

DERECHO FUNDAMENTAL A LA LEGISLACIÓN Y OMISIONES INCONSTITUCIONALES. EL MANDADO DE INJUNCIÓN: LA ALTERNATIVA BRASILEÑA

Pietro de Jesús Lora Alarcón¹

Sumario: Introducción. 1 Constitucionalismo y procesalismo. 2 ¿Existe un derecho fundamental a la legislación?. 2.1 El constitucionalismo escrito no es infalible. 2.2 El problema del silencio legislativo. 3 Examinando el mandado de injunción brasileño. 3.1 La originalidad del medio procesal. 3.2 El carácter híbrido del mandado de injunción. 3.3 El desarrollo del mandado de injunción en el Brasil. 4 Conclusiones. 5 Referencias.

Introducción

Descubrir en el laberinto de las modernas constituciones hipótesis de delegación al Congreso o Parlamento no es ciertamente ninguna novedad.

Un número bastante elevado de artículos insertados en los Documentos Constitucionales dan lugar a una posterior instrumentación legislativa, con la finalidad de que esta les otorgue condiciones de aplicabilidad y efectividad a los derechos formulados en su interior. De esa manera, se traslada la discusión sobre el como se erigen determinadas instituciones o se reglamentan derechos, al recinto del Legislativo.

En el desarrollo del constitucionalismo este hecho se reviste de especial importancia, porque en la medida en que el legislador atiende o desobedece el mandato constitucional, se conserva o se reproduce, se intensifica o se reduce la protección de los derechos o se establecen los parámetros adecuados para la

¹ Formado por la Universidad Libre de Colombia, con Maestría y Doctorado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de San Pablo, Brasil y estudios pos-doctorales en la Universidad Carlos III de Madrid, España y en la Universidad de Coimbra, Portugal.

edificación de las estructuras jurídicas que conforman la institucionalidad. En suma, a partir de la legislación ordinaria se opera, en gran medida, la efectividad de la Constitución.

Pues bien, nuestra reflexión trata de un problema bastante concreto. Nos referiremos a la situación jurídica que se origina de la inacción del legislador, aquella que produce una neutralización o eliminación de la proyección del mandato constitucional. Más aún, indagamos sobre la posibilidad de que la persona, titular de un derecho que no puede ejercer, porque su viabilidad depende de una ley o un acto del Poder Público que todavía no fue promulgado o editado, utilice un remedio hábil para resolver su dificultad.

En el constitucionalismo Iberoamericano se puede ventilar que el amparo o la tutela serían remedios más que suficientes para obtener esa finalidad. En algunos casos se podrá argumentar que dotar de efectividad a la Constitución, cuando se generan omisiones normativas que ocasionan la pérdida de su fuerza o eficacia, sugiere recorrer a la fiscalización judicial de constitucionalidad de forma directa, es decir, acudiendo sin dilaciones al Tribunal o Corte Constitucional. Sin embargo, ocurre que en Brasil, la Constitución de la República Federativa, promulgada en 1988, creó la figura conocida como *mandado de injunción*, precisamente para intentar resolver el problema ocasionado por el incumplimiento del deber de legislar delante de la imposición del constituyente.

Así, intentaremos mostrar la alternativa brasileña, en la perspectiva de modestamente contribuir a la discusión sobre la mejor forma de superar la problemática referente a las omisiones inconstitucionales. Como toda alternativa o formulación inédita, existe un cierto e inevitable grado de polémica, la que es saludable y conveniente, para ir, gradualmente, allanando el camino a la plena efectividad de los derechos fundamentales.

1 Constitucionalismo y procesalismo

A mediados del siglo XVII surgió un movimiento de norte político y jurídico que desencadenaría un proceso histórico que hasta hoy se manifiesta en constante desarrollo. Nos referimos al constitucionalismo, que desde sus inicios pregonó que Europa Continental debería estructurar sus gobiernos teniendo como presupuestos las instituciones que desde el siglo XIII comenzaron a gestarse en Inglaterra y que implicaban una cierta forma de desconcentración para el ejercicio del poder.

Es un hecho indiscutible y que conviene recordar, que el movimiento constitucionalista llevó en su interior el germen del *procesalismo*. Consideramos posible paralelamente hablar de un *movimiento procesalista*, porque fue precisamente en la *Charta Magna Libertatum* de 1215 que se enunció la denominada *law of the land* que aparecería después en el conocido *Estatuto de Westminster* transformada en la locución *due process of law*, como una garantía de mayúscula trascendencia para la protección de los derechos.

Se puede constatar, en el trayecto histórico de los dos movimientos, que el primero se nutrió de un sentido ligado a la defensa de la vida humana en sus varias dimensiones, suscitando mecanismos racionales y técnicos de amparo de derechos individuales y colectivos, cuyo marco y ambiente fueron las sucesivas manifestaciones de actores sociales convencidos del resguardo y promoción de la paz, los derechos políticos y sociales y las libertades públicas. El constitucionalismo se impuso como un movimiento jurídico que, inclusive dentro de la intimidad propia de las disciplinas y estudios jurídicos, hoy pauta la reflexión de todos los ramos del Derecho, bajo los auspicios del principio de la supremacía constitucional.

Por los lados de procesalismo, hay que decir que este tuvo momentos importantes, especialmente cuando a través de las decisiones de la Suprema Corte de los Estados Unidos se adicionó al antiguo carácter procedimental del debido proceso legal un carácter substancial. Una valiosa acrobacia jurídica hizo surgir del instituto emanado de Inglaterra la idea de razonabilidad que debe inspirar todos los actos del Poder Público.

En nuestros días, las constituciones son los documentos jurídicos que guardan todo el conjunto de garantías constitucionales proclamadas a favor de las personas y que deben ser respetadas en el curso de los procesos. Mas, sería reducir el alcance de la cláusula del debido proceso legal no entender que cuestiones como el veto político o por razones de interés público o conveniencia política, o aún, la legalidad de los actos de la administración pública, elementos que también hacen parte de la armadura constitucional, tuvieron su génesis en ese aspecto substancial que ganó con la creación jurisprudencial norteamericana.

En la contemporaneidad, el proceso ostenta un singular prestigio. Precisamente, aquel que le otorga ser el instrumento por excelencia para tutelar

los derechos fundamentales dentro de un orden jurídico justo y en ambiente democrático, lo que lo convierte en el motor para la construcción o reconstrucción del tejido social y del Estado de Derecho.

Lógicamente, para que el proceso cumpla con su cometido debe ser el adecuado y necesita, además, de procedimientos ágiles y relativamente acelerados. Con todo, tal vez lo más interesante al tocar el tema, sea detectar la relación entre el instituto del proceso, como instrumento o medio, y la justificación de su existencia, lo que es solamente posible a partir de un examen de su finalidad concreta.

Lo que queremos decir es que para cada instituto procesal debe haber un fin previamente determinado, aquel que le concede un sentido, una razón de ser que lo legitima y de la cual se desprende su utilidad². Por evidente, en cada instituto procesal se halla una motivación constitucional, un propósito constitucional a alcanzar.

En el presente estudio acerca del mandado de injunción brasileño pretendemos demostrar las causas que justifican su existencia y examinar los elementos que contribuyen a visualizar su utilidad. Para tanto, debemos observar el telón de fondo en que aparece.

Si en algo existe acuerdo en lo que tiene que ver con el Constitucionalismo es que este tiene como fundamento la idea de un gobierno desconcentrado. Con efecto, la separación de poderes o funciones se impuso como una modalidad equilibrada de ejercicio del vigor estatal a través de órganos independientes y al servicio de postulados como la libertad y la igualdad.

Si bien la separación condujo a una racionalidad política, la verdad es que esta no está exenta de atritos. Por ejemplo, hay que reconocer que las autoridades electas por el mecanismo de la democracia representativa pueden carecer del control necesario para el cumplimiento adecuado de su función o, por lo menos, de lo de ella se espera. Por sobre ellos recaen toda suerte de presiones para que hagan su trabajo con sentidos determinados, ni siempre a favor del interés público, o para que dejen de hacer aquello a lo que están obligados. En

² En ese sentido, Cândido Rangel Dinamarco, desde el Brasil, ofrece su obra: *A instrumentalidade do processo* (11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003). Consúltense, especialmente, las páginas 181 y subsiguientes.

contraposición a un esquema ideal, la verdad es que el ejercicio sin control del poder puede ocasionar el recorte o la eliminación gradual o inmediata de derechos constitucionales.

Precisamente, fue el peligro de los excesos de las mayorías parlamentares que originó las precauciones para someterlos al control popular que, evidentemente, favorece la democracia y, entonces, como reconoce Landa Arroyo, la Constitución pasó a ser norma política y jurídica vinculante, tanto para los ciudadanos como para las autoridades, quedando sometida así, la política al Derecho, en la forma del Estado de Derecho.³

En todo caso, y a pesar de las medidas para contener los abusos desde los escenarios del poder, la verdad es que se hizo necesaria la creación de la llamada *jurisdicción constitucional de las libertades*, que comprenden un sistema de acciones o formas de invocar al aparato judicial para hacer valer los derechos de las personas.

Un constitucionalismo en permanente evolución y especialmente dirigido a la protección de la democracia, regulando las relaciones entre individuos y Estado, entre el despotismo y la posibilidad de actuar conscientemente, produjo *en diferentes latitudes, aunque con tiempos y pautas distintas, según se trate de la tradición jurídica anglosajona del Common law o de la Europa continental del Reichstaat*⁴, esos mecanismos, algunos muy conocidos como el amparo mexicano, el *habeas corpus* y el *habeas data*, los *writ of injunction*, entre otras no menos importantes.

Esas fórmulas, sin embargo, demostraron que las relaciones entre legislativos y ejecutivos con jueces y tribunales pueden resultar estremecidas. Al fin y al cabo hay que llevar en cuenta que la decisión judicial se presenta, en tales casos, como un mecanismo de contención a la tarea de los otros.

En la tradición inglesa, por ejemplo, el sistema del *government and opposition*, que funciona sobre las base de un esquema de control y fiscalización de los electos popularmente, hizo que la solución de los conflictos tuviese su base en dos principios expuestos por Dicey: *the sovereignty of Parliament and the*

³ LANDA ARROYO, César. *Tribunal constitucional y estado democrático*. 2. ed. Lima: Palestra, 2003. p. 42.

⁴ *Ibidem*, p. 42.

rule of law – soberanía del parlamento y principio de la legalidad. Con un Parlamento soberano y que escoge al jefe del Ejecutivo la posibilidad de los jueces pasa a ser bastante tenue.

En la surgida en los Estados Unidos, el papel del juez es más determinante. Al lado de la supremacía de la Constitución⁵, el control judicial de la ley y de todas as formas de actuación de las autoridades, fue el resultado de un filtro sobre los actos que favorecían *lobbys* y pequeños grupos de privilegiados. Fue la *constructive interpretation* del debido proceso legal substantivo que transformó al órgano judicial en guardián del Documento Constitucional, sometiendo a examen, a partir del *rule of law* y de la *rule of reasonableness*, la validez de los actos del Legislativo y posteriormente del Ejecutivo.⁶

Como es perceptible, la unidad entre Constitución y proceso determinó la posibilidad de otorgar, en la práctica, vivacidad al Estado de Derecho, puesto que el órgano judicial se propone la fiscalización de las restricciones a la vida y la libertad personal.

Las figuras procesales así, están ligadas a la preservación de los derechos fundamentales. Esa es su razón de existencia y el motivo de su convergencia con la Constitución.

Pero además de esta constatación, y llegando a una época más reciente, hay que decir que el Constitucionalismo, el procesalismo y obviamente, el propio Derecho Constitucional, como disciplina destinada a la organización del conocimiento científico sobre la realidad del orden normativo, atraviesan una etapa delicada. Lo que no pasó desapercibido por la pluma de Paulo Bonavides, que detecta como la cuestión es todavía más urgente en los países periféricos, donde la concretización simultanea de los derechos fundamentales de primera generación, de un lado, e, de otro lado, de los derechos

⁵ Sobre la supremacía constitucional anunciaba Hamilton en 1788: “La Constitución es, en realidad, y debe ser respetadas por los jueces como una ley fundamental. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores, en otras palabras, la Constitución debe ser preferida sobre las leyes, el propósito del pueblo sobre el propósito de sus representantes.” (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist, or the new constitution*. Oxford: Basil Blackwel, 1948. p. 157).

⁶ Importante consultar sobre el punto la obra del profesor brasileño: CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

fundamentales de tres generaciones consecutivas, ha hecho la ley fluctuar como nervio de una aplicabilidad que no siempre satisface las exigencias de la conciencia social y jurídica.⁷

Es en esta fase interesante, y llena de peligros que, como veremos, el mandado de injunción surge como instituto procesal, entiéndase, un instrumento o medio cuya justificación está en la necesidad de continuar defendiendo la supremacía de la Constitución, esta vez delante de la inercia legislativa. Por eso es herramienta comprometida con el fortalecimiento de los derechos fundamentales en un escenario de transformación social, iniciado cuando o Brasil sepultó el estado de excepción y reinauguró su Estado de derecho paudado por la legalidad y la igualdad.

2 ¿Existe un derecho fundamental a la legislación?

2.1 El constitucionalismo escrito no es infalible

En la raíz del Constitucionalismo se hallan las opciones de los pueblos para crear el *Estado Constitucional*, bien sea a partir de textos o documentos históricamente considerados, es decir, surgidos en diversas etapas del reconocimiento, declaración y ulterior desarrollo de las libertades o bien a partir de un documento único, que recoge variados elementos en la perspectiva de ofrecer un modelo ideal.

En esta última escogencia, la Constitución acostumbra tener una riqueza de contenido tal, que representa una fórmula más o menos acabada sobre todo lo referente al Estado, sus instituciones y opciones económicas. En ella también se incluyen, naturalmente, la mentalidad, las expectativas sociales y las condiciones de ejercicio de los derechos.

Las tendencias de redacción constitucional, las necesidades políticas y dificultades propias de la construcción colectiva del Estado y el orden jurídico, condujeron a la posibilidad de dejar al legislador ordinario la complementariedad de la regulación jurídica de derechos constitucionales.

⁷ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional y legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 7, p. 79, 2003.

Entendida como una situación eficiente porque, al final, existe las garantías que representan la supremacía de la Constitución y la unidad del sistema jurídico, de modo significativo la delegación pasó a tocar la manera como los derechos son ejercidos, al punto que algunos padecen de una relación de sujeción a la aventura en que consiste la edición de actos por el Congreso. Desde la perspectiva interna del orden jurídico se distinguió, entonces, entre normas auto-ejecutables y normas no auto-ejecutables o normas auto-aplicables y no auto-aplicables.

La gran virtud del constitucionalismo de código único consiste en generar la sensación de certeza de que todo está debidamente comprendido por la norma jerárquicamente superior, punto de partida del Derecho y criterio de orientación para el Estado. El rigor de una realidad marcada por la desigualdad, los desniveles económicos, los abusos por parte de las elites en el poder, desenmascaran esa ficción.

Una de las manifestaciones más graves es el efecto ocasionado por las persistentes omisiones de los órganos encargados de cumplir los mandatos constitucionales de legislar para reglamentar derechos, frustrando los intentos de efectividad de los mismos y conduciendo a un desencanto popular imposible de ser ignorado. Por eso adquieren inusitada relevancia las figuras constitucionales que no permiten que se tome vacía la fórmula del Estado de Derecho, corrigiendo el problema ocasionado por la omisión o por el denominado *silencio legislativo*.

2.2 El problema del silencio legislativo

¿Cuál es el lugar y cual la función de la ley respecto a los derechos fundamentales? ¿Cuál debe ser el papel del legislador como receptor del mandato de establecer los linderos para el ejercicio de los derechos fundamentales? ¿El silencio del legislador debe ser respetado o es posible encontrar una salida segura para controlar jurídicamente la omisión legislativa?

Estos interrogantes son de imperiosa resolución si queremos avanzar en el estudio de la alternativa brasileña.

Antes de proseguir, conviene recordar que el profesor J. J. Gomes Canotilho, desde tierras lusitanas, nos advierte que la generalidad de la doctrina no reconoce un derecho subjetivo de los ciudadanos a la actividad legislativa:

“Embora haja um dever jurídico-constitucional do legislador no sentido de este adoptar as medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas da Constituição, a esse dever não corresponde automaticamente um direito fundamental à legislação.”⁸

En verdad, hay que considerar que la discusión sobre la posibilidad de reclamar la innovación legislativa es bastante polémica. Con todo, la tendencia a experimentar nuevas formas de consolidar los espacios democráticos, especialmente en un contexto tan complejo en términos socio-económicos como el de América Latina tal vez sea una causa que debemos acompañar, en la perspectiva de modificar históricas condiciones de desigualdad y desconocimiento de derechos.

En ese sentido, por ejemplo, podemos advertir que no es raro que las omisiones del legislador para no efectivizar derechos se conviertan en formas de mantener realidades que exigen una transformación inmediata. Por otras palabras, la omisión del legislador configura un retroceso o un estancamiento del desarrollo del Estado de Derecho.

En Latinoamérica, las respuestas a los problemas de efectividad pasan, por la consolidación de figuras como la acción de incumplimiento, a la cual desde el Perú se refiere Landa Arroyo:

“(...) la acción de cumplimiento es una garantía constitucional que actúa para tutelar dos derechos constitucionales objetivos: primero, la constitucionalidad de los actos legislativos y, segundo, la legalidad de los actos administrativos. (...) En este sentido, la acción de cumplimiento, esencialmente, busca asegurar la eficacia de las normas legales y los actos administrativos, convirtiendo el cumplimiento de los mismos, por parte de la autoridad, en un nuevo derecho fundamental de los ciudadanos.”⁹

Muy a pesar de los esfuerzos teóricos y de las propuestas renovadoras, bajo la premisa de que el Congreso o Parlamento es el único que ostenta el juicio de conveniencia y oportunidad para la edición normativa y con eso

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 1.024.

⁹ LANDA ARROYO, César, *Tribunal constitucional y estado democrático*, cit., p. 224.

define el ritmo de la efectividad de la Constitución hay quien pretenda inhibir cualquier posibilidad de control jurídico. Francamente, el argumento es cuestionable cuando se trata de la efectividad de un derecho fundamental. Como afirmó en su oportunidad el Tribunal Constitucional Español, el legislador no puede diferir *sine die* la regulación de una actividad.¹⁰

En importante decisión, la Corte Constitucional Colombiana, surgida de la Constitución de 1991, expresó claramente:

“Los fines esenciales del Estado imponen al órgano legislativo – como órgano constituido – el deber de llevar a cabo en un plazo razonable las reformas y desarrollos legales necesarios para garantizar la efectividad de las decisiones del constituyente, puesto que los derechos individuales solo adquirirían aplicabilidad inmediata a partir de la adopción de la norma legal.”¹¹

Volviendo a Europa, importante mencionar la previsión del artículo 53.1 de la Constitución Española. El dispositivo determina que todos los Poderes Públicos quedan vinculados por los derechos fundamentales y las leyes deberán respetar el *contenido esencial* de los derechos proclamados.

Esa idea de vinculación a todos los poderes, implica, obviamente, un mandato al legislador. Por eso, Jiménez Campo afirma que:

“(...) sobre el legislador pesa un deber de realizar los derechos fundamentales en la íntegra vida comunitaria (SsTC 18/1984 y 53/1985, FFJJ 6º e 4º, respectivamente), deber que, por decirlo aún en términos más amplios, exigirá, en unos casos, una acción pública de promoción de condiciones y medios para el efectivo disfrute del derecho y, en otras ocasiones, su protección legal frente a agresiones que provengan de quienes no son ‘poderes públicos’.”¹²

No pretendemos negar que exista un espacio de autonomía política del legislador ordinario. Mas, debe quedar claro que la omisión legislativa, cuando contradice la manifiesta intención del constituyente o se opone al ejercicio

¹⁰ Consultar STC 31/1994.

¹¹ Corte Constitucional de Colombia. S. 024. Enero 27 de 1994. Magistrado: Alejandro Martínez Caballero.

¹² JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales: concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1999. p. 30.

de un derecho fundamental pasa a ser una omisión inconstitucional y, en ese sentido, debe haber un remedio adecuado dentro del sistema jurídico, para resolver la anómala situación.

Lógicamente, si imaginamos el caso de un individuo que está imposibilitado de ejercer su derecho porque eso depende de la acción del legislativo, se podría pensar en un correlato derecho a la legislación, bien sea para que el legislador actúe o para que lo haga en un cierto sentido.

De recurrir al aparato judicial, aduciéndose el derecho fundamental a la legislación, estaríamos procurando una decisión que obligue al legislador al cumplimiento de su deber. En esta opción, el juez, si declara procedente la pretensión del autor, expediría una orden para legislar y, obviamente, el clásico esquema de la separación de poderes vendría de inmediato en auxilio del legislador que no puede tolerar interferencias cuanto a la oportunidad y conveniencia de su trabajo.

Otra situación se presenta si el individuo busca con la decisión judicial la satisfacción de su derecho, con independencia de que el juez noticie o no al legislativo de que su silencio es perjudicial. Si el juez o Tribunal declaran la acción procedente, se impone, entonces, determinar el contenido del derecho y efectivizar la Constitución, es decir, garantizar su supremacía. En este caso, no nos parece posible satisfacer la pretensión sin determinar los linderos y la configuración, en el caso concreto, del alcance de la norma que no recibió el tratamiento del Legislativo.

Diciéndolo de otra manera, no se pide, en esta segunda posibilidad, al juez que legisle, mas que retire las consecuencias jurídicas derivadas de la inacción del Legislativo, es decir, el daño general al sistema jurídico, a la supremacía constitucional, y el daño concreto a la parte autora de la acción.

Esta visión del problema no puede huir de dos temas esenciales. El primero relacionado a algo que quedó en abierto cuando citamos la decisión de la Corte Constitucional Colombiana. Nos referimos al *plazo razonable* concedido al Congreso para legislar. El segundo, el problema de la conformación o delimitación legislativa del derecho establecido en la Constitución.

Sobre el primer asunto, el problema del plazo, que al principio podría considerarse sin relevancia alguna, es altamente importante cuando

el constituyente es quien lo determina. No siendo por él determinado, si la exigencia de legislar compromete el ejercicio del derecho fundamental, sobreviene la necesidad de buscar el parámetro de razonabilidad del cual se pueda deducir a partir de que punto se ocasionó un daño.

Esa búsqueda de la razonabilidad solamente puede ser hecha por el juez en clara práctica hermenéutica. El objetivo del plazo no es justificar que el juez legisle, mas determinar en que momento puede haber una extrapolación del ámbito de autonomía política que posee el Legislativo y consecuentemente, pasa a lesionar jurídicamente al individuo, impidiendo el ejercicio del derecho fundamental.

Si el constituyente delegó al legislador ordinario la capacidad para hacer las normas que determinan como delinear la moldura que permite el ejercicio del derecho fundamental, entonces, la razonabilidad temporal implica reconocer que, tratándose de esa categoría de derechos, sobre los cuales se edifica el Estado democrático y social, exige cierta urgencia, que debe ser examinada caso a caso.

Por esa vía de raciocinio, la conveniencia y la oportunidad no sirven para concluir que no se cumplirá el proceso legislativo, sino para establecer lo que es una urgencia constitucional y lo que no es una urgencia en esos términos. Y para eso el legislador ordinario debe observar la intencionalidad del constituyente, las conexiones de la norma constitucional con el todo normativo (sistema y unidad de la Constitución) y, finalmente, el sentido de justicia retirado de la colectividad que no admite la demora y desea ver removidos los obstáculos para abrir espacios a los postulados y valores expuestos en el interior del Diploma superior del ordenamiento.

Sobre la cuestión referente a la delimitación del contenido de los derechos por el legislador ordinario, el tema es interesante porque dependiendo de la exposición legislativa se puede dar lugar a la omisión parcial, es decir, a una apariencia de cumplimiento del mandato del constituyente.

Comenta Jiménez Campo que en el lenguaje del Derecho la palabra *limitación* es reservada a los casos en que se colocan barreras o constricciones a derechos, figuras, instituciones o situaciones jurídicas, mientras que la palabra *delimitación* parece cumplir otra función, la de establecer contornos o linderos. Bien por eso hay que distinguir los ámbitos de las dos expresiones para sustentar que el fundamento de la labor delimitadora se encuentra en la

ordenación legislativa del derecho como en su construcción jurisprudencial, “si una y otra se orientan a culminar, por mandato de la Constitución o con arreglo a ella, la definición del derecho fundamental.”¹³

El letrado del Tribunal Constitucional Español, distingue una:

“(...) delimitación directa (descripción del derecho fundamental por la norma que lo enuncia) y otra indirecta (reconocimiento constitucional de otros derechos y bienes, cuya afirmación y garantía ‘constriñe’ la expansión irrestricta, según su enunciado aislado del respectivo derecho). A uno y otro tipo de delimitación se ha referido, desde el principio, el Tribunal Constitucional al constatar que los derechos ‘tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos.’”¹⁴

Interesa observar que la Constitución, en algunos casos, delimita de forma inmediata el derecho a través de conceptos que no necesitan de integración o de precisión normativa específica. En ese caso, la jurisprudencia puede actuar actualizando el contenido del derecho en un fenómeno que puede eventualmente dar lugar a una mutación constitucional, una modificación o transformación del contenido de un derecho a partir de una reflexión sobre la manera como la sociedad siente que aquello debe ser regulado.

En otras oportunidades, la delimitación es mediata, es decir, remite al legislador, explícita o implícitamente, la tarea de precisar o culminar la definición de determinado elemento del derecho. En las palabras de Jiménez Campo:

“Las normas de ley que actualicen y cumplan estas remisiones realizan, por tanto, lo que cabe llamar una delimitación legislativa derivada del derecho fundamental, tarea que también la ley lleva a cabo en todos aquellos casos en que, aun sin remisión constitucional explícita, se impone el ajuste o integración entre derechos y bienes constitucionales de definición fronteriza.”¹⁵

¹³ JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, cit., p. 39.

¹⁴ Ibidem, p. 39-40. Consultese, también, STC 5/1981, FJ 7º.

¹⁵ Ibidem, p. 41.

Pues bien, de lo afirmado se deduce que no solamente el legislador puede y debe orientar sobre el contenido de los derechos, sino que esa tarea también puede ser ejercida por la Magistratura, a través de una construcción jurisprudencial de innegable valor para el cumplimiento de la Constitución.

Llegamos al punto en nuestra breve reflexión en la cual precisamos observar, con fundamento en lo ya expuesto, la que hemos denominado de iniciativa brasileña, la figura del mandado de injunción, que nace con la Constitución promulgada en 1988 y que, a pesar de haber sido un tanto menospreciada durante sus primeros años, hoy presenta bríos renovados, considerándose las más recientes manifestaciones de la Suprema Corte del Brasil.

Así, avanzaremos sobre este instituto, aproximándonos a su intencionalidad manifiesta de efectivizar la Constitución.

3 Examinando el mandado de injunción brasileño

3.1 La originalidad del medio procesal

En el campo de las respuestas al problema de la omisión inconstitucional o el silencio legislativo, fue el ingenio del constituyente brasileño diseño una figura con las singulares características del mandado de injunción. La constatación sobre su originalidad no es particularmente nuestra, pues autores brasileños, desde el inicio, lo proclamaban como medida sin precedentes en el derecho, pues su confrontación con las famosas *injuction* de los Estados Unidos solamente lleva a la conclusión de que el parecido es apenas en cuanto al nombre.¹⁶

Sin embargo, y a la procura de antecedentes, se puede afirmar que el mandado de injunción sigue las raíces de las *Bill of Rigths* en Inglaterra, de la *Federal Rule 65* y de los artículos 31, 1-3, del Regimiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Con todo, en suelo norteamericano los *writ of injuction*, conocidos como *preliminary injuction*, están destinados a ser interpuestos en el curso de un proceso contra actos de autoridad local o federal del Ejecutivo, con el objetivo de prohibir su realización porque ocasionarían daño a un derecho. En otro sentido, los *writ* también pueden obligar a la

¹⁶ Consultar la obra de los juristas brasileños: BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva. 1989. v. 2, p. 357.

Administración Pública o a un particular a realizar una acción, porque en este caso, la omisión daría lugar a un perjuicio.

Así, en los Estados Unidos, la tesis de *writ of injunction* indica un remedio relativamente frecuente y con fundamento en la jurisdicción de equidad, aplicable cuando la norma legal se muestra insuficiente o incompleta para solucionar con justicia determinado caso concreto.

A estas explicaciones debe añadirse el recuerdo de que en 1803, cuando el juez Marshall consagró el principio de la supremacía de la Constitución en la Corte Suprema de los Estados Unidos al manifestarse en el caso *Marbury vs Madison* – no olvidamos que estaba en cuestión la orden que el Presidente Thomas Jefferson impartió a su Secretario de Estado, James Madison, para no sellar las órdenes de nominación de los jueces de paz nombrados en el gobierno anterior y Marbury no alcanzó a ser notificado – Marbury, delante de la renuencia del Secretario de Estado, planteó un recurso judicial llamado *writ of mandamus*, una especie de amparo o mandado de seguridad.

Ese remedio, según el Derecho inglés, es expedido por las Cortes para que cualquier individuo o entidad que tenga un cargo público, cumpla con sus funciones en caso de no hacerlo de forma conveniente.

En todo caso, a pesar de cierta similitud, no nos parece que ninguna de esas figuras pueda ofrecer las posibilidades del mandado de injunción brasileño, que se dirige a resolver el problema de las omisiones legislativas.

En el ámbito latinoamericano, en Colombia y Perú, existe la *acción de cumplimiento*. En este último país, consagrada en el artículo 200, inciso 6 de la Constitución de 1993, la acción procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de la ley.

Como se puede observar, el remedio constitucional tiene un carácter distinto a la idea de subsanar vacíos legislativos. El fin consiste en obligar a la autoridad al cumplimiento de un deber pero no se trata de que, necesariamente, el órgano que decida por la procedencia del *writ* tenga capacidad para realizar el acto que posibilite el ejercicio de un derecho.

En Argentina, Néstor Sagüés, al abordar el Amparo como remedio constitucional, entiende que la inconstitucionalidad que deviene del incumplimiento

de una obligación de legislar establecida por la Constitución, en el caso de que lesione algún derecho, debe ser resuelta a través de esa figura procesal. Sagüés identifica normas constitucionales programáticas, que no pueden dar lugar al amparo puesto que en su cumplimiento el legislador tiene un juicio discrecional, y las normas constitucionales de cumplimiento obligatorio. Así, las normas constitucionales que implican una actuación del legislador son clasificadas en de *instrumentación simple* y de *instrumentación compleja*. Las primeras pueden dar lugar a una solución por la vía del juicio de amparo, pero, con relación a las segundas, el titular del derecho solamente tiene la opción de demandar al Estados por los daños y perjuicios ocasionados por la omisión.¹⁷

Pues bien, en el Brasil el mandato de injunción es asumido como un *writ*, es sin duda un remedio constitucional. Ahora bien, su estructura y características son distintas a las mencionadas y en vigor en otros países. De lo que se trata en Brasil es que el juez defienda la supremacía constitucional resolviendo el vacío ocasionado porque la norma que debería ser editada por el Legislativo no existe y, en consecuencia, la persona titular del derecho o libertad consagrada en la Constitución no puede tornarse efectivo.

Curiosamente, la norma constitucional que establece el mandato de injunción, la del artículo 5º, LXXI, y que se destina a dar aplicabilidad inmediata a las normas de eficacia limitada o no auto-ejecutables, fue cuestionada cuanto a su aplicabilidad inmediata. Es decir, ella también debería ser objeto de un mandato de injunción. Saliendo al paso, el Supremo Tribunal Federal brasileño reconoció unánimemente que la norma que consagra el *writ* es autoaplicable, es decir, que su operatividad es independiente de la edición de norma que la reglamente.

3.2 El carácter híbrido del mandato de injunción

Al examinar la constitución brasileña es posible depararse con el control judicial del silencio legislativo a partir de una fórmula de fiscalización denominada acción directa de inconstitucionalidad por omisión, focalizada en el párrafo 2º del artículo 103. Con todo, en Brasil las posibilidades de un particular obtener una decisión favorable por el Supremo Tribunal utilizando esta

¹⁷ SAGÜÉS, Néstor. *Derecho procesal constitucional*: acción de amparo. Buenos Aires: Astrea, 1995. p. 102.

vía es escasa. Los legitimados estipulados en el propio artículo no comprenden particulares e, imaginándose que el particular tuviese esa oportunidad, el Tribunal ha sostenido que la decisión, en este caso, sirve apenas para transmitir mensaje al Legislativo con relación a su omisión. No existe, si esta es la hipótesis decisoria, la mínima razón para buscar la efectividad de un derecho en estas circunstancias jurídicas, a pesar de que el Magno Tribunal considere que la omisión legislativa origina situaciones de inconstitucionalidad, declare o estado de inercia del Congreso y coloque un plazo razonable para suplirla.¹⁸

Inconformado con la situación, el noble profesor Walter Claudius Rotherburg, en valiosa obra intitulada *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*, expone una interesante propuesta para la denominada Adin por omisión.

“Na busca de satisfação às promesas constitucionais, a proposta trazida pelo presente estudo sustenta a substituição do titular constitucionalmente indicado a realizar tais tarefas, por outro sujeito encontrável nos quadrantes da constituição. O Direito Constitucional contemporâneo ainda está um pouco aquém desse ponto, pois obriga a considerar o título inicialmente oferecido pela constituição como uma barreira à implementação constitucional em caso de omissão. A tese proposta representa, assim, mais um trecho do percurso rumo à efetividade constitucional: remover-se-ia um obstáculo de peso à concretização dos comandos da constituição, facilitando o alcance de uma realização efetiva.”¹⁹

En el intento de resolver el problema del sujeto titular de una libertad, un derecho fundamental o una prerrogativa ligada a la nacionalidad, a la soberanía y la ciudadanía, el constituyente brasileño proclamó el mandado de injunción. Una acción a través de la cual el juez o Tribunal competente establece una norma a seguir obligatoriamente para efectivizar el derecho consagrado en norma constitucional, que hasta el momento de la decisión no podía ser ejercido por la ausencia o de la ley o de la providencia del Poder Público, ocasionando la reducción de la fuerza normativa de la Constitución.

¹⁸ Decisión en la Acción 3682/MT relatada por el Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Juzgada en 9 de mayo del 2007.

¹⁹ ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 85.

Con efecto, el artículo 5º, en su inciso LXXI, del Diploma brasileño determina:

“Se concederá mandado de injunción siempre que la falta de una norma que lo reglamente, torne inviable el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, a la soberanía y a la ciudadanía.”

Como es apenas obvio, el nuevo instituto, creado especial y singularmente después de un periodo de excepción y con las características anunciadas en la propia Constitución generó múltiples expectativas. Según las estadísticas del Banco Nacional de Datos del Poder Judicial (BNDPJ) el Supremo Tribunal Federal del Brasil, entre los años 1990 y e 1991, juzgó 203 mandados de injunción y hasta agosto del 2006 fueron actuados 738. Entre los años 2006 a 2008 fueron actuados 84 mandados.

La naturaleza del mandado de injunción es híbrida: puede ser encarada como un writ, un remedio constitucional. Simultáneamente, es una forma de efectivizar la Constitución, una peculiar manera de resguardar la supremacía constitución, siendo así, se puede justificar también como un verdadero control de constitucionalidad. Finalmente, es la garantía constitucional para el particular ejercer su derecho.

En amplia perspectiva, Héctor Fix Zamudio nos recuerda que lo que denominados control de constitucionalidad es, en verdad, un conjunto de “(...) instrumentos jurídicos y procesales establecidos tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación (...) y lo que es más importante, lograr el desarrollo y evolución de las propias disposiciones constitucionales”.²⁰

De esa manera, en el fondo, el mandado puede ser analizado como un mecanismo de control que no deja naufragar el derecho fundamental. Si el control, como manifiesta Fix Zamudio, abarca las funciones de conservación, prevención y promoción del desarrollo de la Constitución, entonces, estamos delante de una figura evidentemente valiosa en ese empeño, pues las cumple a cabalidad.

²⁰ FIX ZAMUDIO, Héctor. *Introducción la estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*. 2. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998. p. 16 y subsiguientes. (Cuadernos Constitucionales México – Centroamérica, 12).

Si el objetivo es demoler los obstáculos que impiden la reproducción correcta del Estado de Derecho, especialmente del los derechos individuales, políticos y sociales que lo fundamentan, entonces el mandado de injunción ratifica que los Poderes Públicos están sujetos a la Constitución y vinculados de forma a darles efectividad plena.

Pasando revista a los elementos formales del mandado de injunción, se constata que cualquier persona puede requerirlo, con tanto que se verifica el presupuesto de admisibilidad de que exista una laguna técnica. Por otras palabras, debe haber un nexo entre la ausencia de una norma que se debería reglamentar y una consecuencial imposibilidad de ejercer un derecho de naturaleza constitucional por parte de un legitimado que busca insertarse en el vivir constitucional.

En ese camino podemos distinguir, para finalizar este segmento, algunos elementos inmediatos para poder implementar el *writ*, que desde nuestro punto de vista podrían ser resumidos en que, en primer lugar, la Constitución no pueda considerarse integrada por la legalidad preconstitucional, que podría ventilar el recurso da la recepción, ni por la legalidad con posterioridad a su puesta en vigor; luego, que se caracterice la omisión del legislativo, es decir, su pasividad en tiempo razonable en el cual podría hacer la norma y no lo hizo; por fin, que existe en virtud de la omisión una prohibición *ex silentio* dirigida a los titulares del derecho.²¹

Se comprende por ello que en Brasil se haya atribuido un interés máximo a esta figura, pues nos parece que en la historia no encontramos, a pesar de institutos semejantes, ninguno que pueda ostentar esa capacidad de demostrar la fuerza que se evidencia de la confluencia entre constitucionalismo y procesalismo para corregir el problema en pauta.

3.3 El desarrollo del mandado de injunción en el Brasil

El patrimonio de derechos de cada ser humano, originarios, independientes y reconocidos por la Constitución, pasó a ser defendido a través

²¹ Dice Javier Jiménez Campo: “Creo, por decirlo del modo más sencillo, que aquella protección extra legem es posiblemente necesaria en todos aquellos casos, y solo en ellos, en los que, de no ampararse judicialmente el derecho, la pasividad legislativa convertiría un mandato al legislador, incumplido, en una prohibición *ex silentio* dirigida a los titulares del derecho.” (*Derechos fundamentales: concepto y garantías*, cit., p. 60).

del mandado de injunción, no sin la polémica con relación a los límites de la decisión judicial. Con todo, la única posibilidad de otorgar condiciones de evolución progresiva a la nueva figura procesal es por la vía pretoriana. Es la actividad de la Suprema Corte en su calidad de guardiana de la Constitución la que ha promovido, después de algunos años de tibias decisiones, la franca evolución del instituto.

Como ya hemos dicho, en esta etapa de unidad del constitucionalismo y el procesalismo el mandado de injunción cumple una función concreta, se justifica con un medio para alcanzar finalidades constitucionales que nos parecen ya claramente expuestas. Sólo que, obviamente, esta función depende de la manera como el juez decide. Por eso se verifica la necesidad de una primorosa tarea hermenéutica que canalice la voluntad constituyente. Para esa finalidad, la decisión deberá estar fundamentada en principios constitucionales, responder a una ideología constitucional previamente definida y asentada en el texto de la Carta.

Hay que decir que el desarrollo del *writ* vino de la mano de una superación de las definiciones positivistas, puesto que una concepción práctica de la interpretación comenzó a vislumbrarse recreando la *constructividad jurisprudencial* delante de un ordenamiento que no tiene más posibilidades de ofrecer una respuesta y solamente una para las controversias de la vida²². Por eso, los principios y constitucionales pasaron a ser la medida que pauta la decisión judicial y el fundamento básico para no dejar escapar la jerarquía constitucional por la inercia legislativa, especialmente por su capacidad de relativizarse a fin de poder conciliarse recíprocamente.²³

Y también por eso el juez desempeña un papel activo, pues la construcción normativa pasa por él. En el caso del mandado de injunción el juez, fundado en la Constitución, inicia el proceso de edificación de las hipótesis de solución posibles teniendo como parámetros el contenido jurídico del derecho fundamental, la unidad principiología de la Constitución y la razonabilidad.

Bajo esas premisas, el argumento de que no es posible efectivizar el mandato constitucional, porque las Cortes no legislan, es un sofisma, que no tiene conexión alguna con el postulado que crea el mandado de injunción

²² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 2007. p. 134.

²³ Ibidem, p. 125.

en tiempos de efectividad de la Constitución. Aquí, como ya se ha dicho por otros autores, la legitimidad de la justicia constitucional reposa también en el cuidado del juez en orientarse en sus sentencias y en sus diligencias hermenéuticas, por su adherencia a los valores representados e incorporados a la Constitución.²⁴

El juicio de conveniencia y oportunidad, como ya fue dicho, descalifica el *writ* brasileño y, en la medida en que se pretende anular el remedio ofreciendo como explicación que el problema de la omisión normativa conduce inevitablemente a una cuestión eminentemente política, se excluye la solución jurídica, que se produce con la intervención del órgano jurisdiccional.²⁵

Ya quedó sedimentado que en la experiencia de los Estados Unidos, el poder de los jueces – poder *contra-mayoritario* de protección de los intereses individuales y colectivos – afirmó, en virtud de decisiones fundamentadas en los postulados constitucionales, el *judicial review*. A despecho de que varios autores, entre ellos Carl Schmitt apuntasen los peligros de una politización de la justicia – *judicial police-maker* –, se reconoce que los jueces tienen una cuota de poder político-jurídico para controlar los actos del Congreso, lo que no menoscaba la idea formal de que este actúa como expresión de la voluntad general de los coasociados.²⁶

Es sabido que en los Estados Unidos han convivido, en la tarea del *judicial review*, dos tendencias de jueces: los partidarios de la *judicial restraint* – autolimitación judicial – y los del activismo judicial – *judicial activism* – confrontadas especialmente después de la Segunda Guerra Mundial en torno a los derechos de las minorías.²⁷

²⁴ BONAVIDES, Paulo, *Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil*, cit., p. 86.

²⁵ Aunque abogando por el amparo como la solución adecuada, Salgado y Verdaguer no son ajenos al problema: “Esta disyuntiva ofrece una fácil y recurrente vía de escape: la de señalar que estas cuestiones son ‘políticas’ y, por lo tanto, fuera del conocimiento de los jueces. Sin embargo, y más allá de lo dicho al tratar el tema de las llamadas ‘cuestiones políticas’, creemos que el camino a recorrer es otro y que el amparo es la vía adecuada a seguir.” (SALGADO, Alí Joaquín; VERDAGUER, Alejandro César. *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2000. p. 91).

²⁶ Ese reconocimiento fué el que llevó al juez Hughes, en 1907, a manifestar “nosotros estamos bajo una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”.

²⁷ Consultese la exposición de César Landa Arroyo (*Tribunal constitucional y estado democrático*, cit., p. 34 e subsiguientes).

Ciertamente, el Tribunal brasileño también contó, teniendo en cuenta lo delicado del tema, con variadas interpretaciones sobre la forma de darle vida al writ. En todo caso, lo que nos parece fuera de discusión es que este exige una postura funcional que permita una interpretación dinámica de la Constitución, es decir, exige un rol activo del juez en los procesos políticos y sociales, que talvez en los Estados Unidos haya comenzado con la instauración del Tribunal Warren.

Debe notarse también que, a rigor, en el instituto que comentamos, el constituyente no pide exactamente la elaboración de una ley, mas, la elaboración de una norma. O sea, el constituyente no pidió la edición de un acto que ostente la característica de la generalidad, que es la esencia de la ley en el Estado de Derecho. Tampoco el envío de un mensaje o la noticia al Congreso. El pedido consiste en la prestación jurisdiccional. Acontece que, para esa finalidad, el juez elabora un modelo de conducta, una prescripción normativa, la decisión tiene sentido constitutivo.

Vale la pena observar que de la lectura del artículo de desprende que todo el abanico de derechos y libertades constitucionales está prácticamente resguardado por el remedio jurídico y apuntar que los efectos de la decisión deben se extender a todos los impetrantes que se encuentren en idéntica situación, pues no sería razonable tratar iguales de manera diferente.

Las decisiones sobre el mandado ponen de manifiesto las contradicciones de la polémica sobre autonomía política del Legislativo y poderes de la Magistratura, en particular, del Supremo Tribunal Brasileño. El Tribunal fue obligado a apreciar, en un corto espacio de tiempo no solamente la cuestión referente a la inmediata aplicación del remedio constitucional, con independencia de la creación de las reglas procesales aplicables, sino su significado, su naturaleza jurídica y sus posibilidades en el ordenamiento.²⁸

Con posterioridad, el desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia delimitaría con mayor claridad los contornos del novel instituto. Las decisiones promovieron, a los pocos, la esencia del mandado de injunción, aunque generándose discusiones jurídicas importantes, especialmente porque mientras por un lado se argumentaba la necesidad de permitir que el Supremo Tribunal Federal determinase las reglas para la concretización del derecho, convencidos

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2007. p. 1.148.

sobre lo inédito de la figura, otros desconfiaban de esa idea que, en esta óptica, ocasionaría una lesión a la separación de poderes o funciones.

Al principio el Supremo Tribunal Federal, siendo relator el Ministro Sepúlveda Pertence, en el Mandado de Injunción 168/RS, determinó que,

“(...) el mandado de injunción ni autoriza al Poder Judicial a suplir la omisión legislativa o reglamentar, editando el acto normativo omitido, ni, menos todavía, le permite ordenar, de inmediato, acto concreto de satisfacción del derecho reclamado, mas, en el pedido, puesto que de atendimento imposible, para que el Tribunal lo haga, se contiene el pedido de atendimento posible, para la declaración de inconstitucionalidad de la omisión normativa, con ciencia al órgano competente para que la supla (...).”

Sin embargo, fue el mismo Supremo Tribunal, abordando la problemática de la integración de normas constitucionales, que determinó, en el MI 107 de 23 de noviembre de 1989, relatado por el Ministro Moreira Alves, que el dispositivo que consagra la garantía constitucional es auto-aplicable y que el rito procesal adecuado es el del mandado de seguridad, figura que reproduce la intención del derecho del amparo, para salvaguardar derechos líquidos e ciertos cuando desconocidos por ilegalidades o abusos de poder. También, después, en el Mandado de Injunción número 20/DF, relatado por el Ministro Celso de Mello en 19 de mayo de 1999, el Tribunal determinó que, por analogía a este último instituto, es posible la impetración de mandado de injunción de forma colectiva, es decir, por asociaciones, partidos políticos y otras entidades.

En cuanto a los efectos del mandado, en sus comienzos se determinó que la decisión fuese equiparada a la de la Acción directa de inconstitucionalidad por omisión. En el mandado de injunción 283 del Distrito Federal, relatado por el Ministro Sepúlveda Pertence, con relación a la edición de la norma prevista en el § 3º del artículo 8º del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias de la Constitución brasileña, (ADCT) determinó el Tribunal un plazo para que la mora en que incurrió el Congreso fuese sanada y, subsistiendo el vacío, facultó al titular del derecho a obtener en juicio, contra la Unión, sentencia líquida de indemnización por las pérdidas y daños resultantes de la demora²⁹.

²⁹ Diário de la Justicia del Brasil de 14.11.1991.

La decisión fue reiterada en el Mandado de Injunción 562/RS relatado por el Ministro Carlos Velloso y publicada en 20 de junio del 2003 en el Diario de la Justicia, determinando también que, tratándose de un beneficio ya concedido, resulta desnecesaria una nueva notificación de su omisión al Congreso, que no solamente dejó pasar 14 años para hacer lo que debía, sino que ya había sido notificado otras veces por la misma causa en idénticas acciones.

También es interesante observar el caso del inciso I del artículo 7º de la Constitución del Brasil. La norma establece el derecho de los trabajadores urbanos y rurales a una relación de empleo protegida contra despido arbitrario o sin justa causa, en los términos de ley complementar, que preverá indemnización compensatoria, entre otros derechos. Lo allí establecido debe ser combinado con lo estipulado en el artículo 10 del ADCT, que determina que hasta la edición de la ley complementar queda limitada la protección al aumento, para cuatro veces, del porcentaje previsto en el encabezado del artículo 6º y su § 1º de la ley 5107 de 1966.

Se exigió, entonces, la elaboración de una ley que en el ordenamiento brasileño recibe el nombre de *ley complementar*, cuyas características más relevantes son las de ser reservadas para determinadas situaciones - pues su campo material es residual con relación a la ley ordinaria - y votadas por un quórum de mayoría absoluta por el Legislativo.

Pues bien, ajuiciado el mandado de injunción 628 de 2002 de Rio de Janeiro, y relatado por el Ministro Sydney Sanches, la decisión fue en el sentido de que existiendo en la propia Constitución una reglamentación provisoria, entonces, no podría la el Tribunal manifestarse sobre el caso en mandado de injunción.³⁰

No compartimos, humildemente, del entendimiento del Tribunal, porque delante de la exigencia de la Constitución no hay como determinar que lo transitorio vire permanente. Es decir, la reglamentación ofrecida por el constituyente no tiene la intención de substituir en definitiva el contenido de la ley complementar que debería editarse. Por lo demás, a la época de la acción y contando los años desde la promulgación de la Constitución, el requisito del plazo razonable estaba más que cumplido.³¹

³⁰ *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 92, v. 809, p. 167-169, mar. 2003.

³¹ Resulta interesante el voto, sobre el punto, del Ministro Marco Aurélio Farias de Mello.

En el mandado de injunción 712/PA, el Ministro Eros Roberto Grau, al analizar la aplicabilidad del artículo 37, VII de la Constitución brasileña, da a conocer valiosos entendimientos³². Argumenta el Ministro que el Supremo Tribunal Federal no puede dar decisiones ineficaces, refiriéndose a decisiones cuya única finalidad sea la de solicitar al legislativo que cumpla su deber. La remoción del obstáculo para el ejercicio del derecho se hace a través de la elaboración o formación de la norma que lo regule y que está ausente en el ordenamiento.

Distingue el Ministro entre la demora “pura y simple” y la “demora constitucional”, o sea, la demora incompatible con lo que se pueda observar como previsto y programado por la Constitución.

El Supremo Tribunal además, debe no solamente remover el obstáculo en el caso concreto, sino removerlo en todos los casos, en la perspectiva de la uniformización de la jurisprudencia sobre el tema.

De esta manera, el mandado de injunción continúa su marcha, atravesando no sin dificultades, la trilla de la efectividad del mandato constitucional. En lo que nos parece un intento de bastante coraje.

4 Conclusiones

En la actual etapa del Constitucionalismo y del Procesalismo en América Latina en pauta está la intervención directa del Tribunal para reconocer el derecho, ampararlo y llevarlo de la mera declaración a su efectividad en beneficio directo del titular y en prestigio de la supremacía de la Constitución. Técnicamente, eso supone un ejercicio de creación y construcción de una norma de decisión que además de tener como fundamento los principios y valores expuestos en la Constitución y la superación de la dificultad de determinar los linderos del derecho, su contenido y alcance.

No es lo mismo preservar un derecho que promover la realización de una norma o su entera aplicabilidad, aunque la fuente que da vida a lo primero sea exactamente lo segundo. Ahora bien, lo que el derecho fundamental sea, en cada caso de mandado de injunción, vendrá dado por el reconocimiento que

³² Diário de la Justicia del Brasil de 23.11.2007.

haga el intérprete, especialmente si este, en la condición de Tribunal o Corte Constitucional lo conduce a un mundo en transformación.

En esta perspectiva, el Tribunal no es un sustituto del Legislativo. No hay como hablar de una infiltración del Poder Judicial en el Congreso. Tampoco el Legislativo es un ejecutor de la decisión del Tribunal al final de su proceso decisorio en el mandado de injunción. De lo que se trata es de establecer los parámetros que permitan que los derechos individuales, sociales y políticos sean efectivamente realizados a favor de los individuos y de la reproducción del Estado de Derecho y la concretización de la fuerza normativa de la Constitución.

El esfuerzo brasileño, su alternativa, la de una figura procesal constitucional híbrida, tiene un impacto concreto en la posibilidad de que las personas vivan *en Constitución*. En ese sentido estamos delante de un instituto legítimo y que, sin duda fortalece la democracia en este sector del Planeta.

5 Referências

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade: algumas observações sobre o Brasil. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 7, 2003.

CABALLERO CARBONELL, Rosalía. *Jurisprudencia constitucional*. Santafé de Bogotá, DC: Ediciones J.U., 1994. Tomo 1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2001

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CROOK, Stephen. *Postmodernization*. London: Sage, 1992.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIXZAMUDIO, Héctor. *Introducción la estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*. 2. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998. (Cuadernos Constitucionales México – Centroamérica, 12).

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist, or the new constitution*. Oxford: Basil Blackwel, 1948.

HAYEK, Friedrich. *The constitution of liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1978.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. *Derechos fundamentales: concepto y garantías*. Madrid: Trotta, 1999.

LANDA ARROYO, César. *Tribunal constitucional y estado democrático*. 2. ed. Lima: Palestra, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2007.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SAGÜÉS, Néstor. *Derecho procesal constitucional: acción de amparo*. Buenos Aires: Astrea, 1995.

SALGADO, Alí Joaquín; VERDAGUER, Alejandro César. *Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta. 2007.

editoração, ctp, impressão e acabamento

imprensaoficial

Rua da Mooca, 1921 São Paulo SP
Fones: 2799-9800 - 0800 0123401
www.imprensaoficial.com.br

