

EL MANDATO DE SEGURIDAD (MANDADO DE SEGURANÇA) EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO BRASILEIRO

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad Federal de Paraná (Brasil)

SUMARIO

I. Hipótesis de la inconstitucionalidad. II. La cuestión de la legalidad. III. El mérito en la legalidad. IV. El problema del abuso de poder. V. Posiciones de legalidad substancial. VI. Aplicación del mandato de seguridad. VII. La prueba. VIII. La forma de la norma en el acto. IX. La voluntad administrativa y la ley.

La institución del mandato de seguridad ha alcanzado en el derecho universal y en el continente latinoamericano consenso definitivo en cuanto a su naturaleza constitucional y de instrumento de protección contra la ilegalidad o el abuso de poder.

No está destinado, en la dimensión de sus normas prescritas de acción procesal, sólo a resguardar el derecho violentado por razones de ilegalidad o abuso de poder, sino a impedir que derechos constitucionales puedan, en el ámbito de la actividad general administrativa, sufrir menoscabo que digan relación con el orden jurídico consagrado.

Como instrumento de protección jurisdiccional, por la naturaleza singular de su relación jurídica, no identificándose con el habeas corpus, surgió el mandato de seguridad para conocer de la ilegalidad y corregirla, declarar el abuso y reprimirlo, colocando el derecho le-

*Se ha preferido la expresión "mandato" de seguridad, en vez de "mandamiento" que quizás sea procesalmente más preciso, sólo en atención a su mayor eufonía. En todo caso queda en claro que se trata de una orden (*mandamus*) judicial que se impone con pleno imperio a la Administración. Traducción de E. Soto Kloss y S. Gómez Núñez.

sionado en su posición anterior, suspendiendo el acto, o dejándolo nulo en sus efectos.

I. HIPOTESIS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

Para una adecuada comprensión, una de las hipótesis prefiguradas, y que aceptamos como válida, es la de la inconstitucionalidad del acto, que puede envolver la de la ley que sirva de fundamento al acto impugnado, creando un problema jurídico de aplicación de un precepto constitucional.

En este punto, no hay una cuestión controvertida que pueda aparecer como dudosa. Lo que se puede decir, quedándose en la realidad de las cosas, es que para ciertos actos públicos la constitucionalidad está en la base de la legalidad. Deviene ilegal, por tanto, el acto administrativo fundado en una ley ordinaria que infrinja el mandato constitucional. Caracteriza el abuso de poder el acto que, igualmente dictado conforme a norma, quebrante el imperativo constitucional. En su aplicación, a la ley no se le permite alcanzar al precepto constitucional.

II. LA CUESTION DE LA LEGALIDAD

Por regla general, y sin excepción, las facultades administrativas están sometidas a las leyes, inclusive la potestad reglamentaria. De los actos internos pueden no surgir derechos para los administrados, pero de los externos surgen cuando desafían la Constitución y la legislación vigente. Tanto el procedimiento administrativo, como el acto que de él proviene, vienen a asegurar el ordenamiento jurídico objetivo, y nunca la infracción de las normas aplicables.

Al afirmar que la relación administrativa y la función administrativa se desarrollan integralmente dentro de los contenidos jurídicos, afirmamos que la legalidad proviene del Derecho Constitucional, establecido en las Constituciones, principalmente en los regímenes políticos de garantías y de derechos fundamentales.

En cuanto al principio de la legalidad se confunde éste con los regímenes administrativos mismos. Sólo es válido, en sus efectos, por lo tanto, el acto administrativo con fundamento en la norma legal definida y calificada en la especie, aquel acto que, por su finalidad y contenido, objetiva adecuadas soluciones legales.

III. EL MERITO EN LA LEGALIDAD

No basta la existencia de voluntad, aunque sea válida ante los presupuestos de interés público, porque la voluntad estatal se exterioriza mediante el uso de las formas legales, para que de esta manera no haya error, violencia o dolo. Por lo tanto, cualquier acto administrativo en su contenido, debe ajustarse a los principios de derecho objetivo.

Naturalmente que puede haber contradicción entre normas de diferentes jerarquías, una ley contraria a la Constitución, un reglamento contrario a una ley, pero el conflicto no altera el principio de la legalidad cuando está presente el mandato constitucional.

Para merecer la legalidad, ha de llegar el acto administrativo afianzado por los siguientes elementos:

a) un objeto cierto, determinado y lícito, teniendo en la causa su condición esencial, y b) un motivo que da sentido al interés público y atiende a reglas jurídicas establecidas.

Ha de decirse, de paso, y a título ilustrativo, que la determinación del objeto y también del motivo fue una de las grandes conquistas reales del derecho público moderno, ya que la falta de objeto (fin) o del motivo (interés) conduce al abuso de poder o a excesos característicos de la discrecionalidad administrativa.

IV. EL PROBLEMA DEL ABUSO DE PODER

Es la propia Constitución del Brasil, al tratar del mandato de seguridad (art. 153 N^o 21), la que admite la posible existencia del abuso de poder. Con respecto a la ubicación constitucional en el Brasil, no caben objeciones graciosas ni críticas imprudentes. Fue bastante sabio el constituyente porque la Administración no escapa al ejercicio, algunas veces, del modo discrecional.

Piénsese, en verdad, que el abuso de poder consiste, principalmente en el exceso del ejercicio de la competencia, tornándose posible de reparo cuando alcanza a situaciones jurídicas objetivas o derechos individuales asegurados en la Constitución y las leyes. Por otro lado, cuando ocurre la desviación de poder, hay necesariamente abuso de poder. Lo que vale es el hecho en sí contra la expresión formal de la ley. Lo que importa es el acto en sí desvinculado de con-

cretas hipótesis legales. Hecho y acto ofensivos que se contraponen con la ley o con un precepto constitucional.

Sin duda, la garantía que protege al administrado contra defectos o vicios del acto administrativo, es lo que tiene por finalidad el instituto del mandato de seguridad, impidiendo que derechos líquidos y ciertos puedan llegar a ser violentados.

V. POSICIONES DE LEGALIDAD SUBSTANCIAL

No ha de hablarse, pues, donde la Constitución o las leyes apuntan a finalidades legales, de facultades discrecionales o de poder discrecional, ya que el antagonismo se hace flagrante y lesivo. En los sistemas jurídicos, normalidad jurídica y legalidad constituyen presupuestos inalienables.

Dos son las posiciones de legalidad substancial, que legitiman el acto administrativo en sus orígenes:

a) aquella que asocia la legalidad, la moralidad y la finalidad, teniendo en vista limitar el abuso de poder, y b) aquella del abuso de poder que torna el acto ilícito generando ilegalidad cuando alcanza derechos protegidos.

En la primera hipótesis, aunque de naturaleza sutil, se verifica la desviación de poder, porque la Administración actuando en los límites de su competencia, viola disimuladamente la ley; en la segunda, aparece el exceso de poder, porque existiendo competencia para dictar el acto, se traspasan los límites facultados y las atribuciones previstas.

Lo que está en el centro, en la legalidad o en la moralidad del acto, es el principio insustituible de la supremacía constitucional, considerando el problema de la jerarquía con relación a las demás normas jurídicas.

VI. APLICACION DEL MANDATO DE SEGURIDAD

Es obvio que no queremos pretender la aplicación del instituto del mandato de seguridad fuera de las explícitas condiciones señaladas en las Constituciones; toda vez que la cuestión, en los posibles con-

flictos, no se sitúa únicamente dentro de los límites de la legalidad interna administrativa, sino que va más allá de ellos en virtud de una dudosa o incierta comprensión del precepto constitucional; dogmáticamente, lo que carece de base constitucional deja de ser legal.

Por tal motivo, político en la tradición y de tan alto rango en casi todos los sistemas, lo importante es, evidentemente, que, en razón de los casos concretos, se averigüe si existe o no un derecho líquido y cierto, y cómo entender esa liquidez y esa certeza que permitan la *segurança*, llevando la posibilidad de corrección del acto administrativo.

Al responder la Administración en las *seguranças* que se deduzcan, no es propiamente la naturaleza del litigio procesal lo que ha de importarle sino el acto administrativo que se pretende anular en sus efectos de derecho. En su defensa, y para que no prospere la medida correctiva, la autoridad responsable ha de mostrar que tanto su intención como la expresión jurídica de dicho acto son permitidos, legales y constitucionales.

Es inaceptable la tesis de que en el mandato de seguridad exista una controversia judicial entre el particular y el Estado; en el fondo, la cuestión gira en torno al examen del acto administrativo: es lo que señala la Constitución brasilera (art. 153 Nº 21) al hablar de “autoridad responsable”; es lo que está en el contexto legal (ley 1.533, art. 7, 1) cuando se refiere a “acto impugnado”; así como el derecho “líquido y cierto” necesita ser probado plenamente, así de igual manera el acto debe traer aparejadas las condiciones de las cuales se deduzcan su validez y legalidad.

VII. LA PRUEBA

Por otro lado —se argumenta— si la Administración pretende que su acto se encuadra entre aquellos que puede dictar en razón de sus atribuciones, deberá probar que la ley le concede tales atribuciones; es esta una obligación imperativa y de contenido normativo.

Todavía así, probado que sean esos poderes, surgen dos interrogantes en busca de una respuesta:

a) ¿Si respecto de la competencia el acto fue dictado por quién podía hacerlo?, y b) ¿Si el acto en las circunstancias no surgió de las firmas prescritas en la ley?

Aparecería, en cierto modo, irrelevante aquí el control sobre los motivos de conveniencia o de oportunidad, pues lo que se persigue, en las medidas de *segurança*, es simplemente la corrección del acto por ilegalidad o abuso, por medio de su inmediata anulación.

Para que se acepte la impugnación del acto, en primer lugar es indispensable que se verifique:

a) la naturaleza y extensión de cada derecho, a fin de evitar las generalizaciones que la ley condena, y b) la protección que debe tener cada derecho en el sistema de la Constitución y frente al derecho subjetivo.

Ha de considerarse que, en las *seguranças*, lo que se procura evitar es la irreparabilidad de las situaciones lesivas, sin perjuicio de la existencia de otras vías judiciales; irreparabilidad que significa un perjuicio personal patrimonial y que no admite dilación, principalmente, cuando el daño puede transformarse en grave o irreparable, aunque el derecho cierto se encuentre ya plenamente configurado.

VIII. LA FORMA DE LA NORMA EN EL ACTO

En las *seguranças* es el acto administrativo el que está en tela de juicio en cuanto a su validez, legitimidad o legalidad, aquel acto público de administración que debe formalizarse conforme a la ley y a la norma, sin infringir la Constitución. El acto, que fundado en la forma de la norma legal, es perfecto en sus elementos, difícilmente dará lugar a *segurança*.

¿Qué se entiende por forma de la norma? En una idea sumaria, resulta la forma de la norma de un imperativo de contenido y finalidad, de prescripciones para la acción cuando es administrativa, de límite cuya observancia se traduce en legalidad. Cumpliendo una obligación que va de la voluntad a la práctica concreta, de la intención al objetivo querido.

Efectivamente, para que la norma jurídica en su forma más peculiar que es la del acto público— administrativo puede hacerse valer como conforme a Derecho, necesita de una base en el orden jurídico general, esto es, de una manera de ser exterior que no entre en conflicto con su estructura y composición, tornándose armónicos los elementos que vinculan la pretensión administrativa a la finalidad de efectos jurídicos.

IX. LA VOLUNTAD ADMINISTRATIVA Y LA LEY

Es sabido que los actos de voluntad, en los sistemas de garantías jurídicas, son actos dependientes de la ley y de la forma de la norma, actos que presuponen una actividad que se origina en la noción de derecho, o mejor, de la ciencia jurídica cuando afirma que no pueden haber normas sin derechos subjetivos correspondientes.

Si la ley se permite aceptar la buena fe, no por eso el acto administrativo viciado, oneroso y falto de finalidad, garantiza el derecho del Estado. La cuestión reside en saber, hasta dónde la voluntad se divorció de la ley, para que permita el remedio de la *segurança*.

No atender, ni tomar conocimiento de la naturaleza del acto y de su finalidad principal, será lo mismo que contravenir el orden jurídico positivo, ya que la Administración se encuentra vinculada a los efectos del acto administrativo. De donde se concluye que la corrección que recae sobre la voluntad está dirigida a la ley para valerse de ella y obligar dentro los límites que le son propios.

En verdad, el *mandamus*, cuando se reviste de un alcance amplio como en el derecho brasilero, pasa también como instrumento de control constitucional. Tal como afirmamos, la ilegalidad que genera un desafío a la Constitución, o el acto aparentemente legal que se desvía de la ley fundamental, solamente encuentra contensión en la instancia y en el juicio de *segurança*.

X. EL AGRAVIO AL DERECHO INDIVIDUAL

Es necesario conocer, para la mejor comprensión del mandato de seguridad en el orden constitucional y positivo:

- a) el problema de la protección contra actos que aplican inconstitucionalmente normas constitucionales; y
- b) el problema de la tutela jurisdiccional contra actos lesivos que resultan, en el caso en examen, de la aplicación de la ley.

En la primera hipótesis, la situación que se crea, en la relación jurídica, es el resultado de un conflicto entre la Constitución y la ley, hay desarmonía entre preceptos que son afines. En la segunda, el acto aparece exento de elementos que recomiendan la aplicación

legal. En ambas, la corrección apunta a la índole y la naturaleza de la voluntad en la decisión administrativa.

En lo tocante a la ofensa del derecho individual, si la finalidad perseguida por el acto administrativo debe ser cierta y determinada, consecuentemente el acto debe revestirse de su principal requisito, que es el de la conformidad con la ley. Esto porque la función administrativa se caracteriza por la subordinación a la ley y el acto administrativo resulta de la exacta ejecución de la ley.

En la posición de conflicto que surge entre la Administración y el particular, en las *seguranças* cabe examinar:

a) la manifestación de la voluntad como base elemental del acto, voluntad que debe estar exenta de los defectos que la puedan perjudicar en su esencia; y b) la manifestación de voluntad que distorsionando la verdad legal excede la competencia del poder público, contagiando al acto en su expresión de fuerza jurídica.

En el mandato de “seguranca”, por lo menos en la legislación brasilera, los presupuestos son inalienables. Es el medio constitucional puesto a disposición de toda persona física o jurídica, ya afectadas o amenazadas de sufrir violación, “por parte de la autoridad sea de la categoría que fuera”, para resguardo y protección de un derecho líquido y cierto.