

INTRODUCCIÓN

Una Constitución no es hecha en un momento determinado; ella se realiza constantemente. Una Constitución debe estar en armonía con la realidad y debe mantenerse abierta y dinámica a través de los tiempos (PEDRA, 2005, p. 151). La evolución de la jurisprudencia constitucional contribuye para la actualización de la Constitución y, de esta manera, la norma constitucional se modifica a pesar de la permanencia de su texto, presuponiendo la no identificación entre la norma y el texto normativo.

Es importante comprender que toda interpretación ocurre en un determinado contexto, que no puede ser desconsiderado. En verdad, no hay texto sin contexto. La Constitución y la realidad social siempre se buscan. La realidad fáctica y la realidad normativa se encuentran en una relación de reciprocidad, y no es posible separarlas, pues se encuentran mutuamente imbricadas.

En ese sentido, el trabajo busca contribuir para el debate acerca de la evolución de los derechos fundamentales a través de las decisiones de la justicia constitucional.

Para esto, se recorren las bases de la teoría de la concreción y se constata que el proceso interpretativo no es solo cognitivo, sino fundamentalmente volitivo. En el paradigma actual, existe la superación de una concepción tradicional, donde la interpretación era comprendida apenas como un *develamiento* del sentido normativo, para otra concepción, en la cual se verifica un proceso *creativo* de producción de la norma, o sea, lo que se tiene es una *atribución* y no un *develamiento* de un significado preexistente en el enunciado lingüístico.

Serán analizadas algunas decisiones proferidas en Brasil por el Supremo Tribunal Federal (STF) en los últimos veinte años, donde hubo evolución jurisprudencial envolviendo derechos fundamentales, a fin de verificar la hipótesis en discusión.

1. LOS CAMBIOS INFORMALES DE LA CONSTITUCIÓN

Es importante comprender que toda interpretación ocurre en un determinado contexto, que no puede ser desconsiderado. En verdad, no hay texto sin contexto. La Constitución y la realidad social siempre se buscan. La realidad fáctica y la realidad normativa se encuentran en una relación de reciprocidad, y no es posible separarlas, pues se encuentran mutuamente imbricadas.

La mutación constitucional es un proceso informal que cuida de la alteración de la Constitución. En la mutación, la norma constitucional se modifica a pesar de la permanencia de su texto, presuponiendo la no identificación entre la norma y el texto. El texto es compuesto por palabras cuyos significados no son únicos y aún son cambiantes con el pasar del tiempo.

La mutación constitucional (*Verfassungswandlungen*) consiste en un proceso informal de alteración de la Constitución, que no se encuentra previsto expresamente en el texto constitucional (PEDRA, 2008a, p. 226). Tal mudanza informal ocurre mediante el desenvolvimiento de la norma, aunque el texto constitucional permanezca el mismo (PEDRA, 2005, p. 154).

El fenómeno de la mutación constitucional es una constante en la vida de los Estados y ocurre porque la significación de la Constitución no es dada de antemano, ya que depende del contexto en el cual es concretizado. El sentimiento constitucional presente en cada momento vivido pasa a permear la realización de la Constitución, y la naturaleza dinámica de la Constitución, como organismo vivo que es, permite que ella pueda acompañar la evolución de las circunstancias sociales, políticas y económicas.

Actualmente apartada de su pasado preponderantemente político, la mutación constitucional dejó de funcionar como una influencia del mundo fáctico sobre la Constitución y se tornó legítima en la medida en que se mantienen en los marcos normativos establecidos por la Constitución.

A pesar de las circunstancias fácticas integren la concepción de la norma, esto no significa afirmar que la Constitución deba sucumbir a las fuerzas de las circunstancias de la realidad (PEDRA, 2008b, p. 12). La idea de Constitución normativa exige que las normas constitucionales sean responsables por conformar la realidad. En ese sentido, es indispensable aproximar el mundo fáctico y el mundo normativo a fin de que no haya cualquier mitigación a la supremacía de la Constitución, tomando en cuenta que lo fáctico no puede superar lo normativo.

2. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

No se puede tomar la Justicia Constitucional como sinónimo de control de constitucionalidad. En realidad, el control de constitucionalidad no abarca todos los aspectos importantes de la Justicia Constitucional, que es mucho más abarcadora que aquél. La Justicia

Constitucional comprende, además del control de constitucionalidad – sin duda, una de sus dimensiones más importantes –, la tutela de los derechos fundamentales, los conflictos de atribuciones, el control de las reglas de la democracia, y el control de los poderes constituidos, entre otros.

André Ramos Tavares (2005, p. 185), en profundo desarrollo sobre lo tema, plantea funciones originarias y funciones recientes (o “nuevas”) del Tribunal Constitucional. Entre las primeras, se encuentra la función interpretativa y de enunciación constitucional (que construye la norma que será aplicada desde el enunciado suministrado por el legislador constituyente, y construyendo sùmulas), la función gubernativa (que determina los objetivos de la acción del Estado, escogiendo y decidiendo las soluciones que se van a adoptar con relación a las diversas exigencias que la elección que se ha hecho computa), la función estructurante – incluso el control de las leyes – (que promueve la adecuación y la armonización formal del ordenamiento jurídico, según su lógica interna y sus propios comandos relacionados a la estructura normativa adecuada), y la función arbitral (que resuelve eventuales conflictos de competencia de los poderes constituidos). Y, entre las recientes funciones, se está la función legislativa (que realiza actividad de la cual resulta la composición inaugural de comandos con efectos de carácter general) y la función comunitarista (que cuida de la defensa de la superioridad del Derecho comunitario con relación al Derecho estatal).

Además, conviene evidenciar la posibilidad de una Justicia Constitucional donde el Judiciario cuida de la defensa de la Constitución, esto es, en los sistemas donde no haya propiamente un Tribunal Constitucional, como órgano independiente, dislocado de la estructura judicial y de la estructura de los demás órganos de poder (TAVARES, 2005, p. 101).

Pero, una de las mayores críticas que se hace a la Justicia Constitucional tiene relación con su (falta de) legitimidad democrática.

Ciertamente una de las dificultades más destacadas de legitimación del Tribunal Constitucional ocurre cuando éste se coloca contrariamente a las decisiones de los demás “poderes” (función arbitral), contra la ley de la mayoría (función estructurante) o directamente contra el propio deseo popular o, aún, cuando asume decisiones propias (TAVARES, 2005, p. 496).

De esta forma, si, por un lado, la democracia exige que las decisiones políticas se tomen por representantes escogidos por el pueblo, por otro, convive con la Justicia Constitucional realizada por un órgano no elegido.

El destino de las leyes y actos normativos pasan a depender ya no del propio deseo del Legislativo o del Ejecutivo, instancias electivas, sino que pasa a depender de la decisión de la Justicia Constitucional. De ahí la supuesta ruptura democrática que muchos apuntan.

Existen diversos autores que consideran que ocurrió una usurpación de poderes por parte del Tribunal Constitucional, siendo el *judicial review* una función autoatribuida.

¿Cómo explicar la sorprendente aceptación general de una institución cuya posición central está basada enteramente en una competencia, la de *judicial review*, que no ha sido atribuida expresamente por la Constitución, sino propiamente “usurpada”, o al menos autoatribuida? (ENTERRÍA, 2006, p. 135)

André Ramos Tavares aclara que el trayecto histórico del Tribunal Constitucional así como su acentuada presencia en diversa Constituciones, ha hecho con que no sea cuestionada su legitimidad en cuanto al aspecto de su existencia.

La cuestión de la legitimidad de la jurisdicción constitucional y con ella del Tribunal Constitucional como órgano máximo que la ejerce, perdió mucho de su carácter de controversia. Asume mayor relevancia, hoy, la cuestión del sentido, alcance, extensión y límites de la Justicia Constitucional (TAVARES, 1998, p. 113).

Desde el final del siglo XVIII en Estados Unidos, y más adelante en Europa, surgió la necesidad de establecerse órganos que pudieran realizar la tarea de defensa de la Constitución, para que fuese posible efectivamente vivir el constitucionalismo.

En este contexto, la Justicia Constitucional pasó a ser una necesidad, más que esto, una realidad, a punto de la Justicia Constitucional poder anular las decisiones más populares tomadas por el Congreso Nacional y por el Poder Ejecutivo.

John Hart Ely destaca como principal problema del control jurídico de constitucionalidad el hecho de que “un cuerpo que no es electo o incluso responsable políticamente de ninguna forma significativa está diciéndole a los representantes electos por el pueblo que ellos no pueden gobernar como quieren” (ELY, 1980, p. 4-5). El autor rechaza el argumento de que la Corte tenga función constitucional de definir valores y proclamar principios, una vez que los valores en cuestión serían aquéllos de los propios magistrados.

Para Ronald Dworkin (1999, p. 426-427), uno de los defensores del instituto del *judicial review*, “los Estados Unidos son hoy una sociedad más justa de lo que habrían sido si sus derechos constitucionales se hubiesen confiado a la conciencia de instituciones mayoritarias”.

La Justicia Constitucional no puede ser rotulada de antidemocrática exactamente en razón de su designio de garantizar la Constitución, y porque su legitimidad no deriva de una mayoría actual, sino de la mayoría pretérita constituyente.

Peter Häberle (2002, p. 38) anota que la legitimidad puede ocurrir independientemente de un deseo mayoritario. No se debe olvidar que la democracia está formada por la asociación de ciudadanos, como he dicho: “Democracia es el ‘dominio del ciudadano’ (*Herrschaft des Bürgers*), no del Pueblo, en el sentido de Rousseau. No habrá retorno a Rousseau. La democracia del ciudadano es más realista que la democracia popular (*Die Bürger-demokratie ist realistischer als die Volks-Demokratie*)”. Prosigue el autor explicando: “La democracia del ciudadano está muy próxima de la idea que concibe la democracia desde los derechos fundamentales y no desde la concepción según la cual el Pueblo soberano se limita apenas a asumir el lugar del monarca” (HÄBERLE, 2002, p. 38).

La Justicia Constitucional debe no sólo fiscalizar si los presupuestos de la democracia fueron respetados en las decisiones estatales, controlando aquéllas que impliquen en riesgo para la continuidad de la democracia, sino también desarrollar los derechos fundamentales.

3. LA EXPERIENCIA BRASILEÑA

Lo que se busca sustentar aquí es que la mutación constitucional que envuelve derechos fundamentales es un camino de vía única, o sea, un camino que admite apenas avances en los cambios informales de la Constitución.

La dignidad de la persona humana no exige sólo una protección frente a actos de cuño retroactivo, sino que además no dispensa una protección contra medidas retrocesivas, pero que no pueden ser tenidas como propiamente retroactivas, ya que no alcanzan las figuras de los derechos adquiridos, del acto jurídico perfecto y de la cosa juzgada (SARLET, 2004, p. 245). De esa manera, debe haber una protección de la persona y de la propia orden jurídica contra medidas de

cuño retrocesivo, o sea, que tengan por propósito la reducción o supresión de posiciones jurídicas ya implementadas.

Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 254), de manera concisa, afirma que, en el ámbito del derecho constitucional brasileño, el principio de la prohibición del retroceso resulta de modo implícito del sistema constitucional, señalando los siguientes principios y argumentos (rol no exhaustivo): (i) principio del Estado democrático y social de Derecho, (ii) principio de la dignidad de la persona humana, (iii) principio de la máxima eficacia y efectividad de las normas definidoras de derechos fundamentales (art. 5º, § 1º, de la Constitución brasileña), (iv) principio de la protección de la confianza y (v) auto-vinculación de los órganos estatales en relación con los actos anteriores.

A partir de un estudio de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal (STF) brasileño, es posible verificar la ocurrencia de una interpretación evolutiva, cuando se reconstruye el derecho constitucional dinámicamente, en la medida de las exigencias mutantes de la realidad social. Aunque en un intervalo de veinte años no sea grande o suficiente para identificar muchas mudanzas significativas en la realidad social brasileña, es posible registrar cambios de interpretación constitucional en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal. A continuación, serán analizados cambios informales de la Constitución brasileña ocurridos en este período envolviendo derechos y garantías fundamentales.

a) Derechos fundamentales de extranjeros que no residen en Brasil

El artículo 5º de la Constitución brasileña de 1988 prescribe que “todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad (...)”.

Aunque no se defienda la interpretación gramatical o literal pura y simple, la letra de la ley constituye siempre punto de referencia obligatorio para la interpretación de cualquier norma (BASTOS, 2002, p. 110). De esa forma, una primera lectura del artículo 5º de la Constitución brasileña puede llevar al lector a excluir del alcance de la norma a los extranjeros no residentes en Brasil. Un solo análisis del texto del artículo 5º de la Constitución admite – aunque no sea la mejor – una interpretación excluyente de los derechos fundamentales de los extranjeros no

residentes. Conviene ilustrar esta situación con el caso *United States v. Verdugo-Urquidez* del derecho norte-americano, en el cual la Suprema Corte norte-americana entendió que Verdugo no estaría protegido por la Cuarta Enmienda. En la visión del *Chief Justice* Willian Rehnquist, el “*We the People*” no comprendería a todos los miembros que habitan en el país, sino que sólo a aquella fracción de los individuos que forman parte de una comunidad nacional o que hayan desarrollado una relación suficiente con el país hasta el punto de pudieran formar parte de esta comunidad.

Para Dimitri Dimoulis y Leonardo Martins, no hay explicación satisfactoria para la exclusión en la Constitución brasileña de la protección a los extranjeros no residentes, a no ser el hecho de que el constituyente se haya apegado a la tradición de la Constitución de 1891 que reconocía los derechos individuales solamente a los brasileños y extranjeros residentes en Brasil (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 85).

Más, como la interpretación es una operación que le atribuye significado a un texto, en el juicio de *habeas corpus* HC 74.051-1/SC (1996), el Supremo Tribunal Federal expresó la comprensión de que no sólo los brasileños y extranjeros residentes en el país, sino también los extranjeros no residentes, están protegidos por la mencionada norma constitucional. El voto del ministro relator Marco Aurélio diserta acerca del goce de los derechos por los extranjeros:

La garantía de inviolabilidad de los derechos fundamentales, salvo las excepciones de orden constitucional, se extiende también a los extranjeros no residentes o domiciliados en Brasil. El carácter universal de los derechos del hombre no se compatibiliza con los estatutos que los ignoren. La expresión residentes en Brasil debe ser interpretada en el sentido de que la Carta Federal sólo puede asegurar la validez del goce de los derechos fundamentales dentro del territorio brasileño (MELLO, 1986, p. 424).

La negación de los derechos humanos fundamentales para los extranjeros en tránsito en Brasil estaría contra la ideología humanista que orienta los objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil, especialmente el objetivo de “promover el bien de todos, sin preconcepciones de origen, raza, sexo, color, edad y cualesquiera otras formas de discriminación” (art. 3º, IV, Constitución brasileña), además del principio de la dignidad de la persona humana (art. 1º, III, Constitución brasileña).

b) Concepto de hogar

El “hogar” se presenta en la Constitución brasileña como un bien protegido contra su inviolabilidad. El texto constitucional brasileño establece que “el hogar es asilo inviolable del individuo, nadie puede entrar en él sin consentimiento del morador, salvo en caso de flagrante delito o desastre, o para prestar socorro, o, durante el día, por determinación judicial” (art. 5º, XI). Mario Verdugo Marinkovic, Emilio Pfeffer Urquiaga e Humberto Nogueira Alcalá escriben que “el hogar o domicilio se considera como una prolongación de la personalidad y, por lo mismo, su inviolabilidad constituye una de las garantías constitucionales más antiguas” (MARINKOVIC; URQUIAGA; ALCALÁ, 2005, p. 254).

Como se trata de un término que admite diversos significados, ora interpretándose extensivamente ora interpretándose restrictivamente, es necesario que la interpretación atienda el fin deseado por la norma. Lo que se pretende con tal protección es promover el respeto de la privacidad tanto como reprimir la ocurrencia del abuso de poder.

Sobre el término “hogar”, Ángela Vivanco Martínez esclarece que

este concepto constitucional es genérico, pues no sólo cubre a la residencia estable que tiene la persona y su familia, sino que también aquellos lugares de residencia esporádica, como casas o departamentos de playa como, asimismo, oficinas o despachos que no están abiertas al público o, incluso, lugares que de suyo sólo cuentan con acceso restringido para ciertas personas, por ejemplo, piezas de hotel. Lo que importa más que el lugar físico es que es una extensión física de la privacidad del sujeto y, en consecuencia, lo inviolable emana del hecho de que estos lugares no se encuentran abiertos al público, sino que han sido reservados por la persona para él, su familia y un estricto número de individuos y, por lo tanto, estos lugares no pueden ser invadidos, sino con autorización de ley o el consentimiento de la persona (MARTÍNEZ, 2006, p. 363).

En el mismo sentido también escribe José Luis Cea Egaña:

La palabra “hogar”, como hemos visto en la historia fidedigna, debe ser entendida en su sentido más omnicomprendivo, es decir, no sólo como la residencia, casa o domicilio de una persona en que ella o su familia comúnmente moran. Al contrario, el hogar debe extenderse a todo recinto o propiedad privada, incluyendo en él, por ejemplo, una casa de veraneo; la fábrica del afectado; un predio agrícola que él trabaja, aunque no sea de su propiedad; la oficina de un profesional; el taller de un artista, etc. De esta interpretación amplia, deseamos enfatizarlo, quedó constancia en la historia fidedigna de la nueva Constitución (EGAÑA, 2004, p. 195).

No obstante, José Luis Cea Egaña destaca que existen situaciones en que se diverge sobre el concepto de “hogar”.

Situados en la perspectiva amplia que hemos destacado, surgen situaciones que no son sencillas de solucionar. Preguntémonos, v. gr., tratando de aclarar el asunto si el automóvil particular, una carpa en la playa, un bote junto a un muelle, la oficina o el laboratorio de un profesor en la universidad son o no su hogar. Por nuestra parte y

siguiendo lo acordado en la Comisión de Estudio, pensamos que en esos casos también está presente el valor del hogar en su acepción amplia, o sea, de santuario de la privacidad y, como tal, inviolable (EGAÑA, 2004, p. 195).

En Brasil, en el juicio de *habeas corpus* HC 82.788-8/RJ (2006), el Supremo Tribunal Federal determinó que fuese suelto el paciente porque las pruebas que fundamentaban su prisión habían sido obtenidas por medio ilícito. Esto ocurrió porque entendió el Excelso Tribunal brasileño que el *escritorio de contabilidad*, donde las pruebas fueron recogidas, está sujeto a la protección constitucional de la inviolabilidad domiciliaria, subsumiendo así al concepto normativo constitucional de “hogar”. De esa forma, habría necesidad de orden judicial para que los agentes de hacienda y policías federales aprehendiesen los libros contables y documentos fiscales en el *escritorio de contabilidad*, en la parte que no es accesible al público, lo que no aconteció en el referido caso. La referida decisión del STF alargó el concepto de hogar hasta considerar los espacios privados no abiertos al público, donde alguien ejerce actividad profesional, valiéndose de la interpretación hecha por el legislador (artículo 150, § 4º, III, do Código Penal brasileño).

En otro proceso, un reo llegó al Supremo Tribunal Federal brasileño con un recurso ordinario interpuesto contra la decisión denegatoria de *habeas corpus* RHC 90.376-2/RJ (2007), para que su prisión fuese anulada y además para que su sentencia condenatoria fuese revocada en parte, ya que las pruebas que sirvieron de fundamento fueron obtenidas por los policías en búsquedas realizadas en un *cuarto de hotel* sin mandato judicial. En este juicio, el ministro relator Celso de Mello adujo que la finalidad de la protección jurídica del artículo 5º, XI, de la Constitución brasileña, la inviolabilidad del hogar, debe ser vista de forma integral, una vez que el concepto normativo de “hogar” debe abarcar todos os compartimentos privados en los cuales sean ejercidas actividades profesionales.

De esta forma, para fines de protección jurídica del artículo 5º, XI, de la Constitución brasileña, el concepto normativo de “hogar” se revela amplio y comprende los aposentos de habitación colectiva, como, por ejemplo, *cuarto de hotel, motel, pensión, hospedaje*, siempre que estén ocupados.

Más aún, el ministro relator enfatizó que el concepto de “hogar”, para los fines de la protección jurídico-constitucional a que se refiere el artículo 5º, XI, de la Constitución, se reviste de carácter amplio pues comprende, el ámbito de pertinente al protegido, (a) cualquier

compartimiento habitado, (b) cualquier aposento ocupado de habitación colectiva e (c) cualquier compartimiento privado no abierto al público, donde alguien ejerce profesión o actividad.

Como se ve, el Supremo Tribunal Federal brasileño ha dado al término “hogar” un sentido que va además de aquel que habitualmente le es atribuido por el sentido común. La extensión del significado es esencial para la concretización de ese derecho fundamental y el principio de la prohibición de retroceso impide que le sea dada una interpretación más restrictiva en el futuro.

c) Progresión del régimen de la pena para condenados por crímenes horrendos

La Ley federal brasileña n° 8.072/1990 dispone sobre los crímenes horrendos, en los términos del artículo 5°, XLIII, de la Constitución brasileña. El legislador prescribió que la pena impuesta a los condenados por la práctica de crímenes horrendos debería ser cumplida integralmente en régimen cerrado, vedando así la posibilidad de progresión de régimen (antigua redacción del artículo 2°, §1°, de la Ley 8.072/1990: “La pena por el crimen previsto en este artículo [crimen horrendo] será cumplida integralmente en régimen cerrado”). La constitucionalidad de este dispositivo legal fue cuestionada con base al artículo 5°, XLVI, de la Constitución brasileña, que dispone sobre la individualización de la pena.

La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal contemplaba como constitucional la regla de régimen íntegramente cerrado para los crímenes atroces (Súmula n° 698: “No se extiende a los demás crímenes horrendos la admisibilidad de la progresión en el régimen de ejecución de la pena aplicada al crimen de tortura”). En el juicio del *habeas corpus* HC 69.657-1/SP (1993), el STF afirmó que “no hay inconstitucionalidad en semejante rigor legal, visto que el principio de la individualización de la pena no se afecta con la imposibilidad de ser progresivo el régimen de cumplimiento de la pena”.

No obstante, esta interpretación fue modificada a partir de la sentencia del HC 82.959-7/SP (2006), cuando el Supremo Tribunal Federal manifestó la siguiente interpretación:

Colide con la garantía de la individualización de la pena – artículo 5°, XLVI, de la Constitución Federal – la imposición, mediante norma, en el cumplimiento de la pena en régimen íntegramente cerrado. Nueva interpretación del principio de la individualización de la pena, en evolución jurisprudencial, asentada la inconstitucionalidad del artículo 2°, § 1°, de la Ley n° 8.072/90.

Según el STF, “la progresión en el régimen de cumplimiento de la pena, de tipo cerrado, semi-abierto y abierto, tiene con mayor razón, la resocialización del preso, que, un día más un día menos, volverá a la convivencia social”. El ministro Gilmar Mendes manifestó la interpretación de que “el principio de la individualización de la pena fundamenta un derecho subjetivo, que no se restringe la simple fijación de la pena en abstracto, sino que alcanza la propia forma de la individualización (progresión)”.

Merece ser señalado que el reconocimiento de la inconstitucionalidad del cumplimiento de la pena íntegramente bajo régimen cerrado, no impide que el legislador establezca una progresión del régimen más riguroso para los condenados por crímenes horribles – como, de hecho lo hizo (a Ley nº 11.464, de 28 de marzo de 2007, dio una nueva redacción al artículo 2º de la Ley nº 8.072/1990) –, y ni el principio de prohibición del retroceso impide esto.

d) Amnistía y promoción de los militares

Debido al período dictatorial vivido en Brasil, algunos militares fueron perjudicados por motivaciones exclusivamente políticas, víctimas de actos de excepción. A fin de reparar esta situación, el artículo 8º del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias (ADCT) concedió amnistía a los militares, logrando así el reconocimiento del error de los actos practicados durante la dictadura militar.

Según el pronunciamiento del Supremo Tribunal Federal, manifestado en la ocasión que juzgó el recurso extraordinario RE 141.290-9/DF (1993), la norma constitucional transitoria anteriormente referida no garantizaba indiscriminadamente todas las promociones que en tesis serían posibles, pero solo la promoción por antigüedad. Entendió la Excelsa Corte que, con base en el artículo 8º del ADCT, no sería posible considerar como previstas automáticamente la promoción por méritos, pues, tratándose de promociones sujetas a evaluación de los candidatos, con asignación de puntos y apreciación de criterios objetivos y subjetivos, éstos no se podrían presumir como satisfechos.

Modificando su propia jurisprudencia, en el juicio del recurso extraordinario RE 165.438-4/DF (2006), el Supremo Tribunal Federal cambió su comprensión. El STF pasó a considerar que, cuando el artículo 8º do ADCT garantizó las promociones en inactividad para los puestos o los grados a que tenían derecho, como si estuviesen activos, en verdadera ficción

jurídica, admite que el militar debería obtener las mismas promociones conferidas a sus colegas (paradigmas) que permanecieran activos. Porque el propio Estado brasileño privó al militar excluido de la posibilidad de demostrar su eventual merecimiento para ser promovido. Además, el legislador constituyente no hizo ninguna reserva en el artículo 8º del ADCT en el sentido de que las promociones sólo serían por antigüedad. Como se sabe, las normas de amnistía deben tener la interpretación más amplia posible. De esa forma, todas las promociones deben ser garantizadas, sea por antigüedad sea por meritos.

e) Extradición y conmutación de la pena de prisión perpetua

El ordenamiento jurídico brasileño exige la conmutación de la pena de muerte en pena privativa de libertad para la concesión de la extradición de extranjeros para otro Estado en razón del delito en él practicado. La Ley federal brasileña nº 6.815/1980 (Estatuto de Extranjeros), con las modificaciones de la Ley nº 6.964/1981, en el artículo 91, III, estipula que no habrá entrega del extraditando sin que el Estado requirente asuma el compromiso de conmutar en pena privativa de libertad la pena corporal o de muerte, reservándose en cuanto a esta última, los casos en que la ley brasileña permita su aplicación (Cf. artículo 5º, XLVII, “a”, de la Constitución brasileña: “No habrá penas de muerte, salvo en caso de guerra declarada, en los términos del art. 84, XIX”).

No obstante, no había esta exigencia para pena de prisión perpetua, la cual también es vedada en Brasil (art. 5º, XLVII, “b”, Constitución brasileña). El Supremo Tribunal Federal consideraba innecesaria la conmutación de la pena de prisión perpetua en pena privativa de la libertad con plazo máximo de cumplimiento. En el juicio de la Extradición 507-3/Argentina (1991), o STF difirió pedido de extradición

sin ninguna reserva en cuanto a la pena de prisión perpetua, considerada inoportuna por la jurisprudencia del STF, a partir del juicio de Extradición 426 (4.9.85) y con base a la reiteración del texto legal, entre nosotros, por casi un siglo, claro y límpido en el sentido de la necesidad de conmutación tan solo se da en las penas corporal y de muerte.

La Extradición 507-3/Argentina consideraba el pedido de extradición de un argentino acusado de crimen por asalto a un banco con víctima fatal, habiendo sido expedida la orden de captura por homicidio y tentativa de robo calificado. Coincidiendo el ministro Ilmar Galvão, relator para la sentencia, el ministro Marco Aurélio no encontró, “en la legislación en vigencia,

algún precepto que autorice el diferimiento del pedido de extradición con cláusula restrictiva, como que si se transportarse, al derecho del Estado requirente, un precepto de nuestro ordenamiento jurídico”.

Esa opinión fue alterada en el juicio de la Extradición 855-2/Chile (2005), cuando el Supremo Tribunal Federal “condicionó la entrega del extraditando a la conmutación de las penas de prisión perpetua en pena de prisión temporal no mayor a 30 años”.

El extraditando chileno había sido condenado, en su país, a dos penas de prisión perpetua por la práctica de crímenes de homicidio, de formación de bandas armadas y de extorsión, mediante secuestro, todos ellos calificados como actos delictuosos de carácter terrorista.

La extradición 855-2/Chile demuestra la nueva interpretación del artículo 5º, XLVII, “b”, de la Constitución brasileña, que amplía su protección a personas bajo proceso de extradición y enalteciendo los valores de la dignidad e integridad humanas. Este nuevo concepto concuerda con el principio de la prevalencia de los derechos humanos, que rige las relaciones internacionales de Brasil (artículo 4º, II, Constitución brasileña).

f) Mandato de injunción

El artículo 5º, LXXI, de la Constitución brasileña prescribe que el *mandato de injunción* será concedido “siempre que la falta de norma reglamentaria torne como inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía”.

La jurisprudencia que se firmó inicialmente en el Supremo Tribunal Federal brasileño atribuía al mandato de injunción tan sólo la finalidad específica de posibilitar el reconocimiento formal de la inercia del Poder Público y dar ciencia al poder competente para que editase la norma faltante. En el juicio del mandato de injunción MI 470-6/RJ (2001), el Supremo Tribunal Federal defirió el pedido “para que se comunique al Congreso Nacional la mora en que se encuentra, a fin de que sean adoptadas las providencias necesarias al suplemento de la omisión”. El referido mandato de injunción tenía como objeto hacer efectiva la norma inscrita en el artículo 192, § 3º, de la Constitución, revocado por la Enmienda Constitucional nº 40/2003, que establecía el límite de las tasas de intereses en doce por ciento al año.

No obstante, en los juicios de los mandatos de injunción MI 670/ES (2007), MI 708/PB (2007) y MI 712/PA (2007), el STF colocó como solución para la omisión legislativa del Congreso Nacional la aplicación de la Ley n° 7.783/1989, que regula la huelga en el sector privado, en lo que concerniera, a los servidores públicos civiles. De esa forma, mientras perdurara la omisión legislativa para la reglamentación del derecho de huelga en el servicio público (art. 37, VII, Constitución brasileña), las normas definidas para los trabajadores en general (art. 9°, Constitución brasileña) también se aplican a los servidores públicos civiles.

En su voto emitido, en el MI 712-8/PA, el ministro Celso de Mello concedió eficacia concreta al derecho de huelga en favor de los servidores públicos civiles:

La jurisprudencia que formuló el Supremo Tribunal Federal, a partir del juicio del MI 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves (RTJ 133/11), se estableció en el sentido de proclamar que la finalidad a ser alcanzada por la vía del mandato de injunción, se resume a la mera declaración del Poder Judicial, de la ocurrencia de omisión inconstitucional, a ser meramente comunicada al órgano estatal insolvente, para que éste promueva la integración normativa del dispositivo constitucional invocado como fundamento del derecho titularizado por el peticionario del *writ*. Ese entendimiento restrictivo no pudo prevalecer más, bajo pena de esterilizarse la importantísima función político-jurídica para la cual fue concebida, por el constituyente, el mandato de injunción, que debe ser visto y calificado como instrumento de concretización de las cláusulas constitucionales frustradas, en su eficacia, por la inaceptable omisión del Congreso Nacional, impidiéndose, de ese modo, que se degrade la Constitución a la inadmisibles condición subalterna de un estatuto subordinado a la voluntad ordinaria del legislador común.

La nueva posición del STF confiere al mandato de injunción una dimensión digna de un verdadero remedio constitucional, no tolerándose más que la inercia del legislador inconstitucional contraríe la voluntad de la Constitución.

CONSIDERACIONES FINALES

La evolución de la jurisprudencia constitucional es una constante en la vida de los Estados y ocurre porque la significación de la Constitución no es dada de antemano, ya que depende del contexto en el cual es concretizado. El sentimiento constitucional presente en cada momento vivido pasa a permear la realización de la Constitución, y la naturaleza dinámica de la Constitución, como organismo vivo que es, permite que ella pueda acompañar la evolución de las circunstancias sociales, políticas y económicas.

Las normas de derechos fundamentales son de desarrollo progresivo. O principio de la progresividad implica que, una vez alcanzado un determinado nivel de protección, no se puede

retroceder. Más, como la naturaleza de la prohibición de retroceso es principiología, tal veda debe ser vista de forma relativa. El reconocimiento del principio de la progresividad no puede resultar en una prohibición de cualquier medida que tenga por objeto la promoción de ajustes donde estuvieren presentes los presupuestos para tanto. Pero, para que haya retroceso, debe ser demostrado que existen imperiosas razones que hacen necesario este paso regresivo en el desarrollo de un derecho fundamental. Además, una medida regresiva exige una ponderación entre la agresión (daño) provocada y la importancia del objetivo deseado para el bien de la colectividad. Y, para que no sea violada la prohibición de retroceso, es necesario, además de contar con una justificación de porte constitucional, salvaguardar el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Son pocas las mutaciones constitucionales verificadas por la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal brasileño, en los últimos veinte años, acerca del tema de los derechos fundamentales. Así mismo, se constató que el Excelso Tribunal brasileño ha desempeñado un papel importante en la concretización de derechos y garantías fundamentales.

A partir de los casos estudiados, se verificó que hubo una expansión de los derechos y de las garantías fundamentales en la jurisprudencia constitucional brasileña, tal como quedó sustentado teóricamente. Esto demuestra que la realización de la efectividad de la Constitución ha alcanzado los fines propuestos, ya que el principio de la prohibición de retroceso también resulta del principio de la maximización de la eficacia de los derechos fundamentales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo: *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo, RT, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EGAÑA, José Luis Cea. *Derecho constitucional chileno: derechos, deberes y garantías*. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. 4. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2006.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *Derecho procesal constitucional*. Bogotá, Temis, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição*: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

MARINKOVIC, Mario Verdugo; URQUIAGA, Emilio Pfeffer; ALCALÁ, Humberto Nogueira: *Derecho constitucional*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, t. I.

MARTÍNEZ, Ángela Vivanco. *Curso de derecho constitucional: aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, t. II.

MELLO, Celso de. *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1986.

PEDRA, Adriano Sant’Ana. *A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

PEDRA, Adriano Sant’Ana. A construção judicial da fidelidade partidária no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 207-249, abr./jun. 2008a.

PEDRA, Adriano Sant’Ana. A importância do concreto no processo interpretativo dos direitos fundamentais. *Depoimentos – Revista de Direito da FDV*, Vitória, n. 14, p. 9-12, jul./dez. 2008b.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise, *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, São Paulo, n. 4, p. 241-271, jul./dez. 2004.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: IBDC, 1998.