p. 39.

²⁴ *Do Mandado de Segurança*, pp. 40 y 41.

²⁵ *Op. cit.*, p. 42.

de acción pertenece, pues ya se le clasifica como acción constitutiva,²⁶ como acción mandamental,²⁷ como acción ejecutoria,²⁸ como acción de conocimiento,²⁹ etc.

En nuestro concepto consideramos correcto afirmar que el mandamiento de seguridad, como lo afirma ALFREDO BUZAID, es una *acción judicial* y como lo afirma ARY FLORENCIO GUIMARÃES, su ejercicio es una *categoría de típica manifestación del derecho de acción*.³⁰ Sin embargo a esta defi-

²⁶ SEBASTIAO DE SOUZA. *Dos procesos especiales*. Río, 1957. Cita de AGRÍCOLA BARBI. *Op. cit.*, p. 42.

²⁷ LÓPES DA COSTA Y PONTES DE MIRANDA. *Direito Processual Brasileiro y Comentarios ao Código de Processo Civil*, Vol. V, respectivamente. Cita de AGRÍCOLA BARBI, *Op. cit.*, p. 42.

²⁸ CASTRO NUNES. *Op. cit.*, pp. 22 y ss.

²⁹ AGRÍCOLA BARBI. *Op. cit.*, p. 43.

³⁰ *O Ministerio Público no Mandado de Segurança*, 1959. CURITIBA, p. 15. El autor, siguiendo a EDUARDO J. COUTURE, nos dice, que el mandamiento, como derecho de acción, o sea como "el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar es la satisfacción de una pretensión", *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª ed. póstuma, p. 57, presta a todos y a cualquier litigante, a través de su obtención por medio del juicio competente, un doble aspecto, o sea, que "el mandamiento de seguridad funciona, en primer lugar, es cierto, como mero baluarte de defensa de derecho rigurosamente privado, ya que el poder jurídico inherente a la acción, conforme lo enseña COUTURE, "compete al individuo en cuanto tal, como un atributo de su personalidad... , pero al mismo tiempo, en la efectividad de ese ejercicio está interesada la comunidad, lo que le asegura carácter público. Mediante la acción se cumple la jurisdicción, vale decir, se realiza efectivamente el derecho, ya que, por tradicional principio que rige en materia civil, la jurisdicción no actúa sin la iniciativa individual: *nemo iudex sine actore*". Para concluir que "Es por esta circunstancia, que en tanto el individuo ve en la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignados en la Constitución". Instrumento de control de la legalidad, prosigue el autor, para la defensa de derechos ciertos e incontestables, enfrente al poder, es incuestionable que el individuo participa de esa garantía constitucional de *jure libertatis* y de *jure civitatis*". *Op. cit.*, pp. 15 y 16. FLORENCIO GUIMARAES, al principio de la misma obra, señala una doble esencia del mandamiento; como *instituto de libertad civil* y como *instituto de libertad política*. Así, "bajo el primer aspecto, él se caracteriza como instrumento destinado a garantizar los derechos translucidos incorporados al patrimonio del hombre, cuando tales derechos sean o puedan ser violados por actos ilegales o de abuso de poder de cualquier autoridad. Debajo del segundo ángulo de apreciación del problema, el mandamiento de seguridad también constituye poderoso remedio de protección del individuo, en el sentido de posibilitarle una reacción, por medios jurídicos y pacíficos, contra el Estado, a fin de nulificar o tornar inócua cualquier manifestación contra la ley o contra los justos límites del poder". *Op. cit.*, p. 7.

nición sustancial del mandamiento, a este aspecto material de su naturaleza jurídica, debemos agregar el aspecto procesal y adjetivo de tan interesante institución.

Así, recurriendo a los estudios y enseñanzas de HÉCTOR FIX ZAMUDIO³¹ en relación con la naturaleza procesal del amparo, podemos aplicar al mandamiento alguno de los conceptos que se aplican al instituto mexicano, por presentar visibles semejanzas en su estructura jurídica y así debe considerarse dentro del género de los *medios de impugnación*, de los actos procesales, cuyo examen, “como lo ha hecho notar CARNELUTTI, es una de las materias más difíciles de la ciencia procesal”.³² Además, conforme las ideas de EMILIO RABASA,³³ seguidas por el mismo autor, podría también acentuarse que el mandamiento es un *proceso autónomo de índole constitucional* o un *recurso extraordinario*, según que impugne actos material y (o) formalmente administrativos o legislativos o actos material y (o) formalmente jurisdiccionales respectivamente, con lo que tenemos la doble categoría de *proceso* y de *recurso* que FIX ZAMUDIO le ha aplicado al amparo.³⁴

³¹ *Estudio sobre la Jurisdicción Constitucional Mexicana*, agregada a su traducción de *La Jurisdicción Constitucional de la Libertad*, de MAURO CAPPELLETTI. Imprenta Universitaria. México, 1961, pp. 202, 203 y 204.

³² *Estudio sobre la Jurisdicción Constitucional Mexicana*, p. 203.

³³ Cita de FIX ZAMUDIO. *Estudio sobre la Jurisdicción Constitucional Mexicana*. p. 204.

³⁴ La adopción y aplicación al mandamiento de la tesis de FIX ZAMUDIO sobre la naturaleza procesal del amparo, no quiere decir que consideremos idénticas a ambas instituciones, pues aunque tienen claras semejanzas y coincidencias en ciertos aspectos de la teleología y del procedimiento, en otros varían sensiblemente, como se puede establecer en un estudio comparativo.

CAPÍTULO V
DE LA RELACION JURIDICA PROCESAL

SUMARIO

1. Introducción.—2. Competencia. (Federal y Local).—3. Demanda o Petición Inicial.—4. Suspensión inicial.—5. Elemento probatorio.—6. Sentencia. Su naturaleza.—7. Cosa juzgada.—8. Recursos.—9. Ejecución de sentencia.—10. Litisconsorcio.

1. Aunque la Constitución de 1934, estableció que el procedimiento del mandamiento de seguridad sería el mismo del *habeas corpus*, nunca fueron adoptadas las fórmulas procedimentales de este instituto para el mandamiento, ya que, como lo afirma CASTRO NUNES, “sería inadecuado para la demostración del derecho, con la calificación exigida de *cierto e incontestable* o de *liquido y cierto*. El legislador vio, en el ordenamiento constitucional de 1934 que el *proceso será el mismo del habeas corpus*, una regla no imperativa, mas meramente directiva, comprendiendo que en aquella identidad procesal, se tuviera en vista solamente el potencial de celeridad que está en la tradición del *habeas corpus*”.¹ Además, como lo hace notar el mismo jurista, aquella misma Constitución agregó un nuevo requisito ajeno al *habeas corpus*, a saber, la audiencia concedida a la autoridad responsable, en cuanto dispuso el deber de que siempre fuese escuchada la persona de derecho público interesada.^{1 bis.}

Durante la vigencia de la Constitución de 1934, se reglamentó el procedimiento del mandamiento de seguridad por la Ley No. 191 de 16 de enero de 1936, que fue aprobada por el Código de Procedimiento Civil de 1939, que legisló sobre la materia de sus artículos 319 al 331. Actualmente el mandamiento de seguridad se encuentra reglamentado en la Ley No. 1533 de 31 de diciembre de 1951 que vino a alterar las disposiciones de aquel código sobre el instituto.

¹ CASTRO NUNES. *Op. cit.*, p. 318.

^{1 bis.} La Constitución vigente no estableció la garantía de audiencia para el mandamiento de seguridad.

En el presente capítulo estudiaremos los aspectos más sobresalientes y característicos del procedimiento establecido por la Ley reglamentaria, a fin de comprender la relación jurídica procesal y de aquella parte adjetiva que dinamiza y pone en movimiento a la acción judicial.

Antes de entrar en la materia procesal, debemos analizar el aspecto relativo a la competencia, ya que habiendo estudiado en el capítulo tercero de este ensayo, a los sujetos activo y pasivo de aquella relación jurídica procesal, falta establecer, quien es el juez (o jueces) que deben entrar al análisis de las diferentes actuaciones y que deberá declarar "si hubo o no la amenaza o violación alegada, para que, en caso afirmativo, condenar al ofensor a reparar el perjuicio causado o a abstenerse de ejecutar la amenaza".^{1 c}

2. La competencia judicial del mandamiento de seguridad, nos enseña CASTRO NÚNES, tiene su base en dos principios: a) el de la calificación de la autoridad como *federal* o como *local* (o estadual) y b) el de la *jerarquía*, esto es, de la graduación jerárquica de la autoridad, para el efecto de la competencia en el mecanismo de las instancias en cada una de aquellas jurisdicciones.²

En materia federal, el mandamiento puede ser impuesto ante los órganos judiciales federales, o sea, a) ante el Supremo Tribunal Federal, b) ante el Tribunal Federal de Recursos y c) ante los órganos de jurisdicción especial, que son los jueces y tribunales militares, de la justicia electoral y de la justicia laboral.³ Así, cada uno conoce del mandamiento como sigue:

a) El mandamiento de seguridad procede de manera originaria ante el Supremo Tribunal Federal, contra actos del Presidente de la República, la Mesa de la Cámara de Diputados o del Senado y del Presidente del propio Supremo Tribunal Federal.⁴ En el vigente régimen parlamentarista, el mandamiento procederá en contra de los actos del Presidente del Consejo de Ministros y del propio Consejo.⁵

En recurso ordinario, el Supremo Tribunal Federal conoce a través del mandamiento de aquellos casos decididos en última instancia por los tribunales federales o locales, cuando fuese denegatoria la decisión.⁶

^{1 c} GABRIEL JOSÉ RODRÍGUEZ DE REZENDE FILHO. *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. I, 1944. São Paulo, p. 228.

² *Op. cit.*, p. 277.

³ Artículos 106, 109 y 123 de la Constitución vigente.

⁴ Artículo 101, I, inciso I, de la Constitución vigente.

⁵ JOSÉ FEDERICO MÁRQUEZ. *Observações e apontamentos sobre a competência originaria do Supremo Tribunal Federal*. São Paulo, 1961, pp. 60 y 61.

⁶ Artículo 101, II inciso "a" Constitucional.

b) El mandamiento de seguridad procede, originariamente, ante el Tribunal Federal de Recursos, cuando la autoridad responsable fuese Ministro de Estado (actualmente miembro del Consejo de Ministros), el propio Tribunal o su Presidente.⁷ Procede en grado de recurso en contra de las decisiones dictadas por los jueces locales (en mandamiento de seguridad), cuando la autoridad apuntada como responsable fuese federal.⁸

c) En cuanto a los órganos de jurisdicción especial, aunque “la competencia de la Justicia Militar y de la Justicia del Trabajo para el mandamiento de seguridad no está expresada en el texto constitucional o legal”,⁹ la doctrina y la jurisprudencia han reconocido, en el primer caso, la competencia del Supremo Tribunal Militar para el proceso y juzgamiento de los mandamientos impetrados contra actos de aquel Tribunal y de su Presidente¹⁰ y en el segundo, o sea en cuanto a la jurisdicción laboral, “el Tribunal Superior del Trabajo se declaró incompetente para conocer del mandamiento impetrado contra decisión suya, más el Supremo Tribunal Federal reformó esa decisión”.¹¹

En materia *local* el mandamiento de seguridad procede ante los órganos de la jurisdicción común de los Estados miembros (jueces y Tribunales locales y también ante los de la justicia militar de las fuerzas locales¹² ya en primera o segunda instancia, de conformidad con el Código de Procedimiento Civil y con las leyes de Organización Judicial.

Por otra parte, existiendo Juzgados Privativos para juzgar los casos de la Hacienda Pública, el mandamiento de seguridad procederá ante los mismos, en primera instancia, con recursos, a) ante el Tribunal Federal de Recursos, si federal fuese la autoridad responsable y b) ante el Tribunal de Justicia estadual en los demás casos”.¹³

3. Dispone el artículo 6º de la Ley No. 1533 reglamentaria del mandamiento de seguridad, que la petición inicial o demanda, deberá contener los requisitos de los artículos 158 y 159 del Código de Procedimiento Civil. El primero de dichos artículos dispone que la acción será iniciada por petición escrita, en la cual se deberá indicar: I. El juez a quien es dirigida; II. El nombre y el apellido, la residencia o domicilio, la profesión, la

⁷ Artículo 101, 1, inciso “b” Constitucional.

⁸ Artículo 104, 11, inciso “b” Constitucional.

⁹ CASTRO NUNES. *Op. cit.*, p. 279.

¹⁰ *O Mandado de Segurança e sua jurisprudência*, Vol. II, p. 664.

¹¹ *O Mandado de Segurança e sua jurisprudência*, Vol. II, pp. 664 y 665.

¹² Artículo 124, XII, constitucional.

¹³ CASTRO NUNES. *Op. cit.*, p. 280.

nacionalidad y el estado civil del actor y del demandado; III. El hecho y los fundamentos jurídicos de la petición, expuestos con claridad y precisión, de manera que el demandado pueda preparar su defensa; IV. El pedido o petición, con sus especificaciones; V. Los medios de prueba con los que el autor pretende demostrar la verdad de lo alegado; VI. El requerimiento para la citación del demandado y VII. El valor de la causa.

El artículo 159 dispone que la petición inicial será instruida con los documentos en que el autor funde la solicitud, dispensándose la presentación de los documentos en los siguientes casos: a) cuando se encuentre en notas, registros, reparticiones o establecimientos públicos y hubiere impedimento o demora en obtener la certificación pública y b) cuando estuvieren en poder del demandado.

Además de la remisión a aquellos artículos, el citado artículo 6º dispone que la demanda será presentada por duplicado y que los documentos que intruyeron a la petición original, deberán ser reproducidos y acompañar por copia a la segunda. En párrafo único amplía la disposición del artículo 159, estableciendo que en el caso en que el documento necesario para probar lo alegado se encuentre en alguna dependencia estadual o establecimiento público, o en poder de autoridad que se rehuse a proveerlo por certificación, el juez ordenará, preliminarmente y por oficio, la exhibición de ese documento en original o en copia auténtica y marcará para el cumplimiento de la orden el plazo de 5 días. Si la autoridad que hubiere procedido de aquella manera, fuere la misma autoridad responsable, la orden se hará en el propio instrumento de notificación y el actuario extraerá copias del documento para anexarlas a la copia de la demanda.

Como lo ha indicado AGRÍCOLA BARBI, la remisión a los artículos antes citados, deberá entender que su aplicación debe ajustarse a las características peculiares del mandamiento, ya que "algunos de los requisitos exigibles en las peticiones iniciales en general, no lo son en las del mandamiento de seguridad o lo son con modificaciones. Así, la especificación de los medios de prueba es innecesaria, por cuanto que en ese tipo de procedimiento, solamente se admite la prueba documental y el requerimiento de la citación debe ser entendido como requerimiento de notificación, que es la modalidad de citación adoptada por la Ley".¹⁴

El plazo para la presentación de la demanda es de 120 días, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Reglamentaria. La jurisprudencia ha determinado reiteradamente que dicho plazo empieza a contarse a partir de la fecha en que el interesado ha tenido conocimiento del acto impugnado.

¹⁴ *Op. cit.*, pp. 111 y 112.

Por su parte, la autoridad responsable, a quien se le entregue copia del pedido, deberá rendir su informe o contestación, en el plazo de 5 días, según lo establecido por el artículo 7 del ordenamiento citado. La no contestación en el plazo legal, nos dice aquel mismo autor, no debe ser considerada ni como confesión ni como desobediencia a la orden judicial, sino que debe conceptuarse que, siendo la contestación una simple carga procesal, su omisión acarrea únicamente el estado de rebeldía, ya que “es necesaria para el juez la convicción derivada de los hechos, basada y fundada en prueba directa y no en presunciones decorrentes de la falta de contestación en tiempo”.¹⁵

4. Uno de los principios siempre permanentes del mandamiento, ha sido la suspensión del acto reclamado, ordenada por el juez de la causa en el mismo momento que se proceda a la tramitación de la demanda, junto con el acuerdo de su notificación. Es condición necesaria que sea relevante el fundamento y que del acto impugnado pueda resultar la ineficacia de la medida protectora, en el caso de que sea negada o diferida.

AGRÍCOLA BARBI nos enseña, haciendo resaltar el hecho, que en las tres leyes reglamentarias del mandamiento siempre se ha conservado el presupuesto de la *relevancia del fundamento de la petición* y que “el otro elemento, relativo a la lesión, ha variado ventajosamente: así, en el régimen de la Ley No. 191, debería ser *grave irreparable*; en el sistema del Código, *grave o irreparable*; actualmente no importa la gravedad de la lesión, más si la posibilidad de ser frustrado el resultado de la acción. Usando la palabras de la Ley, si fuere relevante el fundamento de la petición y si el acto impugnado fuere de naturaleza tal, que la demora natural del proceso torne la concesión del mandamiento de seguridad ineficaz, debe el juez suspender el acto”.¹⁶

Sin embargo, como lo afirma CASTRO NUNES, “no será preciso decir que el despacho, sea defiriendo o no lo suspensión requerida, no envuelve prejulgamento de lo pedido: el juez que denegó la *suspensión liminar*, podrá conceder el mandamiento, o viceversa, aunque en esta última hipótesis haya de justificar que el derecho *cierto* en el primer examen, se tornó *incierto* durante el curso del proceso”.¹⁷ En seguida nos previene, que no se debe perder de vista que la suspensión liminar supone un acto comisivo de la autoridad, ya que sólo un acto de esta naturaleza puede ser detenido en su ejecución o evitada ésta. Así, “la petición, en tales casos, es para

¹⁵ *Op. cit.*, pp. 123 y 129.

¹⁶ *Op. cit.*, pp. 113 y 114.

¹⁷ *Op. cit.*, pp. 348.

que la autoridad se abstenga de practicarlo o lo suspenda si ya se ha practicado. Si se trata, sin embargo, de corregir omisión o recusa del Poder Público, no se tratará de obtener una suspensión, porque el objeto del *writ* será entonces forzar a la autoridad a practicar el acto".¹⁸

5. En atención al carácter sumarísimo del mandamiento de seguridad, las partes solamente pueden presentar como elementos probatorios aquel o aquellos documentos necesarios que demuestren con certeza sus alegaciones.¹⁹ Así, "en lo que respecta a los medios de prueba, es cuestión pacífica de que únicamente es admisible la de naturaleza documental, dada la facilidad de producción y la mayor certeza de ella decorrente. Apenas, en la fase de ejecución, en los casos excepcionales de entrada en el país de bienes y mercancías venidas del exterior, se admiten otros medios de prueba, en los términos de la Ley 2770 de 4 de mayo de 1956.²⁰ En la fase de conocimiento, todavía el principio restrictivo impera con todo vigor".²¹

El demandante debe presentar la prueba documental junto con la petición inicial o demanda, mientras que la autoridad responsable deberá rendirla anexa a su informe o contestación. Esta limitación se justifica, según AGRÍCOLA BARBI, "porque no habiendo audiencia de instrucción y juzgamiento la parte demandada es obligada a presentar su defensa ya con el análisis de las pruebas producidas por el autor y que para eso le son remitidas, por copia, con la citación inicial. La autorización para agregar posteriormente nuevos documentos, implicaría una nueva audiencia de la autoridad responsable, nueva vista al Ministerio Público, etc., lo que sería dar marcha atrás en el proceso, haciéndolo por demás voluminoso".²²

Por su parte, B. CAVALCANTI opina sobre la misma exigencia que "el mandamiento de seguridad vale por la rapidez de su rito, por la eficacia inmediata de la decisión judicial, todo esto decorrente de la certeza y de la exactitud de los hechos y del derecho. Sin eso, la medida no pasaría de ser un instrumento del poder judicial en contra de la administración, lo que desvirtúa la índole es la finalidad de la medida. El hecho precisa ser probado desde luego y la autoridad precisa conocer también cuáles son los hechos alegados para poder contestarlos".²³

¹⁸ CASTRO NUNES, *Op. citada*, p. 349.

¹⁹ Artículo 158, V del Código de Procedimiento Civil.

²⁰ Esta ley suprimió la concesión de medidas *in limine* en las acciones y procedimientos judiciales de cualquiera naturaleza que persiguiesen la liberación de bienes, mercancías o cosas provenientes de otros países, estableciendo otras providencias.

²¹ AGRÍCOLA BARBI, *Op. cit.*, p. 131.

²² *Op. cit.*, p. 132.

²³ *Op. cit.*, p. 191.

Ya indicamos en líneas anteriores que cuando el documento o documentos necesarios se encuentren en manos de la autoridad responsable, el juez ordenará en la misma notificación, la exhibición de dicha documentación ya a través de originales o de copias auténticas, en un plazo de 5 días. Sin embargo, cuando el documento o documentos se encuentren en poder de otra autoridad que no sea la responsable, la solicitud deberá hacerse en el término de 3 a 8 días útiles, de conformidad con el artículo 321, párrafo 2º del Código de Procedimiento Civil, suspendiéndose mientras tanto el procedimiento.²⁴

En cuanto a la intervención de tercero “como asistente de cualquiera de las partes”, se aplican en el mandamiento de seguridad las normas del mismo Código (artículos 88 a 94) referentes al litisconsorcio voluntario. CASTRO NUNES nos dice que el asistente-litisconsorte será el tercero que intervenga para tener su derecho asegurado juntamente con el del impetrante, pero que tratándose de ente público interesado (Unión, Estado, Municipio) en defender el acto impugnado de su agente o funcionario, no será litisconsorte de éste, ya que “interviene como fiscal de la ley, *oficia* en la causa, ejercitando una modalidad asistencial de inspiración diversa de la prefigurada en el Código”.²⁵

6. Terminado el plazo para la contestación y oído en plazo semejante el representante del Ministerio Público, cuya “función es más elevada e importante desde que el mandamiento de seguridad es una de las vías más adecuadas del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y de los actos públicos”²⁶ y desde que él viene a constituir “la parte fiscalizadora de la defensa del orden constitucional”,²⁷ se concluye la litis para que el juez, independientemente de promoción, dicte la sentencia respectiva en un término de 5 días, haya o no sido rendida la información o contestación por parte de la autoridad responsable.²⁸

Ahora bien, cuando durante la tramitación procesal haya cesado la violación del derecho líquido y cierto y la autoridad así lo haya comunicado en su información, “el remedio habrá alcanzado su finalidad interdictal y deberá ser concluido”,²⁹ por lo que en estos términos puede entenderse “que en cualquier fase del proceso, mismo durante el reexamen de la ins-

²⁴ CASTRO NUNES. *Op. cit.*, pp. 356 y 357.

²⁵ *Op. cit.*, p. 361.

²⁶ SIDOU. *Op. cit.*, p. 174.

²⁷ SIDOU. *Op. cit.*, p. 174.

²⁸ Artículo 10 Regal.

²⁹ SIDOU. *Op. cit.*, p. 176.

tancia superior, el acto impugnado puede ser suspendido en sus efectos por la propia autoridad responsable".³⁰

De la misma manera como se admite la demanda o petición inicial por telegrama o radiograma, la ley reglamentaria establece en su artículo II, que "juzgada procedente la petición, el juez transmitirá en oficio a través del oficial del juzgado o por el correo, mediante registro con acuse de recibo o por telegrama, radiograma o telefonema, conforme la solicitud del quejoso, el completo de la sentencia a la autoridad responsable". En estos casos, señala el propio artículo, "los originales, cuando se trate de transmisión telegráfica o telefónica, deberán ser presentados a la agencia expedidora con la firma del juez debidamente reconocida".

En cuanto a la determinación de la naturaleza de la sentencia que juzga el mandamiento de seguridad, existe una acentuada divergencia en la doctrina.³¹

Así, se afirma que ésta es constitutiva y que se limita a la anulación del acto amenazador o violador;³² otra tesis indica que es de naturaleza constitutiva en cuanto anula el acto, más es mandamental cuando se trata de los casos en que se debe otorgar una prestación", pues no es posible una ejecución directa en contra del Estado";³³ otra opinión agrega que es constitutiva o condenatoria, más nunca declaratoria;³⁴ una más sostiene que puede producir efectos mandamentales y aún declaratorios constitutivos, más nunca condenatorios³⁵ y por último, existe otra tesis, que nos permitimos considerar la correcta, que manifiesta que puede ser declaratoria, condenatoria o constitutiva.³⁶

De conformidad con la última tesis, se debe transcribir la fundamentación de AGRÍCOLA BARBI de que aquel criterio tripartita no es sin embargo suficiente para precisar en cada caso, la naturaleza de la sentencia del mandamiento de seguridad o sea de que "el elemento fundamental para la deter-

³⁰ SIDOU. *Op. cit.*, p. 176.

³¹ AGRÍCOLA BARBI. *Op. cit.*, pp. 137.

³² SEBASTIAO DE SOUZA. *O princípio dispositivo no Código Civil Brasileiro*, p. 52. Cita de AGRÍCOLA BARBI. *Op. cit.*, p. 137.

³³ LOPEZ DA COSTA. *Direito Processual Civil Brasileiro*, Vol. IV, p. 431. Cita de AGRÍCOLA BARBI. *Op. cit.*, p. 137.

³⁴ VÍCTOR NÚNES LEAL. *Problemas de Direito Público*, p. 444. Cita de AGRÍCOLA BARBI. *Op. cit.*, p. 138.

³⁵ PONTES DE MIRANDA. *Comentarios ao Código de Processo Civil*, Vol. V, pp. 180 y 181. Véase AGRÍCOLA BARBI. *Op. cit.*, p. 138.

³⁶ LUIS EULALIO DE BUENO VIDICAL. *Da Imutabilidade, Etc.*, pp. 130 y 131 y AGRÍCOLA BARBI. *Op. cit.*, pp. 139 y 140.

minación de los efectos de la sentencia sobre el acto administrativo (o jurisdiccional o legislativo, agregamos nosotros) es el *pedido* del impetrante, el cual fija también los límites de esos efectos. Así, se trata de acto general o de un acto especial por naturaleza, mas que afecta de una persona y el mandamiento fuere requerido apenas por uno de los interesados, la sentencia deberá limitarse al reconocimiento del derecho del autor, dejando íntegro el acto en relación a los que no fueren partes en la demanda".³⁷

Es decir, para fijar los efectos y alcances de las sentencias del mandamiento de seguridad, se atiende igualmente el principio de la relatividad de las sentencias del amparo mexicano, que se fundamenta, ideológica y gramaticalmente en la fórmula de D. MARIANO OTERO, concebida y consignada en el artículo 25 del Acta de Reformas de 1847.³⁸

7. Para establecer la *res judicata* de las sentencias dictadas en mandamiento de seguridad, la doctrina y la jurisprudencia distinguen sobre si aquéllas *conceden* o *deniegan* el pedido del impetrante.

En el primer caso, es decir, "cuando el mandamiento de seguridad fuere concedido, predomina la opinión de que la sentencia produce cosa juzgada y por tanto, solamente por acción rescisoria podrá la administración obtener modificación de lo que fue concedido".³⁹ En el segundo caso, débese distinguir si el mandamiento fue denegado sin apreciación o con apreciación del mérito de la causa,⁴⁰ pues en aquel caso no existirá cosa juzgada y el mandamiento podrá ser impetrado nuevamente, en los términos del artículo 16 de la ley reglamentaria, mientras que en este último, "la decisión hace cosa juzgada para el efecto de no repetir la petición por la vía del mandamiento, sin que ello perjudique la procedencia de la acción petitoria ordinaria",⁴¹ conforme a lo establecido en el artículo 15 de la misma ley.

Esta posición doctrinal la justifica ALFREDO BUZAID al manifestar que existe diversidad de tratamiento entre el impetrante del mandamiento y el poder público, en lo que se refiere a la cosa juzgada, pues "si el Tribunal declara en un proceso, para el cual fue citada la autoridad responsable, de

³⁷ *Op. cit.*, p. 141.

³⁸ El artículo 25 citado estableció que "La sentencia (de amparo) será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivase". En semejantes términos se encuentra vigente el principio en el artículo 76 de la Ley de Amparo. Cfr. IGNACIO BURCOA. *El juicio de Amparo*, 5ª edición, p. 244.

³⁹ ACRÍCOLA BARBI. *Op. cit.*, p. 144. En contra, BUENO VIDIGAL.

⁴⁰ ALFREDO BUZAID. *Do Mandado de Segurança*, p. 47.

⁴¹ ALFREDO BUZAID. *Do Mandado de Segurança*, p. 47.

que el derecho del impetrante es líquido, cierto e incontestable, esa afirmación jurídica representa lo máximo que el Poder Judicial puede reconocer y no sería lógico que, después de esa sentencia, la misma materia pudiese ser discutida en otra ocasión. Acurre exactamente lo contrario cuando la seguridad es denegada. El Tribunal declara, en este caso, de que el derecho no se presentó tan líquido y cierto, que pudiese de pronto ser reconocido; entonces es natural que la materia sea conocida en proceso ordinario, en el cual son aceptadas todas las pruebas.⁴²

La jurisprudencia así lo ha establecido en repetidos casos, en los cuáles, reconociendo la cosa juzgada para toda sentencia que haya apreciado el mérito de la causa, determina que “tal efecto, mientras tanto, sólo se refiere a lo posibilidad de renovación de la petición, no impidiendo la decisión denegatoria que el impetrante defienda en acción propia, sus derechos, y sus respectivos efectos patrimoniales”.⁴³

AGRÍCOLA BARBI difiere parcialmente de esta tesis, al tratarse de los casos de sentencia denegada, pues conforme en que “Cuando el mandamiento es denegado por cuestiones previas o por incerteza en cuanto a los hechos podrá ser renovada la demanda por otra vía procesal”, manifiesta en contrario que “cuando los hechos fueren considerados probados y la sentencia degenere la medida, porque el juez concluyó por la inexistencia de cualquier derecho subjetivo del impetrante, habrá formación de cosa juzgada material y *no más podrá ser reabierta la discusión en otro proceso*, ni ordinario pues a esto se oponen los artículos 287 y 289 del Código de Proceso Civil”.⁴⁴

3. El artículo 12 reglamentario dispone que “de la decisión del juez, negando o concediendo el mandamiento de seguridad, procederá el recurso de *agravio de petición*,”⁴⁵ otorgándosele a las partes el derecho de la susten-

⁴² *Do Mandado de Segurança*, pp. 47 y 48.

⁴³ *O Mandado de Segurança e sua jurisprudencia*. Vol. II, p. 781.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 144.

⁴⁵ Este recurso se encuentra previsto en el Código de Procedimiento Civil, artículos 846 a 852 y procede, en los propios autos, por exclusión de los casos en que se admite el recurso de agravio de instrumento, en contra de las decisiones que impliquen la terminación del proceso principal, sin que haya resolución sobre el mérito de la causa. ALFREDO BUZALD. (*Do agravo de Peticao no sistema do Código Do Processo Civil*. São Paulo, 1945, pp. 158 y ss.) nos enseña que los presupuestos de este recurso son: a) la existencia de una decisión terminativa del proceso sin resolver el mérito de la causa; b) que la decisión terminativa sea proferida en *proceso principal*; c) que el proceso no se comprenda en la *alzada* del juez. (en el Código de Procedimiento Civil Brasileño proceso de *alzada* es aquel en que el juez tiene competencia para juzgar asun-

tación oral ante el tribunal ad quem” y que “de la decisión que conceda el mandamiento de seguridad, recurrirá el juez *ex officio*,⁴⁶ sin que ese recurso tenga efecto suspensivo”.

Este mismo recurso procede cuando la petición inicial ha sido rechazada por no procedencia del mandamiento de seguridad o por no llenar los requisitos exigidos por la ley reglamentaria.

Además de estos recursos establecidos por dicha ley, en contra de las decisiones de los jueces singulares que nieguen o concedan el mandamiento de seguridad, el artículo 101-11, inciso a), de la Constitución vigente, previene que compete al Supremo Tribunal Federal, conocer, en *Recurso Ordinario* de los mandamientos de seguridad y habeas corpus, decididos en última instancia por los tribunales locales o federales, cuando fuese denegatoria la decisión.

Sin embargo, a pesar de que la Constitución vigente fue expedida desde hace más de 15 años, hasta la fecha no se ha dictado el reglamento de dicho recurso, pero a pesar de esto, “los Tribunales, legislando supleto-

tos hasta por la cantidad de Crs. \$2,000.00, sin que exista recurso para la instancia superior); d) interés en recurrir o sea, cuando el autor o el reo sufren algún perjuicio con la terminación del juicio y e) legitimidad del agravante, o sea que además de las partes, podrá recurrir un tercero siempre que demuestre el perjuicio que se le cause.

⁴⁶ En el mismo año de 1951 en que se expidió la ley reglamentaria del mandamiento de seguridad, ALFREDO BUZAI publicó la interesante monografía *Da apelação ex officio no sistema do Código do Processo Civil*, en la que considera que aquel recurso “no es una providencia necesaria para la tutela del orden público”, que en la actualidad es defendida por el Ministerio Público y por los representantes de la Hacienda Pública y que, “conviene, por tanto a jure constituyendo extirparlo del Código como un remedio de energía terapéutica negativa” (pp. 57 y 58). En la época de la crítica sólo procedía la apelación necesaria en los siguientes casos: I. De las sentencias que declaren la nulidad del casamiento; II. De las que homologuen el desquite amigable y III. De las proferidas en contra de la Unión, el Estado y el Municipio. (Código de Procedimiento Civil, artículo 822). Posteriormente ARNOLD WALD, apoyando la tesis del Ministerio CUNHA VASCONCELOS, ha criticado la institución del recurso *ex officio* tratándose del mandamiento de seguridad, pues encuentra una contradicción in adjecto, el hecho de que el mandamiento sea una orden ejecutiva y a la vez se encuentre sujeto, obligatoriamente, el recurso *ex officio*. (Cita de AGRÍCOLA BARBI. *Op. cit.*, p. 148). Por su parte, SEABRE FACUNDES, “demuestra suficientemente la improcedencia de esa crítica, argumentando que el principio que informa ese recurso es el uso del doble grado de jurisdicción, como garantía del más exigente examen en las relaciones de especial interés público o social. Muestra además el renombrado jurista que ni siquiera al menos es novedad en nuestro sistema jurídico la coexistencia de aquel recurso con la inmediata ejecución de la sentencia, pues esto existe también cuanto al habeas corpus”. (AGRÍCOLA BARBI. *Op. cit.*, p. 148).

riamente, han incluido en sus Reglamentos Internos, las normas necesarias para el procedimiento. La constitucionalidad de esa legislación es dudosa, más a falta de otra, viene siendo acatada por los tribunales".⁴⁷

Ha sido discutida por la doctrina el alcance jurisdiccional del recurso ordinario constitucional,⁴⁸ aunque "prepondera en la doctrina y en la jurisprudencia, la opinión según la cual no importa la naturaleza federal, estadual o municipal del derecho discutido: siendo denegatoria la decisión, la Suprema Corte, en el juzgamiento del recurso, conocerá de la causa en su plenitud, independientemente de la existencia de la *federal cuestión*".⁴⁹

Además de los recursos de agravio de petición, de apelación ex officio y del ordinario constitucional, la Constitución vigente, en su artículo 101,

⁴⁷ *Op. cit.*, pp. 150 y 151. ALBERTO DEODATO MAIA BARRETO FILHO. *O Procedimento do Recurso Ordinário Constitucional em Mandado de Segurança*. Belo Horizonte, 1962, pp. 6 y 7) afirma que "la no existencia de reglamentación procedimental del recurso ordinario constitucional en mandamiento de seguridad, trae como consecuencia que deba ser procesado como apelación o como agravio de petición, conforme que el acuerdo recurrido decida sobre el mérito o sin su juzgamiento, ponga fin al proceso". Aquel procedimiento aprovecha del agravio apenas los plazos más siguiendo las reglas de la apelación.

⁴⁸ Así por ejemplo, PONTES DE MIRANDA y JOAO DE OLIVEIRA FILHO (citados por ACRÍCOLA BARBI. *Op. cit.*, p. 149), alegan, respectivamente, que la interpretación debe ser restrictiva en cuanto que sólo debe proceder el recurso ordinario en aquellos casos en que la cuestión debatida, pudiese llegar al conocimiento de la Suprema Corte a través de otra vía procesal; así como que el dispositivo constitucional es contrario al principio federalista por ir en contra de la independencia de la justicia local. ACRÍCOLA BARBI (*op. cit.*, pp. 149 y 150, con argumentos similares a los de la doctrina denominada, "heterodoxa" del amparo mexicano, que defiende y justifica la extensión del amparo al control de la legalidad (Cfr. FIX ZAMUDIO *La Garantía Jurisdiccional...*, etc., pp. 146 y 155), afirma que, "Otros motivos, todavía llevan a concluir por el acierto del legislador constituyente de 1946, que tanto amplió la acción tutelar del Supremo Tribunal Federal. El funcionamiento de nuestras instituciones políticas han relevado, a través de la historia, acentuadas fallas, principalmente en los Poderes Ejecutivo y Legislativo, los cuales, bajo la influencia de la política partidaria se han acostumbrado a violar derechos de los ciudadanos, que sólo pueden encontrar protección en el poder judicial. Este, a su vez, en regiones de menos perfección en las prácticas políticas, no siempre inspira confianza a los reclamantes, cuando están en juego intereses de los gobernantes. De ahí la esperanza, difundida en todo el país, de que, cuando falla la justicia local, no todo está perdido, porque el Supremo Tribunal Federal, apartado de los manejos y de las influencias locales, reparará la injusticia practicada. Los estudiosos de nuestros problemas políticos no han dado la debida importancia a ese enraizado prestigio de la Suprema Corte, en el medio popular, como última e infalible guardiana de los derechos y libertades individuales..."

⁴⁹ ACRÍCOLA BARBI. *Op. cit.*, pp. 148 y 149.

fracción III, otorga al Supremo Tribunal Federal la competencia para conocer en recurso extraordinario, las decisiones concesivas del mandamiento de seguridad, dictadas en última instancia por otros tribunales o jueces, en los siguientes casos: a) cuando la decisión fuese contraria a dispositivo constitucional o a la letra de tratado o ley federal; b) cuando se trate sobre la validez de una ley federal, en relación a la propia Constitución y la decisión recurrida negare aplicación a la ley impugnada; c) cuando se controvierta la validez de una ley o de un acto de gobierno local en fase de la misma Constitución o de ley federal, y la decisión recurrida juzgare válida la ley o el acto, y d) cuando en la decisión recurrida la interpretación de la ley federal invocada fuere diversa de la que le haya dado cualquiera de los otros tribunales o el propio Supremo Tribunal Federal.

Este recurso no posee efecto suspensivo y el término para su interposición es de 5 días. Cuando sea parte la Hacienda Pública, el plazo será de 10 días, de conformidad con el artículo 32 del Código de Procedimiento Civil.⁵⁰

9. Al tratar de la naturaleza del mandamiento de seguridad y al concluir de que se trata de un *ação judiciara* (acción judicial), ALFREDO BUZAID nos enseña que “su característica fundamental consiste en la posibilidad de compeler a la Administración Pública a practicar o a dejar de practicar algún acto: la ejecución del mandamiento se hace *in natura* o específicamente”.⁵¹ A continuación agrega que la ejecución *in natura* es una

⁵⁰ *O Mandado de Segurança e sua jurisprudencia*, Vol. II, pp. 795 y 796.

⁵¹ *Do Mandato de Segurança*, p. 29. Conforme AGRÍCOLA BARBI. *Op. cit.*, p. 162. Conforme CASTRO NÚNES, cuando, repitiendo a CROME (*Delle Obbligazion*, p. 45) nos dice “está en eso, precisamente, la característica del writ: la restitución del derecho *in natura*, la prestación debida por coerción directa”. (*Op. cit.*, p. 407). Sin embargo, frente a su tesis de que el mandamiento es siempre ejecutivo, ALFREDO BUZAID hace notar que el carácter ejecutivo del mandamiento no es siempre necesario, ya que muchas veces la sentencia será meramente declaratoria o constitutiva, desprovista de ejecución forzada (*Do Mandato de Segurança. Op. cit.*, p. 40). Sobre la ejecución de sentencias en el derecho brasileño, nos enseña ENRICO TULLIO LIEBMAN (*Execução e ação executiva, em Estado sobre o processo Civil Brasileiro*. S. Paulo, 1947, pp. 29 y 30. Véase también sus obras *Processo de execução*. S. Paulo, 1946 y *Eficacia y autoridad de sentencia*. Traducción de ALFREDO BUZAID y de BENVINDO AIRES. Río P. de Janeiro, 1945), “se puede llegar a la ejecución por dos vías diversas, que exigen requisitos sustanciales y formas introductorias profundamente diferentes; estas dos vías son la ejecución de sentencia y la acción ejecutiva. La ejecución de sentencia, conforme resulta de las propias palabras, se fundamenta en una sentencia condenatoria ejecutable, y debe, por tanto, ser precedida de un proceso de conocimiento, encerrado con el pronunciamiento de una sentencia, que normalmente deberá haber causado cosa

excepción al principio que rige de ordinario, en el derecho brasileño, de que la Administración Pública cumple las sanciones judiciales mediante indemnización, por la imposibilidad de que el juez sustituya a la administración.⁵² En cuanto a la forma para obtener la ejecución específica, “el juez puede utilizar diversos medios, como sea el fijar plazos, aunque éstos no consten específicamente en la ley, expedir orden de reintegración, orden que valga por la declaración de voluntad, orden de entrega de documento, etcétera”.⁵³

En cuanto a la posibilidad de que la sentencia del mandamiento de seguridad, se ejecute antes de que se haya convertido en cosa juzgada, nos dice AGRÍCOLA BARBI que, frente al artículo 11 de la Ley 191 y a la interpretación de los artículos 235, ítem II, 327 y 328 del Código de Procedimiento Civil, que negaba el efecto suspensivo a los recursos, el párrafo único del artículo 12 vigente, se refiere únicamente al recurso ex officio en cuanto a dicha suspensión. Sin embargo, deduce en seguida, los artículos 11 y 13 demuestran que no hubo modificación alguna en relación a la legislación anterior y que por tanto, la sentencia concesiva del mandamiento puede ser ejecutada desde luego.⁵⁴

La suspensión de la ejecución puede ser ordenada al juez que otorgue el mandamiento de seguridad, por el Presidente del Supremo Tribunal Federal, del Tribunal Federal de Recursos o del Tribunal de Justicia local. *en contra de esta orden*, procede el recurso de agravio de petición, ante el mismo Tribunal que aquéllos presiden, de conformidad con el artículo 13 reglamentario.

juzgada (Código de Procedimiento Civil, artículo 882) y excepcionalmente podrá dar lugar a ejecución provisional (artículo 830). La acción ejecutiva, al contrario, procede en los casos indicados en el artículo 298 del Código de Procedimiento Civil y, no habiendo sido precedida de otro procedimiento, ofrece en el propio curso de su desenvolvimiento oportunidad para el examen de la existencia del derecho cuya ejecución se pleitea”.

⁵² *Do Mandato de Segurança*, p. 29. AGRÍCOLA BARBI (*op. cit.*, p. 160), de conformidad con la tesis de BUENO VIDICAL (*op. cit.*, p. 113) de que en el derecho público brasileño existe el principio general de la ejecución específica y de que por lo tanto, ésta no es privativa y peculiar del mandamiento de seguridad, nos dice que la evolución del derecho brasileño ha sido justamente en el sentido de suprimir la facultad de la administración de optar por la reparación del daño, en vez de cumplir la determinación judicial y de reintegrar específicamente el derecho lesionado, toda vez que dicha reparación es insuficiente en un grande número de casos, principalmente cuando el derecho lesionado no puede ser estimado pecuniariamente”.

⁵³ ALFREDO BUZÁID. *Do Mandado Segurança*, p. 29.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 164.

10. De conformidad con el artículo 19 de la Ley No. 1533, se aplicarán en el procedimiento del Mandamiento de seguridad, los artículos 88 a 94 del Código de Procedimiento Civil.

Estos artículos corresponden al litisconsorcio,⁵⁵ sobre el cual el primero de aquellos preceptos, dispone que se admitirá, de manera activa o pasiva, cuando se funde en la comunicación de intereses, en la conexión de causa o en la afinidad de cuestiones por un punto común, de hecho o de derecho y que en el primer caso, no podrán las partes dispensarlo, en el segundo, no podrán recurrarlo, cuando fuese requerida por cualquiera de ellas y en el tercero, podrán adoptarlo, cuando así lo acuerden.

De esta manera, de conformidad con las diversas fundamentaciones del litisconsorcio, tenemos en el derecho brasileño tres diferentes tipos de consorcio procesal:⁵⁶

a) La primera fundamentación, o sea la comunión de intereses,⁵⁷ viene a constituir el llamado litisconsorcio *necesario*, en virtud de que no puede ser dispensado por las partes. Así, "siempre que exista unidad de la relación jurídica y pluralidad de titulares o de obligación, habrá comunión de intereses y la legitimación para actuar o para oponerse, perte-

⁵⁵ JOSÉ JOAQUÍN CALMON DE PASSOS define a esta institución, como "la figura procesal consistente en la presencia, en el mismo procedimiento, de varias personas en la posición de actores o de reos, o de actores de un lado y de reos por otro, en virtud de la comunión de intereses, de la conexión de causas o por la afinidad de cuestiones por un punto común, de hecho o de derecho, en atención a razones de justicia, de utilidad o de economía". (*Do litisconsorcio no Código de Processo Civil*. 1952. SALVADOR, BAHÍA, pp. 14 y 15.

⁵⁶ J. J. CALMÓN DE PASSOS, *Op. cit.*, p. 18.

⁵⁷ Esta primera fundamentación, con la cual el legislador brasileño creó un concepto procesal del litisconsorcio necesario (J. J. CALMÓN DE PASSOS, *op. cit.*, p. 27), ha sido interpretada como comunión de derechos, ya que "la comunión de intereses a que se refiere el artículo 88 del Código de Procedimiento Civil no es otra cosa sino la comunidad en el derecho que se pleitea en el procedimiento. No es de naturaleza procesal ni tampoco debe ser buscada en el procedimiento, sino que debe ser procurada en el derecho material, que es el que no la indicará, pues comunión de intereses sólo existirá en donde existía comunión jurídica (communio juris) de derecho material, legal o convencional. El consorcio antes de manifestarse en el procedimiento ya debe existir en el mundo del derecho material. Existe unidad de la relación jurídica de derecho material con pluralidad de titulares o de obligados y la pretensión es la que es común a varios o contra varios; *La comunión de derecho material plasma la com-sorte procesal* (Cf. PONTES DE MIRANDA, *Comentarios ao Código de Processo Civil*, I, 340 a 342). J. J. CALMÓN DE PASOS. *Op. cit.*, pp. 29 y 30. Conforme GHILERME ESTELITA. *Do litisconsorcio no Direito Brasileiro*. Río de Janeiro, 1954, p. 141.

necerá a todos los que, de conformidad con el derecho material, son interesados en la relación jurídica litigiosa, salvo si la ley, por expresa determinación, hubiere legitimado a cualquiera de los interesados activa o pasivamente, por sí solo, para ejercer el derecho o para satisfacer la obligación común".⁵⁸ Al lado del litisconsorcio por comunión de intereses, existe el litisconsorcio por disposición legal, sin que se atienda a aquel fundamento, sino a criterios circunstanciales o "de mera oportunidad o exclusivamente políticos".⁵⁹

⁵⁸ J. J. CALMÓN DE PASSOS. *Op. cit.*, p. 19. HOMERO FREIRE nos dice que "en la dependencia, para la validez integral del juzgamiento sobre el mérito, de la convocatoria a la demanda de todas las personas titulares del derecho indivisible o indiviso, es donde reside la *indispensabilidad* u *obligatoriedad* del litisconsorcio *necesario*" y al referirse al activo, agrega que "el litisconsorcio activo puede ser *necesario*, no para retirar del individuo el derecho de instaurar la instancia, como si el no fuese persona de derecho o como si no poseyese personalidad jurídica... sino para que el juez antes de resolver la cuestión de mérito suscitada por uno solo, sea debatida la causa de manera imprescindible, mediante la intervención o cuando menos la convocatoria de todos los interesados, pues únicamente de esta manera y con la sujeción de la totalidad de las partes a los efectos del procedimiento, no quedará la duda, bajo cualquier hipótesis, de que el litigio, ha sido resuelto". (*Litisconsorcio Necesario activo*). RECIFE, 1954, pp. 80 y 81. Durante el Congreso Jurídico Nacional de 1943, el profesor FRANCISCO MORATO, autor de la redacción de dicho artículo, aclaró que "existe en la redacción del artículo un error notable", proponiendo la corrección, que fue aprobada por dicho Congreso, como sigue: "que el litisconsorcio *propio* también hay comunión de intereses, siendo su criterio distinto al del *necesario*, pues en aquel la sentencia puede ser válida sin la intervención de todos los interesados, como es el caso de la deuda solidaria, en que el acreedor puede actuar en contra de todos los deudores en conjunto o contra alguno de ellos solamente. En el litisconsorcio necesario, el llamamiento o citación de todos, es condición imprescindible de validez del proceso". Así, presentó un substitutivo al texto del artículo 88, en los siguientes términos: "Se admitirá el litisconsorcio, activo o pasivo, cuando la eficacia de la sentencia depende de la intervención de todos los interesados cuando hubiere conexión de causas o ocurriese afinidad de cuestiones por un punto común de hecho o de derecho. En el primer caso, no podrán las partes dispensarlo; en el segundo, no podrá recusarlo, cuando fuese requerido por alguna de ellas y en el tercero, podrán adoptarlo, cuando así lo acordase". Hasta la fecha, el legislador ha dejado que prosiga la errónea redacción vigente MOACYR LÔBO DA COSTA. *A Intervenção Iussu Iudicis no Processo Civil Brasileiro*, São Paulo, 1961, pp. 137 y 138. Así, la comunión de intereses no es el fundamento real del litisconsorcio necesario y la solución que encontró la doctrina exigiendo que la decisión debe ser pronunciada para todos bajo la pena de nulidad, tampoco da una idea sustancial, sino formal. El litisconsorcio necesario tiene su fundamentación, como ya fue antes apuntado, en la *comunión de derechos*, que es lo que justifica una pluralidad de partes en el procedimiento civil.

⁵⁹ J. J. CALMÓN DE PASSOS. *Op. cit.*, p. 20.

Esta categoría de litisconsorcio, tanto activo como pasivo, comprende y encierra al litisconsorcio denominado de *oficio* que se consagra en el artículo 91 del Código de Procedimiento Civil y que establece que el juez, cuando sea necesario, ordenará la citación de terceros, para integrar la contestación y que, si la parte interesada no la promoviere en el plazo marcado, el juez absolverá al demandado de la instancia.

Esta procedencia de oficio se justifica porque "la existencia del litisconsorcio necesario, ya sea con fundamento en la comunión de intereses o ya sea por disposición especial de la ley, importa que la legitimidad para presentar o contestar la demanda, pertenezca a todos los co-interesados, sin omisión de ninguno de ellos, pues de lo contrario, la no inclusión de cualquiera de ellos, motivará la imposibilidad de dictar sentencia sobre el mérito de la causa. De esta manera, solamente cuando sea indispensable el consorcio en la litis, solamente cuando además de unitario⁶⁰ sea también necesario el litisconsorcio, es que el juez puede o mejor dicho, *debe ordenar la integración de la litis por terceros, evitando como es su deber y como además lo exige el espíritu de nuestro Código, que sea desestimada la demanda por ausencia de legitimatio ad causam*".⁶¹

b) El segundo fundamento es el de la conexión de causas,⁶² el cual

⁶⁰ J. J. CALMÓN DE PASSOS, *Op cit.*, p. 51. En análisis posterior a su exposición, el mismo autor, afirma que el litisconsorcio de oficio, también comprende al litisconsorcio necesario no unitario o sea aquel en que la decisión del juez no es uniforme para todas las partes.

⁶¹ J. J. CALMÓN DE PASSOS, p. 51. Para el estudio de "la naturaleza jurídica y la finalidad de la intervención prevista en el artículo 91", véase la obra brillantísima de MOACYR LÓBO DA COSTA, antes citada.

⁶² GUILHERME ESTELITA comprende a esta conexión de causas relacionándola con el parágrafo 2o. del artículo 134 del C. P. C. que establece que cuando existan más de un demandado y siendo diferentes sus domicilios, podrán ser llamados a juicio en el foro de cualquier de ellos, siempre que hubiere conexión en cuanto al objeto de la demanda o en cuanto al título o hecho que le sirve de fundamento. Es decir, las causas son conexas cuando se relacionan en cuanto al título o hecho que les sirva de fundamento y así estas son conexas (aunque se invoquen derechos o se exijan obligaciones diferentes), cuando: a) verse sobre el mismo objeto u objetos ligados: b) tengan por fundamento el mismo hecho o hechos ligados y c) tengan por fundamento el mismo derecho o derechos ligados. Así concluye que: 1º Los derechos pretendidos en las causas de cuya conexión se indaga, deben ser distintos entre sí, porque si fuesen uno y único, habrá la comunión de derechos u obligaciones, 2º Los derechos, a pesar de ser distintos, no pueden ser en todo y por todo, autónomos uno en relación al otro, porque si eso aconteciese, la especie de litisconsorcio a que podrán dar lugar las causas en que sean reclamados, será por afinidad de cuestiones y 3º No bastará cualquier especie de ligación que presenten los derechos reclamados en cada

viene a caracterizar al llamado litisconsorcio *facultativo propio*, que cuando es requerido por alguna de las partes, no puede ser recusado por las demás o sea, que es "irre-cusable sin ser necesario, que no es impuesto a las partes por fuerza de ley, sino que es dejado a criterio de las mismas su constitución, aún de manera unilateral; *facultativo* en consecuencia y *facultativo propio*, porque se funda en la conexión de causa".⁶³

c) El tercer fundamento legal de esta institución, "es la afinidad de causas por un punto común, de hecho o de derecho, que caracteriza al litisconsorcio facultativo *impropio*, el cual para su constitución depende del acuerdo, expreso o tácito de las partes (convencional)".⁶⁴

De estas tres formas o figuras del litisconsorcio, se ha considerado por la doctrina mayoritaria,⁶⁵ que solamente es aplicable al mandamiento de seguridad, el litisconsorcio necesario, en atención a la naturaleza intrínseca del instituto, pudiendo ser activo o pasivo. En cuanto al litisconsorcio necesario de oficio, la legitimación pasiva se justifica y se fundamenta con la interpretación extensiva y a contrario sensu, del parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley Reglamentaria, que dice; "Cuando el derecho amenazado o violado pertenezca a *varias personas*, cualquiera de ellas podrá requerir el mandamiento de seguridad".⁶⁶

causa (como por ej. la ligación de las personas o la identidad de la naturaleza para afirmar entre las causas el nexo que autorice a proponerlas o reunir las en litisconsorcio; la ligación o vínculo debe ser en cuanto al objeto o al título o hecho en que se funden las diferentes demandas". *Op. cit.*, pp. 174, 175 y 176.

Esta tesis es conforme a la anterior de J. J. CALMÓN DE PASSOS, cuando señala que si es idéntico lo que se pide (objeto) o el por qué se pide, pueden los que litigan, cuando sean varios, proponer o contestar en consorcio facultativo propio, las diferentes demandas, para que sean simultáneamente procesadas y juzgadas". *Op. cit.*, pp. 42 y 43. Véase MOACYR LÓBO DA COSTA. *Op. cit.*, pp. 143 y ss.

⁶³ J. J. CALMÓN DE PASSOS. *Op. cit.*, p. 20.

⁶⁴ J. J. CALMÓN DE PASSOS. *Op. cit.*, p. 20. GUILHERME ESTELITA nos enseña que: "1º Los derechos reclamados en las causas que formen este tipo de litisconsorcio, son enteramente autónomos unos en fase de los otros y por eso la decisión de una causa nunca podrá entrar en conflicto material con la de otra: 2º La aproximación que entre ellos existe estará en circunstancias de que se basen las respectivas demandas en el mismo hecho o en estipulación contractual, disposición legal o principio jurídico, idénticos o análogos y 3º Si la aproximación de los derechos no se limita a los grados encima descritos, entonces las causas donde estén siendo reclamados, serán conexas entre sí, porque conexos son los derechos respectivos y el litisconsorcio será de otro tipo". *Op. cit.*, pp. 187 y 188.

⁶⁵ ALFREDO BUZAI. *Op. cit.: Do Mandado de Segurança*. J. M. OTTON SIDOU. *Op. cit.*, p. 274.

⁶⁶ SIDOU nos enseña que "en los mandamientos de seguridad contra actos de autoridad federal, estatal o municipal, las respectivas secretarías de hacienda, son litis-

Sin embargo, del artículo 3º de la misma Ley, se desprende la existencia de un litisconsorcio facultativo propio, al establecer que “el titular de derecho líquido y cierto decorrente del derecho de tercero, en condiciones idénticas, podrá impetrar mandamiento de seguridad a favor del derecho originario, si su titular no lo hiciere, en plazo razonable, a pesar de que hubiere sido notificado judicialmente”.⁶⁷

consortes necesarias, como sujeto pasivo del hecho, toda vez que las consecuencias patrimoniales del acto lesivo habrán de recaer contra cualquiera de ellas; en los mandamientos contra las demás autoridades equiparadas, las entidades de derecho público a que se vinculan, son igualmente litisconsortes necesarias pasivas”. *Op. cit.*, p. 271. Agrega que también “la participación del Ministerio Público determinada por el Art. 10 de la Ley 1533, debe ser invocada como evidenciando el litisconsorcio pasivo del Estado”, *Op. cit.*, p. 272 y prosigue que “la vigente norma disciplinadora del mandamiento de seguridad, omite cualquier alusión a una directa intervención del representante legal de la persona de derecho público en la contestación del hecho. Lo había de modo expreso la Ley 191 en su artículo 8º, párrafo 1º, b, e igualmente el Código de procesos en su artículo 322, fracción II. Todavía con omitirlo la Ley 1533, no aludió la obligatoriedad del litisconsorcio pasivo, menos en razón de los dispositivos a que se remite del Código (art. 88 y sigs.) que se presenta en carácter facultativo (“Se admitirá...”), que por lo que se desprende de la interpretación de su artículo 2º: “Se considerará federal la autoridad coautora si las consecuencias de orden patrimonial del acto contra el cual se requiere el mandamiento de seguridad, hubieren de ser soportadas por la Unión Federal o por las entidades autárquicas federales. Pasivamente existe siempre un litisconsorcio necesario en mandamiento de seguridad, además teniéndose en cuenta la oportunidad de que en su artículo 15, la ley abre la posibilidad de ser pleiteados, por acción propia, efectos patrimoniales, valiendo la sentencia de la garantía, como medio hábil, dada su condición de cosa juzgada”. *Op. cit.*, pp. 273 y 274.

⁶⁷ *Stou.* *Op. cit.*, p. 274.