

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO  
CONPEDI BUENOS AIRES –  
ARGENTINA**

**DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E  
MOVIMENTOS SOCIAIS III**

**FREDERICO THALES DE ARAÚJO MARTOS**

**GABRIELA OLIVEIRA FREITAS**

**GIOVANI DA SILVA CORRALO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos Humanos, Democracia e Movimentos Sociais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Frederico Thales de Araújo Martos; Gabriela Oliveira Freitas; Giovani da Silva Corralo. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-818-9

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos Humanos. 3. Democracia e Movimentos Sociais. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## **XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA**

### **DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E MOVIMENTOS SOCIAIS III**

---

#### **Apresentação**

No período de 12 a 14 de outubro de 2023, na cidade de Buenos Aires, ocorreu o XII Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), evento que reuniu acadêmicos, pesquisadores e profissionais das mais diversas áreas jurídicas, proporcionando, mais uma vez, um valioso espaço para o compartilhamento de conhecimentos, debates e reflexões enriquecedoras.

O Grupo de Trabalho Direitos Humanos, Democracia e Movimentos Sociais III contou com artigos que refletem a considerável abrangência de temas passíveis de reflexão em nível de pós-graduação em Direito.

A defesa dos direitos humanos e da democracia em sociedades cada vez mais complexas e com enormes desafios, associado ao dinamismo dos mais diversos movimentos sociais, soblevam a importância das reflexões feitas, em todas as dimensões e direções, a permitir um melhor entendimento do mundo contemporâneo.

Por mais que o CONPEDI se firme como um dos mais importantes eventos da pós-graduação brasileira em Direito, as problemáticas trabalhadas neste Grupo de Trabalho possuem uma amplitude trans e interdisciplinar, a fazer com que o Direito dialogue com importantes outras áreas do conhecimento humano.

Temas sempre relevantes, como a violência doméstica e de gênero, mutação constitucional, efetivação dos direitos humanos, pluralismo jurídico, controle de convencionalidade, direitos da criança e do adolescente, direitos políticos, direito à educação, povos indígenas, dignidade da pessoa humana, se somam a temáticas que abarcam os avanços da neurociência e do mundo cibernético.

Não obstante tal abrangência, o fio condutor das pesquisas é norteado pela defesa dos direitos humanos, da democracia e da legitimidade dos mais distintos movimentos sociais.

Os trabalhos apresentados neste Grupo de Trabalho ressaltam a importância crucial da pesquisa jurídica na promoção da justiça, da democracia e dos direitos humanos em um mundo complexo e interdependente. Esperamos que os artigos e estudos compilados nestes

anais sirvam como uma fonte valiosa de conhecimento e inspiração para todos os interessados em construir um futuro mais inclusivo e comprometido com os direitos fundamentais de cada ser humano.

Coordenadores:

Frederico Thales de Araújo Martos -Faculdade de Direito de Franca/Universidade do Estado de Minas Gerais

Gabriela Oliveira Freitas -Universidade FUMEC

Giovani da Silva Corralo -Universidade de Passo Fundo

**DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL À MUTAÇÃO CONVENCIONAL: UMA ANÁLISE SOBRE O CASO MSS V. BÉLGICA E GRÉCIA JULGADO PELO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS**

**DE LA MUTACIÓN CONSTITUCIONAL A LA MUTACIÓN CONVENCIONAL: UN ANÁLISIS SOBRE EL CASO MSS V. BÉLGICA Y GRECIA JUZGADO POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

**Guilherme Cardoso Antunes da Cunha**<sup>1</sup>  
**Leandro Mateus Silva de Souza**<sup>2</sup>  
**Nelson Sanchez Rosa**<sup>3</sup>

**Resumo**

O presente trabalho tem como propósito fazer uma análise sobre os fenômenos das mutações constitucionais e das mutações convencionais, tendo como pano de fundo a decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) no caso MSS v. Bélgica e Grécia, julgado em 2011, o qual redefiniu paradigmas sobre a interpretação do conceito de vulnerabilidade de solicitantes de asilo em países da Europa. Através de revisão bibliográfica e análise de decisões da TEDH, lançamos olhar sobre a existência do fenômeno da mutação convencional e sua semelhança com as mutações em nível constitucional. Além disso, faz-se uma análise da referida decisão no caso MSS v. Bélgica e Grécia cuja mutação convencional foi utilizada para ampliar o rol de direitos previstos na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e, assim, a dar mais eficácia dos Direitos Humanos. Ao final, concluiu-se pela importância da mutação de ambos os fenômenos como forma de diminuição do distanciamento entre a realidade social complexa e cambiante e o texto constitucional e convencional posto, reiterando, assim, sua força normativa especialmente quanto a questões de Direitos Fundamentais e Humanos e o papel decisivo que as Cortes Internacionais têm na interpretação das Convenções para incremento do processo de internacionalização dos Direitos Humanos.

**Palavras-chave:** Mutações constitucionais, Mutações convencionais, Tribunal europeu dos direitos do homem, Caso mss v. belgica e grecia, Eficácia dos direitos humanos

---

<sup>1</sup> Posdoctorado en Teoría General de la Jurisdicción y del Proceso (PUCRS). Doctor y Maestro en Derecho Público (UNISINOS). Profesor de Graduación y Maestría en Derechos Humanos (UNIRITTER). Abogado. Email: guilherme@antunesdacunha.com

<sup>2</sup> Maestrando en Derechos Humanos (UNIRITTER), Especialista en Derecho Público (Facultad IDC). Vicerrector de Administración de la Universidad Federal de Ciencias de la Salud de Porto Alegre (UFCSPA). Abogado. Email: leandromateussouza@gmail.com

<sup>3</sup> Doctorando en Derecho (UNILASALLE), Maestro en Derechos Humanos (UNIRITTER), Especialista en Derecho del Trabajo y Seguridad Social (PUCMG), Especialista en Gestión de Tributos y Planificación Tributaria (PUCRS). Abogado. Email: nsanchez.advogado@gmail.com

### **Abstract/Resumen/Résumé**

El presente trabajo tiene como propósito realizar un análisis sobre los fenómenos de las mutaciones constitucionales y de las mutaciones convencionales, teniendo como telón de fondo la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso MSS v. Bélgica y Grecia, juzgado en 2011, el cual redefinió paradigmas sobre la interpretación del concepto de vulnerabilidad de solicitantes de asilo en países de Europa. A través de revisión bibliográfica y análisis de decisiones del TEDH, echamos una mirada sobre la existencia del fenómeno de la mutación convencional y su similitud con las mutaciones a nivel constitucional. Además, se hace un análisis de la citada decisión en el caso MSS v. Bélgica y Grecia cuya mutación convencional fue utilizada para ampliar el abanico de derechos previstos en la Convención Europea de los Derechos del Hombre (CEDH) y, así, dar más efectividad a los Derechos Humanos. Al final, se concluyó que la mutación de ambos fenómenos es importante como forma de reducir la distancia entre la compleja y cambiante realidad social y el texto constitucional y convencional, reiterando así su fuerza normativa, especialmente en materia de Derechos Fundamentales y Derechos Humanos. Derechos Humanos y el papel decisivo que tienen las Cortes Internacionales en la interpretación de las Convenciones para incrementar el proceso de internacionalización de los Derechos Humanos.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Mutaciones constitucionales, Mutaciones convencionales, Tribunal europeo de los derechos humanos, Caso mss v. belgica y grecia, Efectividad de los derechos humanos

## **INTRODUCCIÓN**

El propósito de este ensayo es hacer un análisis de los fenómenos de las mutaciones constitucionales y las mutaciones convencionales, teniendo como telón de fondo la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso MSS v. Bélgica y Grecia, juzgado en 2011, que redefinió los paradigmas sobre la interpretación del concepto de vulnerabilidad de los solicitantes de asilo en los países europeos.

El objetivo general de este ensayo es el estudio del fenómeno de la mutación convencional y su relación con la mutación constitucional, a partir de la interpretación y aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), específicamente en el caso MSS v. Bélgica y Grecia. Los objetivos específicos son dos: a) análisis, percepción de la existencia y limitaciones de las mutaciones constitucionales; y b) análisis de la mutación convencional, sus peculiaridades y su ocurrencia en el caso MSS v. Bélgica y Grecia.

El primer objetivo busca contextualizar las mutaciones constitucionales, reconociendo que las constituciones no cambian solo a través de los procesos formales de cambio previstos en ellas (enmiendas o revisiones); por el contrario, debido a la rápida evolución de las costumbres, normas y valores sociales, las normas constitucionales pueden sufrir cambios inevitables en su significado, sentido y alcance. De ahí la importancia de la interpretación en la evolución y unidad del derecho. Además, se señalarán los límites subjetivos y objetivos de las mutaciones, de acuerdo con la doctrina y su forma de expresión a través de la actividad judicial.

A continuación, el artículo se centrará en el contexto de las mutaciones convencionales, con un enfoque en el juicio del caso MSS v. Bélgica y Grecia por el TEDH y el cambio en la interpretación de la CEDH para adaptarse mejor a las demandas siempre cambiantes de una sociedad cada vez más compleja, con el fin de brindar una protección cada vez más efectiva de los derechos humanos y, por ende, incrementar el proceso de internacionalización de los derechos humanos. El artículo tiene como telón de fondo, por tanto, la efectividad de los derechos humanos a partir de la evolución de sus sistemas de protección globales y regionales, específicamente por el papel de interpretación que las Cortes prestan a las Convenciones.

### **1 LAS MUTACIONES CONSTITUCIONALES COMO FENÓMENO JURÍDICO**

El presente tópico tiene como objetivo abordar la mutación constitucional y sus bases doctrinales, pasando por la percepción de su existencia y limitaciones. La contextualización de

este fenómeno es primordial para el presente ensayo, cuyo objetivo es trazar una línea entre las mutaciones constitucionales y convencionales y su operación en la práctica por el TEDH.

### 1.1 Existencia y percepción de las mutaciones constitucionales

La realidad constitucional demuestra que las constituciones, principalmente las escritas y rígidas, no cambian solo a través de los mecanismos expresamente previstos en sus textos para tal finalidad – mecanismos de reforma constitucional. Al contrario, la evolución de los hábitos, costumbres y valores de la sociedad, la dinámica económica y tecnológica, las prácticas políticas y la actuación de los grupos de presión, entre diversos factores, promueven en las normas constitucionales cambios profundos y continuos en su sentido, significado y alcance, modificaciones operadas a través de mecanismos difusos, paulatinos, asistemáticos y que no modifican el texto constitucional, manteniéndolo intacto (KUBLISCKAS, 2009, p. 68).

Karl Loewenstein (1976, p. 218) afirmaba que las constituciones no cambian solo a través de las enmiendas, sino que, en mayor volumen, existen cambios imperceptibles que la norma establecida sufre ya sea por el efecto del ambiente político o por las costumbres. En el mismo sentido, José Horácio Meirelles Teixeira (1991) afirmaba que sería un error pensar que las constituciones rígidas solo sufren alteraciones de acuerdo y en conformidad con las técnicas jurídicas establecidas, así como que el impacto de las presiones sociales solo la alcanza a través de estos canales.

Luís Roberto Barroso (2009, p. 122) enseña que “todas las Cartas Políticas prevén mecanismos institucionales para su propia alteración y adaptación a nuevas realidades. Eso no quiere decir que esa sea la única hipótesis de cambio del contenido de las normas constitucionales”. Siguiendo la misma línea, Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 3, nuestra traducción) enseña:

Sin ninguna alteración en el texto, las Constituciones van cambiando, asumiendo nuevos significados, de tal manera que es difícil conocer de manera adecuada la estructura fundamental de un estado, las relaciones de gobierno, el funcionamiento de los órganos constitucionales, por la simple lectura de la Ley Mayor. Así, los cambios constitucionales, asentados paralelamente o a pesar de las reformas constitucionales, cobran un relieve especial.

Por lo tanto, es un hecho innegable que las constituciones sufren, con el tiempo, cambios que no se incluyen en el plano del ejercicio de la competencia reformadora constitucional (ROCHA, 1993, p. 164). El fenómeno que provoca tales cambios en el sentido, significado y alcance de las normas constitucionales, como consecuencia de un procedimiento

diferente al formalmente previsto para tal finalidad, se conoce en la doctrina como mutación constitucional (KUBLISCKAS, 2009, p. 69).

Según Luís Roberto Barroso (2009, p. 123), la teoría constitucional alemana, a través de varios autores como Paul Laband, Georg Jellinek y Konrad Hesse<sup>1</sup>, ha desarrollado y demostrado la tesis de que se producen cambios en la Constitución del Estado, sin ninguna alteración en su texto formal. Bulos (1997, p. 54-55, nuestra traducción), trabajando las primeras nociones doctrinales sobre el fenómeno de la mutación constitucional, destaca el trabajo alemán sobre el tema:

Indudablemente, fue la doctrina alemana quien primero detectó el problema, al notar que la Constitución de 1871 sufría frecuentes cambios en el funcionamiento de las instituciones del Reich, cambios que se producían sin reformas constitucionales. Fue allí donde Laband, al examinar el mencionado texto alemán de 1871, notó importantes modificaciones en este Diploma Mayor, para seguir la situación constitucional del imperio (*verfassungszustand*), distinguiendo entre la *verfassungänderung* (reforma constitucional) y la *verssugswandlung* (mutación constitucional). Por los años de 1932, Hsü Dau-Lin, después de entender que la mutación es la separación entre el precepto de la Ley Suprema y la realidad, constató que las normas constitucionales se modifican lentamente, sin interferencias del poder de reforma.

Con esto, varios estudiosos han constatado que el fenómeno de la mutación constitucional es una realidad constante en la vida de los Estados, y las constituciones, que son organismos vivos, necesariamente acompañan las evoluciones sociales, políticas y económicas que no alteran su texto literalmente –distinguiéndose de los procesos de reforma constitucional (LOEWENSTEIN, 1976, p. 164), pero lo modifican en su sustancia, significado, alcance y sentido de las normas.

## 1.2 En búsqueda de un concepto

El término mutación constitucional fue utilizado por primera vez en la literatura de Paul Laband, en 1895, en el libro *Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, en el cual se presentó una diferenciación entre *Verfassungänderung* (reforma constitucional) y el fenómeno de *Verfassungswandlung* (mutación constitucional). A partir de ahí, la doctrina constitucionalista comenzó a buscar un concepto, así como las características de las mutaciones constitucionales. Veamos algunos intentos de definición del fenómeno.

---

<sup>1</sup> Destacamos las obras citadas por Luís Roberto Barroso de Georg Jellinek, *Reforma y mutación de la Constitución*, 1991; Konrad Hesse, *Límites de la mutación constitucional*, 1983 y Paul Laband, *Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung* (Mutación de la Constitución Alemana), 1895.

Georg Jellinek (1991, p. 7) aclara que por reforma constitucional se entiende la modificación de los textos constitucionales promovida por acciones voluntarias e intencionadas, mientras que la mutación constitucional sería la modificación que no toca el texto constitucional, produciéndose por hechos no acompañados por la intención o consciencia de tal mutación. Así, define mutación como una modificación que no altera el texto de la Constitución y se manifiesta de manera involuntaria.

El chino Hsü-Dao-Lin (1998, p. 29), en su obra *Die Verfassungswandlung* (traducida al español por Pablo Lucas Verdú, con el título "Mutación de la constitución"), discurre sobre el concepto del fenómeno.

Para dar um concepto que corresponda, del mismo modo a diferentes casos generalmente designados como <<mutación constitucional>>, quizás podría hacerse diciendo que se trata de la incongruencia que existe entre lãs normas constitucionales por um lado y la realidad constitucional por otro.

Para el autor mencionado, la mutación constitucional estaría ligada a la existencia de una incongruencia entre las normas constitucionales y la realidad constitucional. Otro importante señalamiento fue realizado por Karl Loewenstein (1976, p. 165) quien, desde una visión netamente sociológica, afirmó que la mutación constitucional es un fenómeno por medio del cual se produce una transformación en la configuración real del poder político, de la estructuración social o del equilibrio de intereses sin que se refleje en el documento constitucional, es decir, el texto permanece inalterado. Este factor, para el autor, ocurre en todos los estados dotados de una constitución escrita y es mucho más frecuente que las llamadas reformas constitucionales.

Los doctrinarios citados arriba forman parte de la corriente tradicional del concepto de mutación constitucional, la llamada corriente amplia<sup>2</sup>, caracterizada por entender el fenómeno, básicamente, como una situación de discrepancia entre Constitución y realidad constitucional.

Como destaca Kubliskas (2009, p. 76), la doctrina tradicional desarrolló sus estudios acerca del tema entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX, época en la que no estaban plenamente consolidados los mecanismos de control constitucional, y todavía se estaba sedimentando el entendimiento de las Constituciones como normas jurídicas (aunque abiertas y elásticas).

---

<sup>2</sup> Como ejemplo, tenemos la doctrina de Georg Jellinek que admite mutaciones constitucionales como resultado de prácticas parlamentarias inconstitucionales, con el argumento de que lo que parece, en un momento, inconstitucional emerge más tarde de acuerdo con la Constitución. Así, según el autor, de estos actos inconstitucionales pueden originarse modificaciones de la Constitución. Algunos doctrinarios como Milton Campos y José Afonso da Silva rechazan el concepto amplio, entre otros argumentos, por generar una verdadera flexibilización de las Constituciones rígidas.

En la actualidad, con la evolución del Derecho Constitucional y la idea de que las constituciones son normas jurídicas especiales (normas obligatorias y vinculantes, pero estructuradas y pensadas para permitir una mayor apertura para reconocer y aceptar las modificaciones ocurridas en el seno social), y el fortalecimiento de los mecanismos de control constitucional, se ha comenzado a admitir un contorno más “restringido” para el concepto del fenómeno.

Con el refuerzo de los mecanismos de control de constitucionalidad y la reiteración de que las Constituciones son normas jurídicas, aunque con contenido amplio, la doctrina comenzó a adoptar una definición restringida de mutación constitucional. Según este concepto restringido, la mutación constitucional se considera legítima como un fenómeno de evolución constitucional, siempre que ocurra dentro de los límites establecidos por el orden constitucional.

Kubliskas (2009, p. 78), define las mutaciones constitucionales como el fenómeno por medio del cual, sin enmiendas o revisiones, se introducen, en el proceso de concreción/aplicación, mediante la interpretación constitucional y/o integración por los usos y costumbres, cambios en el sentido, significado o alcance de determinadas normas constitucionales, siempre que estas alteraciones sean comportadas por el programa normativo de las normas constitucionales escritas, pero que no violen ni su letra ni su espíritu.

Este entendimiento parece ser el más adecuado para el fenómeno. Como destaca el autor, las normas constitucionales serían, entonces, una combinación entre el programa normativo (expresión literal) y el ámbito normativo (realidad que se pretende normativizar), así, la mutación constitucional ocurriría dentro del ámbito normativo, es decir, los cambios fácticos comportados por el programa normativo serían el campo de actuación de las mutaciones constitucionales.

José Afonso da Silva (2000, p. 285, nuestra traducción) explica que las mutaciones constitucionales solo pueden ser aceptadas a través de su concepto restringido, y complementa aceptando la posición de “Hesse a favor de un concepto restringido, en el sentido de que la mutación constitucional, sin ofender a la Constitución, transforma el sentido, el significado y el alcance de sus normas, sin alterar su enunciado formal, sin cambiar la letra del texto”.

Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 10), sostiene que la mutación constitucional altera el sentido, el significado y el alcance del texto constitucional sin, sin embargo, violar la letra y el espíritu de la constitución, es decir, se trata de un cambio que no contradice el texto supremo, siendo por él, directa o indirectamente, acogido.

Así, por las posiciones ventiladas en las doctrinas citadas, tenemos que la percepción del concepto de mutación constitucional debe pasar por la noción “restringida” del asunto. Tal

fenómeno no puede servir para ofender el texto de la Constitución, al contrario, deben necesariamente promover el desarrollo, complementación y aclaración de las normas constitucionales escritas, pero sin, sin embargo, violar su letra o su espíritu.

### 1.3 Limitaciones al fenómeno

La concepción moderna de las mutaciones constitucionales implica la noción de limitación del fenómeno. Como hemos trabajado anteriormente, el concepto actual del fenómeno incluye esta noción de limitación y, en última instancia, si se superan ciertos límites, la mutación constitucional no ejercerá su verdadera función, sino que estará violando el poder constituyente, así como la soberanía popular (BARROSO, 2009, p. 127). La doctrina reconoce dos tipos de limitaciones, “subjetivas” y “objetivas”.

En términos de limitación subjetiva, se trata de un límite ligado a la conciencia del aplicador del Derecho de que no está violando la constitución, por eso se denomina subjetivo. Kubliskas (2009, p. 153) destaca la “conciencia jurídica general” como límite a los procesos informales de alteración constitucional. Registramos que la subjetividad no debe ser nunca sinónimo de arbitrariedad. En un Estado que pretende ser democrático de Derecho, la interpretación no puede ser sometida al gusto de cada intérprete.

El Derecho, como práctica interpretativa, debe aplicarse con coherencia e integridad. Habrá coherencia si los mismos preceptos y principios que se aplicaron en decisiones anteriores se aplican en casos análogos, es decir, la integridad del derecho se asegura a partir de la fuerza normativa de la Constitución. La coherencia garantiza la igualdad, para que los casos reciban igual consideración por parte del Poder Judicial, lo que significa igualdad de apreciación e igualdad de trato. La integridad exige que los jueces construyan sus argumentos de manera integrada al conjunto del derecho, constituyendo una garantía contra arbitrariedades interpretativas, poniendo frenos a las actitudes solipsistas-voluntaristas. Coherencia e integridad son la concreción de la igualdad, para que todos sean tratados de la misma manera y para que la aplicación del derecho sea un "juego limpio" (STRECK, 2016).

En todos los pensamientos y conocimientos del intérprete, este ya ha sido precedido por la interpretación del mundo hecha en el lenguaje: hay una integración progresiva en el mundo. Por eso, el lenguaje siempre ha superado al intérprete y el parámetro para medir su ser no es la conciencia de cada individuo, porque no existe conciencia individual que pueda contener el lenguaje. No hay lenguaje sin la conciencia individual, pero hablar no pertenece a la esfera del yo, sino a la esfera del nosotros. El lenguaje es el centro del ser humano, cuando

se considera en el ámbito que sólo él puede llenar: el ámbito de la convivencia humana, el ámbito de la comprensión (GADAMER, 2011, p. 178-179 y 182)<sup>3</sup>.

El Derecho como “integridad” requiere que los jueces asuman que el Derecho está estructurado por un conjunto coherente de principios sobre justicia y equidad y debido proceso, requiriendo de ellos, por tanto, que efectivicen estos principios en los nuevos casos que vengan ante ellos, de modo que la situación de cada persona sea justa y equitativa de acuerdo con las mismas normas. Este estilo de adjudicación respeta la ambición que la integridad asume, la ambición de ser una comunidad de principios. Las normas públicas legislativas representan la moralidad compartida de los miembros de una comunidad y de las instituciones democráticamente establecidas. Hay un compartir de las exigencias que se hacen a los ciudadanos, ampliando la dimensión moral de cualquier decisión política. Por eso, la integridad impulsa la unión de la vida moral y política de los ciudadanos (DWORKIN, 2007, p. 230 y 291).

La interpretación no es un recurso complementario del conocimiento; constituye la estructura originaria del "ser-en-el-mundo". De hecho, el concepto de texto sólo se constituye en un concepto central en la estructura del lenguaje a partir del concepto de interpretación, es decir, lo que caracteriza el concepto de texto es que sólo se presenta a la comprensión en el contexto de la interpretación y aparece como una realidad dada a la luz de la interpretación (GADAMER, 2011, p. 389-390 y 392). La circularidad hermenéutica, donde se da la "actitud interpretativa", muestra que el intérprete de las prácticas sociales es un ser-en-el-mundo. Es un ser-con-los-entes. Y, en esta perspectiva, la hermenéutica adquiere un carácter universal: se interpreta siempre, no sólo textos o prácticas sociales. Esto exige un enfoque en el contexto, no en el texto en sí. El intérprete no debe colocarse como un *outsider* de la práctica en comprensión (MOTTA, 2012, p. 91).

Ante lo expuesto, podemos concluir que el primer límite que se impone ante las mutaciones constitucionales es de carácter hermenéutico, ligado a la actividad interpretativa y judicante operada por el aplicador del Derecho, respetando la integridad, la coherencia y la estabilidad del Derecho.

---

<sup>3</sup> Aún para Gadamer (p. 398-399), el intérprete debe hacer que el texto escrito hable de nuevo. Ahora bien, un texto no es un objeto dado, sino una fase en la realización de un proceso de comprensión. El recurso al texto siempre está justificado tanto para quien busca el Derecho - las partes - como para quien dicta el derecho - el tribunal. Siempre que el intérprete necesita aplicar el texto, surge el "juego de la interpretación". El texto reserva, por tanto, un espacio de juego para una concreción razonable, concreción que la interpretación debe proporcionar para una aplicación práctica.

Por su parte, la “limitación objetiva” se refiere a la barrera que las mutaciones encuentran en la letra de la constitución y su espíritu. De esta manera, los procesos de mutaciones constitucionales deben respetar los límites semánticos de las normas del texto supremo, así como los principios fundamentales que dan identidad a la constitución. En este sentido, destacamos las lecciones de Luís Roberto Barroso (2009, p. 127, nuestra traducción):

Como intuitivo, la mutación constitucional tiene límites, y si los supera estará violando el poder constituyente y, en última instancia, la soberanía popular. Es cierto que las normas constitucionales, como las normas jurídicas en general, se liberan de la voluntad subjetiva que las creó. Así, adquieren una existencia objetiva que permite su comunicación con los nuevos tiempos y realidades. Pero esta capacidad de adaptación no puede distorsionar el espíritu de la Constitución. Por tanto, la mutación constitucional debe detenerse ante dos límites: a) las posibilidades semánticas del relato de la norma, es decir, los posibles sentidos del texto que se está interpretando o afectando; y b) la preservación de los principios fundamentales que dan identidad a esa Constitución específica.

Así, todo el proceso informal de alteración de la constitución deberá respetar los límites impuestos por el propio texto escrito y por los principios fundamentales que guían el texto supremo. Bajo el mismo enfoque, Kubliskas (2009, p. 154) destaca la existencia de dos límites objetivos específicos: el “programa normativo” constitucional y la necesidad de “fundamentación y razonabilidad”. Inicialmente, el autor enfatiza que las normas constitucionales son, en gran parte, abiertas, polisémicas e indeterminadas, sin embargo, su interpretación no puede ser anárquica.

En este sentido, el intérprete aplicador de la norma no puede insertar en el programa normativo significados que evidentemente no contiene, así como no puede dar interpretaciones al texto que sean forzadas o antinaturales del lenguaje constitucional. Así, las interpretaciones que claramente no son acogidas por el programa normativo y que, por lo tanto, contradicen el texto y/o espíritu de la constitución no pueden ser aceptadas como legítimas mutaciones constitucionales.

En cuanto a la fundamentación y razonabilidad, el aplicador constitucional no puede utilizar, para defender y fundamentar una mutación constitucional, soluciones hermenéuticas carentes de argumentación razonable y racionalmente sostenible, así como no basta que el acto o decisión que introduce una mutación esté simplemente motivado: debe ser racional y susceptible de control (KUBLISCKAS, 2009, p. 154).

Expuestas las doctrinas anteriores, podemos concluir que el fenómeno de la mutación constitucional no es absolutamente ilimitado, por el contrario, se trata de un proceso sujeto a límites subjetivos y objetivos que buscan establecer parámetros dentro de los cuales serán

aceptadas como legítimas, evitando ser consideradas lo que Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 13) denominaba “mutaciones inconstitucionales”.

#### 1.4 Mutación constitucional por interpretación judicial

Sea por métodos clásicos o modernos, o a través de los principios, el acto interpretativo de la constitución desencadena numerosos cambios difusos en el texto supremo sin, sin embargo, violar la forma escrita por el legislador constituyente. En otras palabras, la interpretación de las disposiciones constitucionales es un importante mecanismo de mutación constitucional.

Podemos afirmar que la mutación por vía interpretativa no busca alcanzar la letra de la constitución, ni tiene como objetivo alterar el contenido ya positivado, teniendo como misión la búsqueda del mejor significado, el sentido más adecuado a ser aplicado a las disposiciones constitucionales, con el objetivo de explorar todo su alcance sin perder el objetivo de proporcionar la integración entre los preceptos constitucionales y las aspiraciones sociales, sin dejar de lado el respeto que merece el llamado espíritu de la constitución.

Debido a sus características de elasticidad/apertura, muchas normas constitucionales tratan eminentemente con formulaciones principiológicas, genéricas, polisémicas e indeterminadas, se abre espacio para una actividad creativa del aplicador de la norma. Debido a esta estructura, las normas constitucionales exigen una interpretación que las densifique, precise y/o complemente, interpretación que asume, muchas veces, una función creativa en la medida en que el intérprete/aplicador se ve obligado a llenar, con patrones valorativos y opciones ideológicas propias, el espacio de conformación que el constituyente, consciente o involuntariamente dejó "abierto". Sobre el tema, Cristina Queiroz (2000, p. 109, nuestra traducción) así diserta:

[...] el Derecho Constitucional creado por el poder constituyente pretende de forma consciente ser complementado y colmatado. Él mismo remite, repetidamente, a normas de aplicación, que regulan los aspectos de detalle, utilizando conceptos o expresando fórmulas que se manifiestan en gran medida como 'necesidad de concretización'. Aunque el legislador constituyente recurra a una regulación lo más completa posible del derecho material, no podrá tener de antemano preparadas respuestas explícitas para todos los problemas. La utilización de cláusulas generales y de conceptos dotados de alto grado de indeterminabilidad y abstracción hacen urgente su necesidad de complementación.

Así, actualmente se adopta como válido el entendimiento de que la interpretación no puede ser vista como un mero proceso reproductivo de la voluntad de otro (creador de la norma), sino un proceso decisorio productivo y con cierto espacio de creación: el llamado "qué" de creatividad está presente en la actividad hermenéutica constitucional.

La indeterminación de las normas constitucionales permite que el intérprete desvele nuevos horizontes que el constituyente originario no había considerado en el momento de la elaboración del texto supremo. En este punto, cabe señalar que parte de la doctrina no encuentra consenso respecto a la ocurrencia o no de mutaciones cuando nos enfrentamos a normas constitucionales de concepto abierto. A modo de ejemplo, el profesor Luiz Guilherme Marinoni (2021, p. 849-850) discrepa de que la interpretación mediante cláusulas abiertas o concepto vagos sea un campo de surgimiento de mutaciones constitucionales, ya que, en su entendimiento, la propia norma (de concepto abierto) originalmente ya determinó que nuevas realidades sean tenidas en cuenta en su interpretación.

A pesar de la posición contraria del profesor Marinoni, se observa que es en el campo de las indeterminaciones de las normas donde la interpretación constitucional actúa como mecanismo de mutación constitucional: el aplicador, buscando desplegar, perfeccionar las reglas y los principios constitucionales, promueve, siempre en conformidad con la constitución escrita y dentro de los límites que ésta impone, una alteración de sentido, significado y alcance de las normas constitucionales, sin, sin embargo, modificar su texto escrito. En este sentido, el doctrinario Afonso Arinos de Melo Franco (1976) destaca que la técnica de la interpretación constitucional es predominantemente finalística, es decir, tiene en vista extraer del texto aquella aplicación que más se coadune con la eficacia social de la ley constitucional. Esta interpretación constructiva permite, en determinadas circunstancias, verdaderas revisiones del texto sin que se altere su forma.

Así, la mutación por la vía interpretativa, ocurriría en una de las siguientes situaciones: a) cuando hay una ampliación del sentido del texto constitucional, aumentando su alcance para que pase a alcanzar nuevas realidades; b) cuando se imprime sentido determinado y concreto al texto constitucional; c) cuando se modifica interpretación anterior y se le imprime nuevo sentido, atendiendo a la evolución de la realidad constitucional; d) cuando hay adaptación del texto constitucional a la nueva realidad social, no prevista en el momento de la elaboración de la Constitución; e) cuando hay adaptación del texto constitucional para atender exigencias del momento de la aplicación constitucional; f) cuando se llena, por vía interpretativa, lagunas del texto constitucional (FERRAZ, 1986, p. 58-59).

Es evidente, entonces, que la mutación constitucional por vía de interpretación sólo puede ser percibida en la aplicación/concreción de las normas constitucionales a los casos concretos. Es precisamente en este punto donde asume relevancia el ejercicio de la jurisdicción constitucional.

Según destaca Alexandre de Moraes (2003, p. 66), la jurisdicción constitucional – actividad de interpretación y aplicación de la Constitución – es ejercida actualmente tanto por tribunales comunes como por tribunales constitucionales, y se da, básicamente de dos maneras: (i) por la aplicación directa de un precepto constitucional (cuestión constitucional) o (ii) por la verificación de incompatibilidad de una norma en relación con la Constitución (control de constitucionalidad).

Otros factores que destacan la importancia de la interpretación constitucional judicial son sus signos distintivos de las demás modalidades, a saber: (i) “obligatoriedad”, siendo una forma de interpretación obligatoria, no pudiendo el magistrado evadirse de la misión de juzgar litigios, por ejemplo, en el papel del control de constitucionalidad de las leyes y, también, del control de constitucionalidad de la actuación del legislador ordinario - como vimos arriba, el legislador también interpreta la Constitución para elaborar leyes; (ii) “primariedad”, pues la actividad judicial, por regla general, ocurre por provocación y vía proceso judicial; y (iii) “definitiva”, una de las principales características de las cortes constitucionales, pues poseen autoridad final para decidir litigios, dando, en resumen, la última palabra sobre la materia constitucional.

Sin embargo, una de las principales cuestiones relativas a la interpretación constitucional judicial – y que está íntimamente ligada a las mutaciones constitucionales – es ¿“si” y “hasta” qué punto tal intérprete tiene legitimidad para – de modo creativo e innovador – desarrollar, precisar, complementar, restringir o dar nuevos sentidos a los preceptos contenidos en la constitución?

El tema adquirió nuevos contornos a partir de mediados del siglo XX. Según las lecciones de Mauro Cappelletti (1999, p. 35), durante el siglo XX, con el advenimiento del llamado *Welfare State* (Estado del bienestar), hubo una reformulación del papel del Estado, principalmente en las áreas de política social, Derecho del Trabajo, salud y seguridad social. Gradualmente, el Estado comenzó a intervenir en la esfera económica, mediante leyes de carácter antimonopolístico, sobre la competencia, transportes, agricultura, etc. Finalmente, hubo una expansión del sector público, el ejercicio de control generalizado del Estado sobre la economía, la elaboración de planes de asistencia social, así como la financiación de actividades sin fines de lucro.

Es justamente en este contexto de relaciones sociales y económicas complejas, y de un cambio radical en el papel ejercido por el Estado (de Estado Liberal a Estado Social) que se superó la visión de que cada uno de los poderes del Estado – Ejecutivo, Legislativo y Judicial – ejercían sólo y exclusivamente sus funciones típicas. Así, actualmente, se habla cada vez más

de “interpenetración entre poderes” en la medida en que, por ejemplo, el Poder Judicial, cada vez más, emite sumarios de carácter vinculante para los demás órganos del propio Poder Judicial y para la administración pública directa e indirecta.

Finalmente, sumando a estos factores, la alteración de las estructuras de las normas editadas por el Poder Legislativo, estableciendo, antes que nada, *standards*, que dependen necesariamente de la actuación de los otros dos Poderes – Ejecutivo y Judicial – para ser concretadas, tenemos, entonces, un campo fértil para el ejercicio de la actividad “creativa” e “innovadora” del Poder Judicial (CAPPELLETTI, 1999, p. 40-41).

Esta modificación en el papel del Poder Judicial también generó reflexiones sobre la jurisdicción constitucional. Las constituciones actuales, estructuradas fundamentalmente como un conjunto de reglas y principios, abren un gran espacio para la actividad concretadora y, hasta cierto punto, creadora del Poder Judicial, particularmente de los tribunales constitucionales, que pasaron, en su actuación cotidiana, a incorporar elementos valorativos y de realidad fáctica en la determinación del contenido y del alcance de las normas constitucionales, siempre en busca de conferir máxima efectividad a los preceptos constitucionales.

De esta forma, por toda su repercusión y características y principalmente por el papel que asumió a mediados del siglo XX – destacado arriba – la interpretación judicial constitucional se convirtió en un importante instrumento de propagación de las mutaciones constitucionales en la medida en que, aunque de modo supletivo, ejecuta, de cierta manera, el papel de “creación del derecho”. Así, según enseña Kubliskas (2009, p. 130), a través de la interpretación constitucional desarrollada por los tribunales es posible: (i) la transformación del significado y del alcance de la Constitución; (ii) la evolución del sentido de las normas y disposiciones constitucionales; y (iii) la adaptación de la Constitución al momento presente, a la realidad social existente, etc. Así, cada vez más la interpretación constitucional judicial ha asumido la condición de relevante forma de expresión de los procesos informales de alteración constitucional.

## **2 EL CASO MSS V. BÉLGICA Y GRECIA Y LA MUTACIÓN CONVENCIONAL OPERADA EN LA PRÁCTICA POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

En este tema del trabajo abordaremos la percepción de la existencia de una mutación convencional operada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso MSS v. Bélgica y Grecia, la cual fomentó un evidente "cambio" en la lectura de un dispositivo

presente en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), ya que fue necesaria su coherencia con las demandas humanitarias tan urgentes en una Europa que sufría – y aún sufre – de severas crisis migratorias.

## 2.1 “*Living Instrument*” y la interpretación de Tratados de Derecho Internacional Público

Podemos entender que, en relación con otras ramas del derecho, los métodos de interpretación de un tratado de derecho internacional público ponen menos énfasis en la interpretación histórica. De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la interpretación histórica se considera solo de forma subsidiaria. Esto significa que puede ser utilizada para confirmar una interpretación resultante de otros métodos interpretativos o para aclarar una interpretación que sea ambigua, oscura, absurda o irrazonable. Es lo que prescribe el artículo 32 del mencionado documento (BRASIL, 2009, nuestra traducción):

[...] Se puede recurrir a medios suplementarios de interpretación, incluidos los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su conclusión, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31 o para determinar el sentido cuando la interpretación, de conformidad con el artículo 31: a) deja el sentido ambiguo u oscuro; o b) conduce a un resultado que es manifiestamente absurdo o irrazonable.

Conforme enseña la profesora alemana Angelika Nussberger (2020, p. 58-59), en ciertas circunstancias, puede ser necesario hacer una interpretación que no solo ignore la intención histórica, sino que la contradiga explícitamente. Esto ocurre para evitar que el espíritu de una época determinada, como el que prevalecía en relación con la CEDH en las décadas de 1940 y 1950, sea determinante y haga que la Convención pierda su actualidad y significado. La CEDH es considerada un "instrumento vivo", lo que significa que su interpretación debe tener en cuenta también los consensos futuros en la sociedad.

Este enfoque permitió que prácticas como los castigos físicos y el tratamiento discriminatorio de los hijos nacidos fuera del matrimonio fueran considerados contrarios a la Convención, incluso si eran ampliamente aceptados en la sociedad en las décadas de 1940 y 1950. De acuerdo con el ex presidente del Tribunal, Sir Niklas Bratza (2014, p. 118), la llamada “doctrina del instrumento vivo” permitió “dar vida a las palabras del instrumento para hacerlo relevante para la sociedad europea contemporánea”.

En el campo del derecho internacional público, las obligaciones asumidas por los Estados son capaces de adaptarse al proceso evolutivo de la sociedad, lo que puede considerarse un hecho sin precedentes. Con este cambio, se solucionó básicamente una de las principales

limitaciones de los tratados internacionales multilaterales: la rigidez de las enmiendas debido a la necesidad de unanimidad.

[...] permanece hasta hoy la pena de muerte en el artículo 2 de la CEDH; y el catálogo de las prohibiciones de discriminación no contiene criterios como la “orientación sexual”. Sin embargo, en un contexto de “*living instrument*” podemos fácilmente ignorar tales referencias y lagunas históricas. En el presente, podemos identificar el tratamiento igualitario entre hombres y mujeres y la abolición de la pena de muerte como logros “Acquis” bajo el fundamento de la CEDH, y como *conditio sine qua non* para la adhesión de nuevos miembros en el Consejo de Europa, de modo que es necesario admitir que algunos Estados fundadores en 1953 tendrían dificultades, en su momento, para cumplir con tales presupuestos (NUSSBERGER, 2020, p. 59-60).

Así, dentro de lo que ya hemos presentado sobre mutaciones constitucionales y sus bases teóricas, la operación de verdaderas mutaciones convencionales tiene espacio fértil dentro de la lógica de interpretación puesta para los documentos públicos internacionales. Es lo que se verá en el caso a ser abordado en el seguimiento de este trabajo.

## 2.2 Una relectura del concepto de vulnerabilidad de los solicitantes de asilo: la mutación convencional en el caso MSS v. Bélgica y Grecia

En 2011, el TEDH (2011) emitió su fallo en el caso MSS v. Bélgica y Grecia, en el cual el Tribunal reconoció por primera vez que los solicitantes de asilo constituyen “un grupo poblacional particularmente desfavorecido y vulnerable con necesidad de protección especial”, siendo que este argumento fue considerado “clave” en la evaluación de la responsabilidad de los Estados demandados en cuanto a las violaciones de los derechos del demandante. La importancia de este descubrimiento fue reconocida en la literatura sobre derechos humanos y migración (BRANDI; CZECH, 2017), así como por el propio TEDH que posteriormente indicó la citada decisión como un cambio en su jurisprudencia.

Antes de 2011, cuando el Tribunal emitió su fallo en el caso MSS v. Bélgica y Grecia, en los casos en que los peticionarios eran solicitantes de asilo, el TEDH (y la Comisión Europea de Derechos Humanos) había llamado la atención sobre la vulnerabilidad de algunos de los solicitantes, pero tal vulnerabilidad siempre resultó en la existencia de una condición específica e individual de los solicitantes. Así, por ejemplo, en fallos anteriores se reconoció la condición de vulnerabilidad debido a las siguientes situaciones: a) peticionario ser menor de edad (TEDH, 2008); b) solicitante pertenecer a una minoría nacional discriminada (TEDH, 2010); o c) pertenecer a una minoría sexual (TEDH, 2004). La vulnerabilidad particular de los solicitantes subrayada en los argumentos del TEDH no derivó, sin embargo, de su estatuto de solicitantes de asilo (GALKA, 2021, p. 288-289).

Es importante destacar que el TEDH reconoció a los solicitantes de asilo como un grupo vulnerable que necesita protección especial, no necesariamente basándose en el texto de la Convención Europea de Derechos Humanos, sino a través de la interpretación realizada por el propio Tribunal. Así, al hacerlo, el TEDH invocó la existencia de un “amplio consenso internacional y europeo” sobre el tema, identificado exclusivamente a través de referencias a la Convención de Ginebra, a las actividades de la Agencia de la ONU para los Refugiados – ACNUR – y a los reglamentos de acogida de la Unión Europea (GALKA, 2021, p. 290).

La referencia al consenso ya desempeñó un importante papel argumentativo cuando el TEDH decidió distinguir a un determinado grupo de personas como vulnerable para efectos de la Convención (TEDH, 2013). Sin embargo, en tales casos, el consenso sirvió como una confirmación de que un grupo específico había enfrentado discriminación, marginación o prejuicio previamente por la sociedad, resultando en su exclusión social. Esta exclusión social fue identificada como fuente y causa de su vulnerabilidad. Es relevante observar que, en lo que se refiere a los solicitantes de asilo, el TEDH no especificó explícitamente las razones para distinguirlos como un grupo particularmente vulnerable más allá del “amplio consenso internacional y europeo”. Aunque la fuente exacta de su vulnerabilidad no fue identificada, el Tribunal confirmó la necesidad de “protección especial” para esta categoría de individuos.

Sin alterar el texto de la Convención, el TEDH operó una verdadera “mutación convencional” mediante su actividad interpretativa del concepto de vulnerabilidad para fines de protección de los solicitantes de asilo. No se puede desconsiderar que la situación migratoria y de refugiados ha sido un gran desafío para todo el planeta, especialmente para el continente europeo. Según datos del parlamento europeo, en 2022, había poco menos de 1 millón (965.665) de solicitudes de asilo en la Unión Europea, lo que representaba un 52,1% más que en 2021 y el nivel más alto desde 2016. En el apogeo de la crisis migratoria 2015-2016, el número de solicitantes de asilo alcanzó los 1.221.690 de individuos (PARLAMENTO EUROPEO, 2022). Este “nuevo” problema afectó la relectura de la Convención por parte del TEDH, es decir, comenzó a dar peso e importancia distinta de otros tiempos a la necesidad de protección especial a una nueva categoría vulnerable, a saber, los solicitantes de asilo.

Por lo tanto, la realidad cambiante, antes no pensada en la génesis fundadora del documento internacional, pasó a ser relevante para la relectura del texto establecido. En otras palabras, el contexto fáctico actual quizás sería imposible de ser pensado en la convención original a mediados del siglo XX, sin embargo, es precisamente en este espacio donde se operan las mutaciones, las cuales tienen como principal función reducir el distanciamiento entre la realidad social compleja y cambiante y el texto establecido, reiterando así su fuerza normativa

a lo largo del tiempo, especialmente en lo que respecta a cuestiones de derechos humanos y su ampliación de acuerdo con la evolución de la propia sociedad (social, cultural, tecnológica, etc.).

## CONCLUSIONES

Las constituciones deben ser vistas como verdaderos organismos vivos, en vínculo dialéctico íntimo con el entorno que las rodea, con las fuerzas presentes en la sociedad, con las convicciones, creencias y anhelos populares. De esta manera, el texto supremo no puede ser inmutable. La realidad constitucional demuestra que las constituciones, especialmente las escritas y rígidas, no cambian solo y únicamente por los mecanismos de reforma constitucional. La doctrina reconoce el hecho innegable de que las Constituciones sufren, a lo largo del tiempo, cambios de sentido, significado y alcance, sin que haya, sin embargo, ninguna alteración en la norma escrita. Tal fenómeno se denomina mutación constitucional.

De igual modo, las convenciones como documentos vivos (*Living Instrument*) también pueden sufrir mutaciones a lo largo del tiempo, buscando su adaptación a eventuales nuevas realidades imposibles de pensar en su origen. Sin embargo, este papel corresponderá a los tribunales internacionales, especialmente en sus actividades interpretativas.

En este aspecto, considerando la naturaleza de los documentos internacionales públicos, el espacio para las mutaciones parece ser aún más fértil que el encontrado en las cartas constitucionales de las naciones. Los métodos de interpretación de un tratado de derecho internacional público tienen menos énfasis en la interpretación histórica. De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 32), la interpretación histórica se considera solo de forma subsidiaria. Esto significa que puede ser utilizada para confirmar una interpretación resultante de otros métodos interpretativos o para aclarar una interpretación que sea ambigua, oscura, absurda o irrazonable.

El caso *MSS v. Bélgica y Grecia*, telón de fondo de este trabajo, juzgado por el TEDH, presenta todos los requisitos para una verdadera operación de mutación convencional. En él, la situación actual (realidad puesta y cambiante) se coloca como argumento central para la redefinición del concepto de vulnerabilidad y su aplicación a favor de los peticionantes de asilo, grupo considerado digno de "protección especial". Se abandonó la interpretación anterior en la que la casuística – basada en las condiciones personales del individuo solicitante – tenía protagonismo para la concesión de "protección especial". Como se ha dicho a lo largo de este

texto, la situación migratoria en Europa es compleja y preocupante y fue ciertamente fundamental para el cambio de lectura del TEDH.

La cuestión es compleja y delicada y los debates aquí propuestos no pretenden agotar el tema. Sin embargo, mirar el fenómeno de las mutaciones (tanto constitucionales como convencionales) amplía la discusión sobre el papel que juegan los tribunales nacionales y los tribunales internacionales en la defensa y vigencia de los derechos humanos en tiempos de constante cambio. La eficacia de los Derechos Humanos depende de la evolución de la actividad interpretativa de los Tribunales y esta función tiene un compromiso decisivo con el desarrollo de los sistemas de protección de los Derechos Humanos y su proceso de internacionalización.

## **BIBLIOGRAFÍA**

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDL, U., & CZECH, P. H. (2017). *General and Specific Vulnerability of Protection-Seekers in the EU: Is there an Adequate Response to their Needs?* In Ippolito F., & Iglesias, Sánchez S. (Eds.). *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. *Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)>. Acesso em 15 jul. 2023.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999.

DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la constitución*. Traducción Pablo Lucas Verdú. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Direito constitucional, teoria constitucional e as Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Revisão da tradução de Marcia Sá Cavalcante-Schuback. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GALKA, K. (2021). Vulnerabilidade e suas implicações: alguns comentários à luz da jurisprudência de Estrasburgo sobre os requerentes de asilo. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, 22(2), 285–300. <https://doi.org/10.18593/ejll.29950>

JELLINEK, Georg. *Reforma y mutacion de la constitucion*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. *Emendas e mutações constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2009.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Traducción y estudio sobre la obra Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, Esplugues de Llobregat, 1976.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

QUEIROZ, Cristina. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2000.

PARLAMENTO EUROPEU (2022). *Asilo e migração na UE em números*. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/news/pt/headlines/priorities/migracao/20170629STO78630/a-silo-e-migracao-na-ue-em-numeros>. Acesso em: 02 ago. 2023.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 120, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang, et. al. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book. n.p.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto: a exigência de coerência e integridade no novo código de processo civil? In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Coord.). *Hermenêutica e jurisprudência no novo código de processo civil: coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). *Caso F. v. Reino Unido*, nº 17341/03, de 22 jun. 2004.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). *Caso Ryabikin v. Rússia*, nº 8320/04, de 19 jun. 2008.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). *Caso Kolesnik v. Rússia*, nº 26876/08, de 17 jun. 2010.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). *Caso Halimi v. Áustria e Itália*, N. 53852/11, 18 jun. 2013.